

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO XLVII
FASCICULO III**



**SEPTIEMBRE-DICIEMBRE
MCMXCIV**

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 III



SEPTIEMBRE-DICIEMBRE
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.: 84-7787-376-3 (Fascículo III)
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

SECCION DOCTRINAL

Causalidad, omisión e imprudencia (*)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal. Universidad Complutense de Madrid

*A mi amigo Tute Baigún, deseándole
un (65) cumpleaños feliz (♫)*

I. INTRODUCCIÓN: DELITOS DE LESIÓN Y DELITOS DE PELIGRO

El Derecho penal se justifica porque con él se intentan proteger bienes (intereses) jurídicos: vida, honor, integridad, seguridad del tráfico jurídico, propiedad, etc. Mediante la amenaza con una pena para reprimir conductas que *ponen en peligro o lesionan* esos bienes jurídicos, el legislador confía en que, por temor a tener que sufrir un castigo, un buen número de ciudadanos se abstendrá de realizar los comportamientos tipificados por la Ley penal. De acuerdo con este criterio, los tipos penales se dividen en dos grandes grupos: delitos de lesión y delitos de peligro; en los primeros el legislador sanciona el menoscabo efectivo del bien jurídico, mientras que en los segundos

(*) El origen de este trabajo está en la ponencia que, con el título «La relación de causalidad en la omisión», desarrollé en un curso que dirigí sobre «La comisión por omisión», dentro del Plan Nacional de Formación de Jueces y Magistrados, que se celebró en Madrid entre los días 13 y 15 de junio de 1994. Como el auditorio estaba exclusivamente compuesto por miembros de la judicatura y del Ministerio Fiscal, de ahí que el presente artículo se ocupe preferentemente de las consecuencias prácticas de mi concepción de la comisión por omisión, que el material utilizado sea predominantemente jurisprudencial y que la literatura científica haya quedado prácticamente marginada de las notas a pie de página. Para una exposición científica y jurisprudencial mucho más amplia de los problemas que aquí se tratan y de otros de la omisión, remito al lector a una monografía mía sobre «El delito de omisión», de próxima publicación.

lo que se castiga es una amenaza para ese bien que no ha llegado a concretarse en una lesión. El homicidio, porque menoscaba el bien jurídico vida, la venta de fonogramas ilícitamente reproducidos, porque lesiona los derechos de explotación de los titulares de la propiedad intelectual, la expendición de moneda falsa, porque atenta contra la seguridad del tráfico jurídico, serían, entre otros muchos, ejemplos de delitos de lesión. En cambio, la tentativa en general (art. 3 CP), donde se pone en peligro dolosamente un determinado bien sin llegar a menoscabarlo, la reproducción ilegal (sin que se haya llegado a su venta) de fonogramas [art. 534 bis a), párrafo primero], porque amenaza, pero aún no lesiona, los derechos de explotación de los propietarios intelectuales, la fabricación (sin expendición) de moneda falsa (art. 283.1.º), porque crea un riesgo de que sea efectivamente puesta en circulación, la conducción temeraria del art. 340 bis a) 2.º, que pone en peligro —sin llegar a dañarlas— la vida o la integridad de las personas, constituirían casos de delitos de peligro.

Según otra terminología, los delitos de lesión deberían llamarse de *resultado*, manteniéndose para la segunda categoría el nombre de delitos de peligro. Pero esa denominación no se ajusta a la realidad, pues no sólo en lo que aquí llamamos delitos de lesión se produce un resultado: también los delitos de peligro tienen un resultado, a saber: el peligro, en cuanto que sobre la base de una pronóstico *ex ante* (1), en el mundo exterior, y mediante una conducción temeraria, o un «tiron» sin éxito al bolso de una mujer que consigue retenerlo, o la fabricación de fonogramas ilegales, se ha producido un *resultado de riesgo* para los bienes jurídicos de, respectivamente, la vida o la integridad física, la propiedad o los derechos de explotación de los titulares de la propiedad intelectual.

Como consecuencia de todo ello, me reafirmo en la terminología que he empleado al principio de este artículo: los delitos se dividen en dos grandes categorías que deben ser denominadas de peligro y de lesión, y no de peligro y de resultado, en cuanto que el peligro es también un resultado (de peligro), por lo que la diferencia entre unos delitos y otros reside en que en un caso ese resultado consiste en la lesión de un bien jurídico, mientras que en el otro consiste en la creación de una situación de riesgo para el interés que, sin embargo, no llega a ser menoscabado.

(1) Sobre los elementos que deben entrar en ese pronóstico *ex ante*, cfr. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966 [hay reimpresión de 1990], pp. 31 ss.

II. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL DELITO DE ACCIÓN

A. La teoría de la condición

De acuerdo con la doctrina dominante en la ciencia, y ahora también en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS) (2), en los delitos de acción existe relación de causalidad cuando el comportamiento activo ha *condicionado* el resultado, esto es: cuando la acción ha contribuido conforme a las leyes de las ciencias de la naturaleza (científico-naturalmente) a la lesión del bien jurídico.

B. La fórmula de la *conditio sine qua non*

Durante mucho tiempo la teoría de la condición (llamada también de la equivalencia o de la equivalencia de las condiciones) operaba, para determinar la condicionalidad de una acción para un resultado, con la llamada fórmula de la *conditio sine qua non*: si suprimiendo *in mente* el comportamiento el resultado desaparecía, entonces aquél habría sido condición de éste; en cambio, si al suprimir el comportamiento el resultado no desaparecía, no existía relación de causalidad.

La fórmula de la *conditio sine qua non* llegaba a resultados correctos (es decir: a determinar si existía o no una relación real de condicionalidad) en la mayoría de los casos: si A dispara contra B y le mata, el tiro habría sido condición del resultado, porque si suprimo el comportamiento de A (la acción de disparar) la muerte (resultado) desaparece. Pero esta fórmula desconocía el significado de la causalidad, ya que la entendía no como lo que es, a saber: como un proceso real del mundo científico-natural, sino como lo que no es: como una categoría del pensamiento que enlazaba *intelectualmente* un antecedente con un consiguiente. Por ello, dicha fórmula llevaba a resultados evidentemente falsos cuando potencialmente existía un curso causal hipotético que habría intervenido en el caso de que no hubiera tenido lugar el curso causal real. Para poner de manifiesto las consecuencias erróneas a las que podía llevar la fórmula de la *conditio* (erróneas en el sentido de negar el carácter de condición a un comportamiento que *en la realidad sí* que había condicionado el resultado), Engisch (3) propuso el siguiente ejemplo: El

(2) Cfr., por todas, la sentencia de 7 de julio de 1993, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi [A.] 6057: la «simple causalidad material, regida por el principio de la equivalencia de condiciones».

(3) Sobre el pensamiento de ENGISCH, cfr. GIMBERNAT, *Cualificados*, 1966, pp. 121-123 y 141.

verdugo A va a ejecutar al asesino X a las 6:00 de la mañana; B, padre del asesinado y deseando tomarse la venganza por su mano y que asiste en el patio de la cárcel a los preparativos de la ejecución, a las seis menos pocos segundos se abalanza sobre el verdugo, le aparta y oprime él mismo el botón que acciona la cuchilla de la guillotina, que a las seis en punto cae sobre X, decapitándole. Si suprimimos el comportamiento de B (puesta en funcionamiento de la guillotina) el resultado (muerte de X) no desaparece, ya que en ese caso habría sido el verdugo el que hubiera actuado, falleciendo el condenado a la misma hora y en las mismas circunstancias. De ahí que, sobre la base de la fórmula de la *conditio sine qua non*, habría que negar la condicionalidad de la acción de B para la muerte de X; pero como el verdugo tampoco la habría causado, ya que él no tuvo ocasión de actuar, nos encontraríamos con una muerte real (la de X) que no podría ser reconducida a comportamiento alguno, siendo así que, evidentemente, alguien tuvo que guillotinar al muerto.

De todo ello se sigue que para determinar si un comportamiento es condición de un resultado no hay que formularse hipotéticamente qué es lo que habría sucedido sin..., sino averiguar qué es lo que *realmente* ha sucedido y si una conducta ha influido científico-naturalmente en un resultado concreto. Volviendo al caso del verdugo: como está fuera de discusión que es el padre del asesinado quien, al oprimir el botón, ha desprendido la cuchilla que ha decapitado al condenado, de ahí que esté fuera de discusión también que aquél ha puesto una condición de la muerte de éste, y que en todo ello sea absolutamente irrelevante —más aún: en ocasiones perturbador y engañoso— preguntarse qué es lo que habría sucedido hipotéticamente si el acontecimiento real no hubiera tenido lugar.

Por lo demás, está claro que en un procedimiento penal la relación de condicionalidad de un determinado comportamiento para con un resultado se establece teniendo en cuenta procesos causales reales y no confrontaciones entre cursos causales efectivamente acontecidos y otros hipotéticos. Para determinar si el disparo del asesino A ha matado al sujeto pasivo B, el dictamen que emite el forense para establecer la causa de la muerte no consiste en acudir al argumento hipotético y perogrullesco de que si A no hubiera disparado B no hubiera muerto, sino a razonar *médicamente* por qué la bala alojada en el cerebro ha sido, por los destrozos ocasionados, la que realmente ha provocado (condicionado) el fallecimiento de la víctima.

C. El significado actual de la causalidad en la teoría del delito

El triunfo de la teoría de la condición ha relativizado el significado para el Derecho penal del problema causal, al que todavía hace

pocas décadas se le atribuía un papel determinante para limitar la tipicidad. Hoy en día existe acuerdo en la ciencia, y crecientemente también en la jurisprudencia, en que la causalidad es un concepto ontológico que debe ser establecido de acuerdo con la teoría de la condición, y que no es con otras teorías discrepantes de la equivalencia —como la de la adecuación, la de la relevancia o la de la interrupción del nexo causal— con las que ha de delimitarse el contenido de la acción típica, sino que las restricciones a la causalidad (condicionalidad) realmente existente deben llevarse a cabo con un criterio abierta y confesadamente normativo: el de la llamada imputación objetiva, que opera, fundamentalmente, con la idea del fin de protección de la norma (4).

No obstante lo expuesto, la existencia de la causalidad sigue siendo un requisito *indispensable* en todos los tipos penales: en los delitos de peligro porque para que se dé el tipo es imprescindible que el autor haya causado (condicionado) el riesgo; y en los delitos de lesión, porque éstos presuponen que conste que el sujeto activo ha causado (condicionado) el menoscabo del bien jurídico, no bastando, por ejemplo, con que lo único que se haya podido probar es que la conducta creó meramente un riesgo. Por ello, hay que adherirse a la doctrina contenida en la sentencia del TS de 9 de mayo de 1964 (A. 2435), que estimó que no existía un aborto *con resultado de muerte* del párrafo último del artículo 411, sino únicamente una tentativa de aborto, al establecer el dictamen forense que, aunque era altamente probable que el fallecimiento de la embarazada a causa de un fallo cardiaco obedeciese al trauma que para ella supuso someterse a unas prácticas abortivas, no obstante no se podía descartar, a la vista del grave estado de salud previo de la mujer, que su infarto hubiera sido independiente de la conducta abortiva ni que, por consiguiente, la mujer no hubiera fallecido igualmente aunque no se hubiera intentado interrumpir su embarazo: teniendo en cuenta que todo ello lo que pone en duda es la causalidad (condicionalidad) de la conducta de aborto para la muerte y teniendo en cuenta asimismo que el aborto *con resultado de muerte* es un delito de lesión (muerte), de ahí que si no se ha podido demostrar que el autor del aborto fuese

(4) Recientemente se han publicado en castellano dos excelentes libros sobre la imputación objetiva: uno, de mi discipula MARTÍNEZ ESCAMILLA (*La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992), y el otro, de REYES ALVARADO (*Imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, 1994). En la jurisprudencia cfr. sólo la sentencia del TS de 21 de diciembre de 1993, A. 9598: la «doctrina de la equivalencia sirve tan sólo para asentar en primer término la relación causal derivada de leyes naturales y de la experiencia científica, a la que hay que aplicar un primer correctivo, ya no de la culpabilidad como antes se pretendía, sino de carácter normativo, que no es otro que la relevancia jurídico-penal obtenida del tipo correspondiente o conducta ajustada al tipo, de donde se obtiene la imputación objetiva, con base en el riesgo creado y en el fin de protección de la norma».

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCIA VALDES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.^a

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad 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.^a del
Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Ex-Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

MANUEL GARCIA MIGUEL

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

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Palma de Mallorca

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Segunda
del Tribunal Supremo

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

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

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático Emérito de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

también el de la muerte, sea imposible reconducir científico-naturalmente ese resultado a una conducta de la que no se sabe si lo produjo o no. Igualmente correcta es la doctrina establecida en la sentencia del TS de 15 de abril de 1991 (A. 2775), donde la víctima, que salió de un bar a una calle solitaria acompañada únicamente por los dos procesados, falleció a consecuencia de una sola herida de navaja en la ingle que le cortó la femoral, sin que se pudiera probar cuál de los dos procesados condicionó la muerte con la puñalada, ni tampoco que se pusieran de acuerdo para matar al sujeto pasivo: aunque ciertamente tuvo que ser alguno de los dos acusados quien necesariamente causara la muerte, como no se pudo demostrar cuál de ellos fue el que lo hizo, de ahí que sea inevitable apreciar, con el TS, que ambos deben ser absueltos del homicidio del que venían acusados.

En cambio, la sentencia del TS de 29 de enero de 1983 (A. 702) no puede convencer (5). Ciertamente que el periodista Vinader actuó imprudentemente cuando en dos reportajes publicados en la revista «Interviú» de diciembre de 1979 y enero de 1980, daba toda clase de detalles —incluyendo sus fotografías— de determinados individuos de ideología ultraderechista, dedicados supuestamente a actividades violentas anti-ETA, siendo asesinadas pocos días después por la banda terrorista dos de las personas mencionadas por Vinader. Pero como los autores materiales de los asesinatos nunca fueron hallados y, por consiguiente, no se pudo demostrar ni que hubieran leído los dos artículos de Vinader ni tampoco —para el caso de que hubieran tenido conocimiento de ellos— que ETA no hubiera estado ya al tanto, por sus propios servicios de información, de la identidad de los que posteriormente fueron asesinados, de ahí que lo único que se le puede imputar al periodista sea una acción imprudente que en principio ponía en peligro la vida de las personas a las que mencionaba en sus informaciones; pero ello no basta para condenar por un homicidio imprudente: éste es un delito de lesión que exige, no que la conducta haya creado un peligro para el bien jurídico, sino que haya causado (condicionado) efectivamente su lesión, lo que a la vista de los antecedentes de hecho de la sentencia es algo que científico-naturalmente no pudo ser probado.

Las conclusión de lo anterior es que la relación de causalidad, entendida como relación de condicionalidad, sigue siendo un elemento fundamental de la tipicidad, pues tanto los delitos de peligro como los de lesión exigen para su aplicación que se demuestre que el comportamiento ha condicionado en el mundo exterior el resultado típico (de lesión o de peligro).

(5) Sobre el caso Vinader, cfr. GIMBERNAT, «Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de las ideas (el caso Vinader)», *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 92-96.

III. LA DISTINCIÓN ENTRE EL DELITO DE ACCIÓN Y EL DE OMISIÓN

A. El criterio de la aplicación de energía

En un sentido científiconatural la omisión no causa nada (6), pues como se caracteriza por la ausencia de (por que no se aplica) energía, y la causalidad, en cambio, por que mediante el empleo de energía se influye materialmente en un resultado, de ahí que, desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza, la in-actividad, en cuanto que no pone en marcha cadenas causales en el mundo exterior, no pueda influir en la producción *energética* de un resultado: *ex nihilo nihil fit* (7). Expresándolo con un ejemplo: si A dispara (acción) contra B, y le mata, sin que C haga nada para impedirlo (omisión), el resultado de muerte habrá sido causado científiconaturalmente por el primero, en cuanto que es él quien ha desencadenado una fuerza (el disparo) que ha producido materialmente la consecuencia del fallecimiento de la víctima, mientras que C, porque *no* ha aplicado energía alguna, nada puede tener que ver tampoco, desde un punto de vista estrictamente causal, con un resultado de muerte que supone, precisamente, una transformación de energía (en este caso, de disparo en muerte): de C no se puede decir, por consiguiente, que haya causado algo mediante una in-actividad (mediante una no-aplicación de energía) sino únicamente que, si *hubiera* actuado, habría impedido (o, al menos, habría disminuido el riesgo de) el resultado de muerte.

B. Comportamientos estrictamente omisivos

En Derecho penal nos podemos encontrar con comportamientos de una persona en los que su única relación con un resultado (no evitado) ha consistido en una inactividad sin mezcla alguna de comportamiento activo. El guarda de paso a nivel que no baja la barrera (o, en su caso, que no tensa las cadenas, cerrándolas) cuando se aproxima el tren, que arrolla así al conductor y, en su caso, a los

(6) Doctrina dominante (en contra, sin embargo y por ejemplo, TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1992, pp. 93 ss). En la ciencia cfr., por todos, JESCHECK, «Lehrbuch des Strafrechts», AT, 4.^a ed., Berlín, 1988, p. 559; en la jurisprudencia cfr., por todas, la sentencia del TS de 1 de junio de 1992 (5203): «Las omisiones carecen de efecto causal: la nada, nada causa.»

(7) La distinción entre acción y omisión sobre la base del criterio de la aplicación o no-aplicación de energía tiene su origen en ENGISCH (*Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, p. 29; *Tun und Unterlassen*, Gallas-Festschrift, Berlín-Nueva York, 1973, pp. 170 ss.), y ha encontrado una considerable aceptación en la doctrina posterior.

ocupantes del vehículo que se cruza entre las vías (8), los encargados de la vigilancia, que, ante un fenómeno atmosférico con grandes vertidos de agua, no abren (o no ordenan abrir) las compuertas de una presa, desmoronándose ésta, y provocando una catastrófica inundación con daños en la vida y en la integridad de las personas y en la propiedad (9), el electricista municipal que, a pesar de haber sido requerido para ello, no repara una farola pública, cuyos cables han quedado al descubierto, falleciendo un niño al entrar su cuerpo en contacto con dichos cables (10), los empresarios, arquitectos, directores de obras, etc., que *permiten pasivamente* que los obreros instalen, primero, instrumentos de trabajo sin las medidas de seguridad prescritas por alguna de las numerosas normas extrapenales sobre higiene y seguridad en el trabajo —especialmente por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971—, porque, por ejemplo los andamios no tienen anclajes, ni barandillas aquéllos o los huecos del edificio en construcción, o porque no se utilizan cinturones de seguridad, o porque no se han colocado las redes reglamentarias para evitar las caídas al vacío, o existe una acumulación de todas estas irregularidades, o se trabaja sin las medidas preceptivas para evitar descargas eléctricas, falleciendo o resultando lesionado algún trabajador (11), en todos es-

(8) El TS se ha ocupado de imprudencias de guardas de pasos a nivel en las sentencias de 25 de abril de 1964, A. 2260, 23 de febrero de 1970, A. 1007, 2 de marzo de 1977, A. 885, 24 de enero de 1981, A. 240, 13 de junio de 1981, A. 2653, 22 de abril de 1982, A. 2106, 16 de mayo de 1988, A. 3666, y 26 de marzo de 1990, A. 3007; y de la de factores de circulación que no accionan a tiempo las agujas de cambio, en la sentencia de 11 de mayo de 1968, A. 2447.

(9) Así el supuesto de hecho de la sentencia (no publicada) de 23 de octubre de 1990 de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valencia (caso presa de Tous).

(10) Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 20 de octubre de 1993, A. 7810.

(11) Así, entre las innumerables sentencias, los supuestos de hecho de las de 21 de marzo de 1980, A. 1169; 29 de abril de 1980, A. 1505; 10 de mayo de 1980, A. 1906; 13 de junio de 1980, A. 2757; 7 de julio de 1980, A. 3133; 10 de octubre de 1980, A. 3681; 10 de abril de 1981, A. 1622; 7 de junio de 1988, A. 4489; 15 de mayo de 1989, A. 6738; 22 de diciembre de 1989, A. 924 (del tomo de 1990); 26 de diciembre de 1989, A. 9788; 9 de abril de 1990, A. 3216; 15 de julio de 1992, A. 6375; 4 de octubre de 1993, A. 7276.

A veces los accidentes de trabajo son reconducibles, sin embargo, no a una omisión de los encargados, sino a una *acción imprudente* que desencadena el resultado lesivo en un lugar de trabajo que funciona sin medidas de seguridad. Así, por ejemplo, en el supuesto de hecho del auto del TS de 22 de mayo de 1990, A. 2590: los procesados «*encargaron* a Juan A. S. la ejecución de unas obras de impermeabilización de un tejado situado bajo una lona de alta tensión carente de protección, que el operario que trabajaba con una regleta mecánica de tres metros de longitud tocó, sufriendo una descarga eléctrica que determinó su fallecimiento in-

tos ejemplos parece que si ha de imputarse a esas personas (guardabarreras, encargados de presas, electricista, arquitectos y directores de obra) los resultados producidos, esa responsabilidad penal sólo se podrá reconducir a las correspondientes omisiones que habrían evitado (o habrían podido evitar) los resultados.

C. Comportamientos con aspectos activos y omisivos

En muchas ocasiones, sin embargo, el comportamiento humano no se presenta de una manera tan aporoblemática como estricta omisión, sino que aparece con una estructura compleja en la que se entremezclan en un mismo sujeto actividades causantes del resultado con inactividades no impeditivas de éste. Ello puede suceder incluso en un caso tan paradigmático de la omisión como el del guarda de paso a nivel; pues si éste llevaba ya algunas horas en su puesto de trabajo, el hecho de que las barreras *estuvieran levantadas* al tiempo del accidente (y esa circunstancia de que estuvieran levantadas es justamente la que fundamenta la responsabilidad penal) tiene su origen, *tanto* en que el vigilante, *previamente* y después del paso del tren anterior, *había vuelto a levantar* (acción) dichas barreras, *como* a que *posteriormente*, por descuido y cuando iba a pasar el convoy que causó el accidente, *no las bajó* (omisión).

En el delito imprudente nos encontramos a menudo con esta concurrencia en *un mismo autor* de conductas positivas causantes del resultado con conductas negativas no impeditivas del mismo. El incendio imprudente de un bosque podría reconducirse tanto a la acción de *encender* fuego para calentar comida como a la omisión de *no apagarlo* cuando el excursionista regresa a su casa. Al accidente que se produce al deslizarse una pieza cilíndrica de gran peso cargada en un camión sin haber sido convenientemente calzada (12), podría buscársele su origen tanto en una acción (carga del cilindro en el vehículo) como en la omisión de no calzar la mercancía. La transfusión de sangre *sin haberla sometido* a pruebas anti-SIDA, y las lesiones causadas a distintas personas como consecuencia de ello (13), hace surgir la duda de si aquí estamos ante un delito de acción (porque se *transfunde* sangre contaminada) o uno de omisión

mediato»; y en el de la sentencia de 27 de abril de 1994, A. 3304: el encargado de obras *encomendó* el manejo de la grúa a una persona inexperta, y ello «provocó que la grúa se desplomara golpeando a un trabajador que falleció por shock traumático».

(12) Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 3 de mayo de 1980, A. 1800.

(13) Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 18 de noviembre de 1991. A. 9448.

(porque *no* se efectuaron la pruebas preceptivas para detectar la eventual existencia de anticuerpos anti-VIH). La muerte o las lesiones a consecuencia de una gasa olvidada por el cirujano dentro del cuerpo del paciente intervenido (14) pueden contemplarse tanto desde las perspectivas de la omisión (el médico no extrae el cuerpo extraño antes de concluir la operación), como desde el de la acción (la gasa causante de la lesión del bien jurídico estaba en el cuerpo del enfermo porque previamente fue *introducida* en él por el facultativo). La hemorragia que (dolosa o imprudentemente) causa la muerte de un recién nacido (15) se produce porque, primero, *se corta* (acción) el cordón umbilical y porque, después, no se evita, *al no ligarlo*, que el niño se desangre (omisión). En la tragedia de la discoteca «Alcalá 20» (16) donde, en diciembre de 1983, a consecuencia de un incendio fallecieron ochenta y dos personas y otras muchas resultaron lesionadas produciéndose igualmente gravísimos daños, la no adecuación del local a las normas extrapenales de prevención de incendios (17) consistió, entre otras irregularidades, en la *colocación* en el local de revestimientos textiles y de cortinas que luego *no* fueron ignífugados, en la ausencia de bocas de riego suficientes para cubrir toda la superficie de la sala de fiestas, en las deficiencias de las escaleras —de forma curva, con peldaños demasiado altos, excesivamente estrechas y sin pasamanos con los que guiarse en la oscuridad subsiguiente al incendio—, y en que las salidas de emergencia (porque no daban directamente a la calle, porque las vías de evacuación tenían recorridos muy largos, porque el ancho de las puertas era muy angosto) eran antirreglamentarias, por lo que el comportamiento imprudente de los propietarios de la discoteca parece residir en un cúmulo de acciones y de omisiones. Asimismo en el comportamiento imprudente contenido en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 5 de junio de 1981 (A. 2577), en el que el conductor del autobús atropelló a un motociclista, encontramos tanto una acción causante del resultado —el autobús se encontraba justamente delante

(14) Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 5 de marzo de 1965, A. 814, y de 17 de noviembre de 1987, A. 8532, y de la del TC 102/1994, de 11 de abril.

(15) Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 9 de mayo de 1966, A. 2339, 3 de junio de 1969, A. 3160, 28 de junio de 1980, A. 3064, 28 de marzo de 1989, A. 2746, y 31 de marzo de 1993, A. 2598.

(16) Enjuiciada por la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia (no publicada) de 20 de abril de 1994.

(17) Fundamentalmente: al Reglamento de Espectáculos Públicos, aprobado por Orden de 3 de mayo de 1935, derogado en parte, al tiempo de los hechos, por el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, y, por haberse producido el incendio en Madrid, a la Ordenanza Primera de Prevención de Incendios del Ayuntamiento de Madrid, de 27 de enero de 1976.

de la motocicleta en el momento del accidente porque, *apretando* el pedal del acelerador y *conduciendo* a una «velocidad no excesiva» previamente se hallaba situado detrás de la moto— como una omisión a la que igualmente se podría reconducir el resultado —el conductor *no* frenó ante un semáforo en rojo, arrollando entonces al motorista que estaba parado frente al paso de peatones—. Un penúltimo ejemplo: Los accidentes que se producen como consecuencia de la no señalización durante la noche de rebaños de animales (18), de la no colocación de faroles en una obra al llegar la oscuridad (19), del estacionamiento de un vehículo —por avería o por otra circunstancia— en horas nocturnas, sin encender el alumbrado de situación o colocar otras señales como triángulos reflectantes (20), tienen en común igualmente la concurrencia de acciones (conducción de rebaños, ejecución de obras, colocación de un vehículo en un lugar determinado) con omisiones (no señalización de los correspondientes obstáculos). Finalmente y por no seguir prolongando los ejemplos: Cuando a consecuencia de un desprendimiento resultan sepultados —y muertos o lesionados— los obreros que trabajan en las excavaciones de pozos, zanjas o galerías, y todo ello sucede porque estas obras no han sido convenientemente entibadas, esto es: fortificadas y revestidas para la contención de tierras (arts. 254 y ss. Ordenanza de Trabajo en la Construcción, Vidrio y Cerámica, aprobada por Orden de 28 de agosto de 1970) (21), la responsabilidad de los directores técnicos de las obras, capataces, etc., podría vincularse, en principio, tanto a las órdenes que dieron (acción) a los operarios para que procedieran a una excavación como a la omisión de no advertirles y de no procurar que se realizaran las preceptivas entibaciones.

A pesar de las dificultades que existen para determinar si un comportamiento ha de ser considerado activo u omisivo, la solución —o, al menos, y teniendo en cuenta los limitados objetivos de este artículo: el planteamiento de la solución— del problema parece que no se puede eludir, dado que, según la doctrina dominante, los presupuestos de imputación del resultado son distintos en cada una de las dos clases de comportamiento. Mientras que en el comportamiento activo doloso o imprudente para la imputación del resultado se requeriría (y bastaría con) que aquél hubiera causado científiconaturalmente éste (con las limitaciones, naturalmente, que impone el cri-

(18) Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 9 de mayo de 1966, A. 2338.

(19) Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 5 de abril de 1968, A. 1762, y de 10 de mayo de 1969, A. 2736.

(20) Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 6 de octubre de 1980, A. 3661, 12 de julio de 1984, A. 4043, y 30 de enero de 1985, A. 381.

(21) Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 5 de mayo de 1980, A. 1806, 16 de junio de 1980, A. 2627, 20 de noviembre de 1980, A. 4523, y 15 de junio de 1985, A. 3012.

terio de la imputación objetiva), en la omisión, en cambio, los presupuestos de la responsabilidad por un resultado serían otros: por una parte, que el omitente tuviera una posición de garante, y, por otra, que la acción omitida, con una probabilidad rayana en la certeza, hubiera evitado el resultado [o según otra tesis, minoritaria, hubiera disminuido el riesgo de lesión (22)]

1. SUPUESTOS DE HECHO EN LOS QUE LA ACCIÓN PRECEDE A LA OMISIÓN

a) Si en el comportamiento de *un mismo sujeto* aparece, primero, una acción causante del resultado, y, después, una omisión de haberlo impedido, el delito de acción quedará descartado si en la actividad condicionante de la lesión no concurrió dolo ni imprudencia. Ciertamente que los comportamientos *activos* de *introducir* una gasa durante la operación (que luego no se retira), de *levantar* la barrera de un paso a nivel (que después no se baja cuando va a pasar el tren), de *cortar* un cordón umbilical (que más tarde no se liga), de *ejecutar* una obra o de *colocar* un obstáculo (que posteriormente no se señalizan), de *conducir* un automóvil (que luego, al llegar a un semáforo en rojo, no se frena), de *encender* en el bosque un fuego para cocinar (que no se apaga al regresar a casa), están en relación de condicionalidad con las correspondientes consecuencias de muertes, lesiones y daños, y que, por consiguiente, el autor ha hecho una aplicación de energía que ha desembocado en los resultados típicos.

Pero que exista una *acción* causante del resultado típico no quiere decir, todavía, que concurra un *delito* de acción. Pues ciertamente que la *tipicidad* de éste consiste, en su aspecto objetivo, en que un comportamiento activo haya condicionado un resultado típico, pero en el subjetivo requiere, además, que ese condicionamiento se haya realizado dolosa o imprudentemente (23), y como en los casos que nos ocupan las correspondientes acciones (por ejemplo: la de colocar un obstáculo o la de encender fuego en el bosque) no se realizaron con la *intención* de lesionar o de matar a nadie, y, por otra parte, son comportamientos *en sí* correctos (esto es: no imprudentes), entonces, y por faltar el tipo subjetivo, esas acciones causantes del resultado son atípicas; de ahí que no haya otra forma de vincular una responsabilidad penal al sujeto que la de recurrir a lo único que puede fundamentarla: a sus omisiones de no señalar el obstáculo

(22) V. *infra* V C.

(23) Con la doctrina dominante, opino que el dolo y la imprudencia no son formas de culpabilidad, sino que integran la parte subjetiva de, respectivamente, los tipos dolosos e imprudentes (cfr. sólo GIMBERNAT, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», *Estudios*, 1990, pp. 171 ss.).

o de no apagar el fuego que, al ser indubitadamente imprudentes, permiten su consideración como conductas típicas (omisivas).

Resumiendo: Si un mismo sujeto ha *causado* un resultado y, posteriormente, ha *omitido* impedirlo, el delito será de omisión si el comportamiento activo causante, por no ir acompañado de dolo ni de imprudencia, no es subsumible en el correspondiente tipo del delito de acción.

b) El enjuiciamiento del comportamiento como activo u omisivo *podría* variar en el supuesto, que obviamente y tal como están formulados no concurría en ninguno de los ejemplos con los que estamos operando, de que, *al tiempo de ejecutar la acción*, el autor desencadenara el proceso causal bien con *dolo* de producir el resultado típico, bien con *imprudencia*. El criterio a seguir en estos casos en que tanto la acción como la omisión subsiguiente se consuman con dolo o imprudencia es el de que, a desigualdad desvalorativa de comportamientos (activo u omisivo), prevalece el más grave, e incluso pueden concurrir ambos si los títulos de imputación (dolosos o imprudentes) son distintos y distintos también los bienes jurídicos lesionados —así, el homicidio *imprudente activo* (bien jurídico lesionado: vida) concurre con la ulterior *omisión* del deber de socorro *doloso* (bien jurídico protegido: solidaridad)—; y el de que, en el caso de que ambos comportamientos sean igualmente graves, quedan agrupados, como una unidad natural de acción (24), en una única conducta comisiva-omisiva (25).

(24) Sobre la unidad natural de acción, cfr. GIMBERNAT, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», *Estudios*, 1990, p. 216.

(25) El criterio de que cuando existan dudas sobre si estamos ante un delito de acción o uno de omisión hay que dar preferencia a aquél, porque la acción es siempre más grave que la omisión, es sólo plausible sobre la base de los presupuestos de la doctrina dominante que considera que la comisión por omisión tiene siempre menos entidad desvalorativa que la acción. Frente a ello hay que decir que si una omisión no alcanza en gravedad a la acción, entonces es que no puede ser calificada de comisión por omisión y que, por ello, hay que revisar los criterios que mantiene la doctrina dominante para establecer que una omisión es una impropia. Como expondré más adelante (*infra* IV D 2 d, v. también, para los delitos dolosos de omisión impropia, V D), en el delito imprudente —y de acuerdo con los criterios que estableceremos— existe una *coincidencia desvalorativa entre acciones y omisiones*; por ello, ninguna clase de comportamiento puede prevalecer frente a la otra, sino que en tales casos el comportamiento debe ser enjuiciado como una unidad natural de acción comisiva-omisiva: si una persona, en un verano caluroso y seco y a pesar de que ello está prohibido, *enciende fuego en el bosque* (acción imprudente) y luego *olvida apagarlo* (omisión imprudente) (cfr., en este sentido, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 25 de septiembre de 1970, A. 3800), será ese comportamiento complejo comisivo-omisivo el que, como unidad natural de acción, cumplirá el tipo del incendio imprudente.

Con esto queda esbozada la solución a este grupo de casos, sin que sea posible entrar en ulteriores detalles, pues uno de los criterios de gravedad: el de determinar cuándo una inactividad *dolosa* constituye una (más grave) comisión por omisión o una (más leve) omisión propia —en los supuestos que nos ocupan sería preciso abordar, además y dado que estamos ante omisiones precedidas de acciones, el discutido problema de si la injerencia fundamenta o no una posición de garante y, con ello, una comisión por omisión— (26), queda al margen del objeto del presente trabajo, donde sólo se va a tratar la comisión por omisión *imprudente*.

c) En ocasiones, sin embargo, *aunque la acción causante del resultado se ejecute con dolo de lesión*, no obstante, para poder fundamentar una responsabilidad jurídicopenal, habrá que seguir recu-

(26) La idea de la injerencia, como tercera fuente, junto a la ley y al contrato, de posiciones de garante, tiene su origen en STÜBEL (1828), KRUG (1855), GLASER (1858) y MERKEL (1867); para más detalles, cfr. TRAEGER, «Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht», *Enneccerus-Festgaben*, 1913, pp. 30 ss.; RUDOLPHI, *Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung*, 1929, pp. 16/17; FRANK, *StGB*, 18 ed., 1931, p. 18— pueda convertir al injerente en garante y, con ello, en autor o participe de un delito de comisión por omisión, es SCHÜNEMANN [cfr. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 316, 323 y *passim*; «Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung», *GA*, 1974, p. 233; «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 236; «Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen», *ZStW*, 96 (1984), pp. 291/292, 294 y 308]. Más o menos radicalmente en contra del criterio de la injerencia se han manifestado, también, WELZEL («Zur Problematik der Unterlassungsdelikte», *JZ*, 1958, p. 495; «Comentario a una sentencia del OLG Karlsruhe de 15-10-1959», *JZ*, 1960, p. 180; *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, p. 216); BACIGALUPO, *ADPCP*, 1970, p. 45 [en *Principios de Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., Madrid 1990, p. 264, BACIGALUPO se muestra mucho menos contundente con el rechazo de la idea de la injerencia]; ROXIN, «Ein «neues Bild» des Strafrechtssystems», *ZStW*, 83 (1971), p. 403; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 504/505; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, 1982, p. 407; SEEBODE, *Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts*, Spindel-Festschrift, 1992, p. 344.

La teoría de BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, 1986, pp. 392, 403, 413, 417, 420, 421, 436 y *passim*, de fundamentar la responsabilidad del injerente no en una omisión, sino en la acción previa, ha sido rechazada unánimemente por la doctrina: cfr. GÖSSEL, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPP, *Strafrecht*, AT, II, 7.ª ed., 1989, p. 205; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2.ª ed., 1991, p. 801 n. 53; FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 179/180 n. 75; RUDOLPHI, *SK*, I, 6.ª ed., 1993, § 13 n. m. 38.

riendo a la omisión: ello es lo que sucede cuando el *comportamiento activo* viene exigido como *único* correcto por las circunstancias objetivas del acontecimiento (27): así, en los nacimientos, donde lo objetivo y *necesariamente* correcto es cortar el cordón umbilical, o en una intervención quirúrgica donde la *lex artis exige ineludiblemente* que se apliquen gasas para contener eventuales hemorragias. De ahí que, aunque ya en el momento de aplicar la gasa o de seccionar el cordón exista la intención de no retirar aquélla o de no ligar éste, no obstante y porque la intención no se ha manifestado en el mundo exterior con una *mínima apariencia delictiva*, por ello, sobre la base del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, no puede vincularse responsabilidad penal alguna a una actividad que venía exigida por las circunstancias del momento: en estos casos habrá que recurrir nuevamente a las omisiones (no se ha extraído la gasa, no se ha anudado el cordón) subsiguientes para poder imputar el resultado. Aquí, por lo tanto, la situación es distinta a los casos anteriormente estudiados de encender un fuego en un bosque o de colocar un obstáculo: estas actividades no vienen *exigidas* por nada, por lo que si se realizan con la intención previa de luego no apagar o no señalar, tales comportamientos activos fundamentarían ya la realización de un tipo por acción.

2. SUPUESTOS EN LOS QUE LA OMISIÓN (AISLADAMENTE O EN CONCURRENCIA CON OTRAS ACCIONES) PRECEDE A LA ACCIÓN CAUSANTE DEL RESULTADO

En la distinción entre delito de acción y de omisión nos hemos ocupado hasta ahora de supuestos de hecho en los que *el mismo sujeto* realiza *previamente* un comportamiento activo (generalmente, sin dolo ni imprudencia) al que subsigue uno omisivo (imprudente). Otras veces, en cambio, y de estas conductas vamos a ocuparnos a continuación, la omisión precede a la acción. Estamos entonces ante casos como el de la transfusión de sangre que *no* ha sido sometida previamente al test anti-SIDA (28), o el de «Alcalá 20», donde, entre otras irregularidades, *no* se habían ignifugado los recubrimientos textiles ni las cortinas del local, *ni* se habían colocado suficientes bocas de riego ni tampoco pasamanos en las escaleras.

(27) Sobre este grupo de casos, cfr. ya GIMBERNAT, «¿Qué es la imputación objetiva?», *Estudios*, 1990, p. 216.

(28) Este supuesto presenta un esquema semejante al muy discutido alemán, del que informa MARTÍNEZ ESCAMILLA, *op. cit.*, p. 194, de los «pelos de cabra» (RGSt 63, 211 ss.), en el que el propietario de una fábrica de pinceles entrega a sus empleadas pelos de cabra chinos *sin desinfectar*, muriendo algunas de ellas a consecuencia del bacilo de corbunco.

A diferencia de los casos hasta ahora estudiados, donde la omisión que subseguía a la acción era siempre *juridico-penalmente relevante* (29), lo que caracteriza a este nuevo grupo es que en él la omisión —en sí y tomada aisladamente— no integra ningún tipo delictivo, por lo que, al aparecer como *única* conducta típica una activa (imprudente) es *a ella* a la que *necesariamente* hay que vincular la imputación del resultado.

a) En el caso de la transfusión de sangre *no* sometida al test anti-SIDA, como en el de la entrega de los pelos de cabra *no* desinfectados, la omisión precede a la acción (de transfundir, de poner a disposición de las operarias el material de trabajo), pero esa omisión, como tal, no es subsumible en ningún tipo juridicopenal. Mientras la sangre no se *transfunda*, los pelos de cabra no se *entreguen* a las trabajadoras, o, para acudir a un último ejemplo, yo tenga el coche en mi garaje *sin* líquido de frenos, no se está llevando a cabo ninguna omisión juridicopenalmente relevante. El comportamiento *se convierte* en juridicopenalmente relevante *sólo* mediante la *acción*: cuando el médico *transfunde*, cuando el fabricante *entrega* el material no desinfectado, o cuando yo decido *conducir* el vehículo que, por no tener líquido de frenos, provoca un accidente. Es entonces cuando se consuma un delito imprudente por acción, ya que aquellas carencias de los medios con los que materialmente se causan los resultados imprudentes no son sino faltas de medidas de precaución que, por sí solas y *sin un comportamiento activo*, son inidóneas para ponerlas en relación con un resultado. Por consiguiente y resumiendo: Como en estos casos las omisiones, en sí y aisladamente, no son ni siquiera objetivamente típicas, de ahí que el único comportamiento al que se pueda recurrir para fundamentar una responsabilidad juridicopenal sea el activo causante del resultado de transfundir sangre (o de entregarla a quien la va a transfundir), de proporcionar material de trabajo no desinfectado a las operarias o de arrollar a otro conduciendo un vehículo sin frenos: estamos, pues, ante un delito de acción.

b) El caso de «Alcalá 20» coincide con los que acabamos de estudiar en que también allí hubo unas omisiones previas (no ignifugación de textiles y cortinas, no instalación de suficientes bocas de riego, no colocación de pasamanos en las escaleras) que, *en sí* y como meras ausencias de medidas de precaución, no habrían sido nunca subsumibles en un delito imprudente de resultado en comisión por omisión. La corrección de esta tesis se demuestra porque en este supuesto, *además* de las omisiones y a diferencia de los que acaba-

(29) Lo cual no quería decir que (aislada o conjuntamente con la acción) entrara en tódo caso en la desvaloración juridico-penal, ya que, como hemos visto, si el comportamiento activo tenía mayor gravedad, entonces la omisión —*en sí* juridico-penalmente relevante— quedaba desplazada.

mos de exponer *supra* a), también se realizaron acciones (instalación de escaleras de forma curva y con peldaños demasiado altos, etc.) que, por sí solas, únicamente suponían, nuevamente, la ausencia de medidas de precaución, inidóneas, como tales y sin ulteriores comportamientos, para producir la muerte o las lesiones de nadie. La construcción de una discoteca con estas características antirreglamentarias (reconducibles tanto a acciones como a omisiones) no integra ningún tipo penal de resultado y sólo es susceptible de ser objeto de una sanción de *carácter administrativo*. De nuevo, pues, estamos ante un supuesto en que el único comportamiento juridicopenalmente relevante *per se* y que justifica objetiva y subjetivamente la imputación de los resultados a título imprudente es uno activo: el de *poner en funcionamiento* la sala de fiestas, pues al posibilitar así que los clientes entraran en un local cuyas características estaban por encima del riesgo permitido, es por lo que aquéllos, al encontrarse dentro del mismo en la madrugada del 17 de diciembre de 1983, pudieron resultar muertos o heridos. Otra vez hay que considerar al delito, por lo tanto, como uno de acción, porque el comportamiento activo de *abrir el local* al público es el *único* que puede fundamentar una responsabilidad imprudente (por acción), mientras que las omisiones de medidas de seguridad, como tales omisiones y sin la adición ulterior de conductas positivas, no constituyen injusto penal alguno.

3. SUPUESTOS DE HECHO EN LOS QUE, MEDIANTE ACCIONES Y/U OMISIONES, INTERVIENEN VARIOS SUJETOS EN EL ACONTECIMIENTO QUE DESEMBOCA EN UN RESULTADO TÍPICO

a) Finalmente, y para concluir este apartado dedicado a la distinción entre delito de acción y de omisión, hay que señalar que, *cuando concurren varios sujetos cada comportamiento debe ser analizado individualmente*, siendo posible tanto que todos los responsables de un resultado imprudente respondan en comisión por omisión como que unos lo hagan por este título y otros, en cambio, por un delito de acción. Y es que lo expuesto hasta ahora rige, fundamentalmente, para aquellos casos en los que los comportamientos activos y/u omisivos concurren en *una misma persona*. A veces incluso, y para abordar los problemas con la mayor claridad posible, hemos descrito algunos supuestos de una forma simplificada que no coincide exactamente con lo que sucedió en la realidad: en el caso de la transfusión de sangre contaminada con SIDA, por ejemplo, no estamos ante un supuesto como el de los «pelos de cabra», donde el propietario que entrega el material es *la misma persona* a quien correspondía desinfectarlo, sino ante otro en el que quien en última instancia causa el resultado *por acción*: quien transfunde la sangre en quiró-

fano, es un integrante del equipo quirúrgico que, además, actúa sin imprudencia, apareciendo en el acontecimiento anterior *otras personas distintas* de las que unas realizan acciones (así la Jefe del Servicio de Hematología que *entrega* a los cirujanos una sangre no cribada) y otras omisiones (así, los médicos y ejecutivos del Hospital responsables, que *no* adquirieron, a pesar de que lo deberían haber hecho, el instrumental idóneo para llevar a cabo el test anti-SIDA). A diferencia del caso de los «pelos de cabra» o del caso del propietario de un vehículo sin líquido de frenos, donde con la mera omisión sin más de las medidas de precaución no se ha realizado ningún ilícito penal, porque el acontecimiento sigue *bajo el control del omitente*, y éste sólo comete un delito cuando mediante una actividad (de entregar el material, de conducir el coche) condiciona que el instrumento al que le faltan aquellas medidas de precaución despliegue efectos causales, en el supuesto del SIDA los responsables de que la sangre que se transfundía no estuviera contaminada, y que *omittieron* hacerlo, *dejaron de tener el control del foco de peligro* cuando éste pasó a las personas encargadas de la transfusión, por lo que aquella omisión no aparece ya (como en el caso del líquido de frenos) como una mera omisión de medidas de precaución jurídico-penalmente irrelevante mientras el propietario del vehículo —al mismo tiempo omitente y actuante— *no conduzca* el coche provocando el accidente, sino como una *omisión de evitar que otro transfundiera sangre no sometida al obligado test anti-SIDA*, es decir: como una *omisión de impedir la causación imprudente de un resultado de lesiones* (30).

Por consiguiente, en aquellos supuestos en los que un sujeto causa imprudentemente, o, incluso, fortuitamente (ejemplo: si el farmacéutico vende una medicina en mal estado, cuya ingestión provoca lesiones, no es a él, sino a los responsables del laboratorio a quienes incumbe el control de la calidad de la medicina envasada), un resultado, y *otras personas distintas* están encargadas de que el foco de peligro no rebase el riesgo permitido y desemboque en una lesión típica, quien actúa podrá responder de un delito imprudente de acción (o de nada, si actúa fortuitamente porque no le correspondía el control del foco de peligro), y los que permiten que el foco (no sometido a las medidas de precaución de cuya aplicación son responsables) despliegue sus efectos causales, de un delito imprudente en comisión por omisión.

b) Como ejemplos de una *responsabilidad unitaria en comisión por omisión* de todos los intervinientes pueden mencionarse los supuestos de hecho de las siguientes sentencias del TS.

(30) Al caso del SIDA volveremos *infra* IV B 3 a, al ocuparnos de la relación de causalidad en el delito imprudente.

aa) *Dentro del marco de la seguridad e higiene en el trabajo*, el de la de 13 de junio de 1980, A. 2757 (responsabilidad en comisión por omisión del arquitecto y del maestro albañil por *permitir* que el obrero lesionado se desplazara por una pasarela formada por dos tablones, no sujetos entre sí, sobre un hueco y a la altura de la cuarta planta, cayendo al vacío y produciéndose gravísimas lesiones); el de la de 15 de mayo de 1989, A. 6738 (responsabilidad, entre otras personas y en comisión por omisión, tanto del arquitecto y director técnico de la obra como del ingeniero industrial y director técnico de la estructura por *no impedir* que el obrero fallecido trabajara a una altura de dieciocho metros, sin barandillas ni pasarelas ni redes, desde donde cayó al vacío); el de la de 17 de noviembre de 1989, A. 8666 (responsabilidad conjunta del Doctor arquitecto, del arquitecto técnico y del encargado de la obra por *no* adoptar medidas para evitar que cayeran a la vía pública materiales de construcción apilados en un edificio de once alturas, cuyas obras se encontraban suspendidas, alcanzando a un peatón que resultó gravísimamente herido); el de la de 15 de julio de 1992, A. 6375 (responsabilidad conjunta en comisión por omisión del arquitecto director, del aparejador y del encargado de obras por infracción del art. 10 de la Ordenanza de Higiene y Seguridad en el Trabajo, que impone al personal directivo, técnico y mandos intermedios la obligación de hacer cumplir al personal a sus órdenes lo dispuesto en la Ordenanza sobre normas de seguridad, no obstante lo cual *permitieron* que un operario trabajara en el piso sexto de una obra en construcción, sin las preceptivas barandillas, cayendo al vacío y falleciendo instantáneamente); y el de la de 4 de octubre de 1993, A. 7276 (responsabilidad en comisión por omisión tanto del subcontratista de la obra como del encargado de la empresa contratante por *no impedir* que el obrero trabajara en un andamio, sin cinturones y sin red de seguridad, precipitándose al vacío y falleciendo).

bb) *Y dentro del marco de la imprudencia médica*, el de la sentencia de 4 de septiembre de 1991, A. 6021, donde, con razón, se condena por un homicidio imprudente en comisión por omisión: al anestesista, porque *deja de vigilar* al paciente que está siendo operado; al cirujano, porque si bien —y sobre la base del principio de división del trabajo, y para concentrarse en su propia actividad médica, no tiene que intervenir en las tareas propias del anestesista—, lo que sí que le incumbe, como director de la operación, es asegurar la presencia continua de aquél en el quirófano, por lo que si *permite* que se ausente, responderá igualmente de un homicidio en comisión por omisión: y, finalmente, al director del Hospital, porque ciertamente que no tiene el deber de supervisar la actuación concreta del anestesista, pero sí que es responsable de que cada intervención quirúrgica que se desarrolla en su Hospital sea asistida de manera permanente por un anestesista, por lo que si conoce, como en el supuesto

de hecho que nos ocupa, que por el reducido número de médicos de esa especialidad, éstos tenían que asistir simultáneamente a varias operaciones, entonces su *tolerancia* de esa situación fundamenta asimismo una responsabilidad por el resultado en comisión por omisión.

c) Como ejemplos de *títulos de imputación concurrentes de varias personas por un delito imprudente, de unas por acción y de otras por comisión por omisión*, hay que mencionar aquellos supuestos en los que la responsabilidad del vigilado tiene por base una *actividad negligente* (acción), y la del vigilante una *abstención imprudente* (omisión) al no controlar esa actividad. Este es el esquema que está presente, por ejemplo, en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 7 de junio de 1983, A. 3091 (caso catástrofe del camping Los Almufaces), donde un camión cisterna, conteniendo propileno en una cantidad notoriamente superior a la permitida, explotó a consecuencia de esa sobrecarga, inflamándose y causando, además de numerosos lesionados, la muerte de más de doscientas quince personas, de entre los turistas que se encontraban en el mencionado camping, y donde al conductor del camión-remolque, que era consciente de que la carga del líquido inflamable excedía de la autorizada, le es imputable un delito de acción (cuya responsabilidad quedó extinguida por haber fallecido también él en el accidente), y de comisión por omisión, en cambio, a los encargados de controlar que dichas cargas se mantuvieran dentro de los límites autorizados, por *permitir* que el foco de peligro carente de medidas de precaución pudiera causar aquella catástrofe.

D. Resumen

Como resumen de este apartado sobre la distinción entre el delito de acción y el de omisión pueden establecerse los siguientes principios.

Primero. El comportamiento será obviamente omisivo si en la conducta del sujeto no aparece ningún movimiento corporal causante del resultado típico.

Segundo. Cuando en la conducta se aprecian tanto elementos activos como omisivos, si la acción ha *precedido* a la omisión, ésta prevalecerá sobre aquella cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque, al tiempo de ejecutarlo, no concurrieron dolo ni imprudencia. Si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejecutó ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad, concurriendo ambos —como unidad natural de comportamiento— cuando sean igualmente graves; en el supuesto de que la acción y la omisión obedezcan a títulos de imputación distintos (imprudente una, dolosa la otra) y que los bienes jurídicos lesionados

por aquéllas (por ejemplo, vida en el homicidio, solidaridad en la omisión del deber de socorro) sean distintos también, entrará en juego un concurso (por ejemplo, entre homicidio imprudente y omisión del deber de socorro dolosa). No obstante lo expuesto, si la acción que precede a la omisión viene exigida como única *correcta y posible* por el ordenamiento jurídico —por ejemplo, corte del cordón umbilical durante un parto—, entonces, y aunque aquélla haya sido ejecutada con dolo, la responsabilidad penal quedará vinculada únicamente a la (comisión por) omisión (no ligadura del cordón umbilical).

Tercero. Si la omisión ha *precedido* a la acción y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces como aquélla, como tal omisión, es atípica en el sentido de un delito de *resultado* [lo más que puede integrar es una infracción administrativa o, en casos excepcionales, un delito de mero *peligro* (31)], el único comportamiento jurídico-penalmente relevante *de resultado* será el activo causante de la lesión típica.

Cuarto. Cuando en el acontecimiento intervienen *varias personas*, los encargados de vigilar que el foco de peligro causante del resultado típico no rebase el riesgo permitido responderán, cuando no cumplen con su obligación y por esa inactividad, por un delito imprudente en comisión por omisión, y quien causa activamente la lesión con el foco de peligro por un delito imprudente de acción (a no ser que esa causación fuera para él fortuita, por corresponder a aquéllos exclusivamente, pero no a éste, las funciones de vigilancia del foco).

IV. EL DELITO IMPRUDENTE DE COMISIÓN POR OMISIÓN

A. La «relación de causalidad» en la comisión por omisión en general

1. LA APLICACIÓN A LA OMISIÓN DE LA FÓRMULA (ADAPTADA) DE LA *CONDITIO SINE QUA NON*

Como hemos visto (*supra* III A), entre la omisión y el resultado no puede establecerse, en sentido estricto, una relación de causalidad.

(31) Así, por ejemplo, el art. 348 bis a) (recientemente estudiado por LASCURAÍN, en su monografía «La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo», Madrid, 1994): «Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas.»

La doctrina dominante exige, no obstante, como *requisito imprescindible* de la responsabilidad por un resultado en la comisión por omisión —tanto en la dolosa como en la imprudente— una cuasicausalidad: ésta concurre cuando consta que la acción omitida por el garante, *con una probabilidad rayana en la seguridad*, hubiera evitado el resultado. Esta fórmula de la cuasicausalidad es una adaptación a la comisión por omisión de la funesta fórmula de la *conditio sine qua non* con la que un sector doctrinal trata de determinar la causalidad en el delito de acción; y así como en éste lo que se trataría de establecer sería si *suprimiendo* el comportamiento el resultado desaparecería o no, en aquélla lo que habría que constatar sería si *añadiendo* la acción (omitida) el resultado desaparecería o no.

2. LA EXIGENCIA DE SEGURIDAD CAUSAL EN EL DELITO DE ACCIÓN

En el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 9 de mayo de 1964 (cfr. *supra* II C), aunque, *con toda probabilidad*, la intervención abortiva fue la que, en efecto, determinó el fallo cardíaco y la muerte de la embarazada, existía, no obstante, una *mínima duda* de que dicha intervención no hubiera sido la que ocasionó materialmente el fallecimiento, y esa mínima duda bastó para excluir la aplicación del art. 411, párrafo último; y con razón, pues si lo que el tipo castiga es un aborto con resultado de muerte, iría en contra del principio de legalidad y del de *in dubio pro reo* dar por sentada una relación de causalidad donde no se ha despejado con un ciento por ciento de certeza que el aborto haya causado la muerte, esto es: que el supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento sea subsumible en el tipo correspondiente. Análogamente, en el caso Vinader (cfr. *supra* II C *in fine*), *todo hace pensar* que la información que publicó el periodista en la revista «Interviú» fue la que efectivamente desencadenó los asesinatos posteriores; pero como la aplicación del homicidio imprudente exige obviamente la certeza de que concurren sus presupuestos típicos —esto es y entre otros: de que existe una relación de causalidad entre el comportamiento negligente y el resultado—, de ahí que la *mínima duda* de que esa relación de causalidad no se ha dado debería bastar para eximir al periodista de responsabilidad criminal. Al margen ya de supuestos resueltos por la jurisprudencia, un último ejemplo: si A pone veneno en un alimento de X y B le clava una navaja, y la autopsia sólo puede determinar que el fallecimiento de X se debió con un 99 por 100 de probabilidades al veneno, pero no puede descartar la posibilidad de un 1 por 100 de que la muerte sea reconducible al apuñalamiento, la solución del caso es aplicar, tanto a A como a B, un delito contra la vida en grado de *frustración*; pues no se puede condenar a A por un tipo

que requiere *haber matado* a alguien cuando existe una mínima probabilidad de que no haya sido A quien ha matado.

Estos criterios tan estrictos que hacen imposible condenar por aborto con resultado de muerte o por homicidio imprudente o por un delito consumado contra la vida a los sujetos activos de nuestros ejemplos, no son *delicatessen* dogmáticas, sino que constituyen uno de los orgullos de un Derecho penal democrático que —por muy fundadas que ellas sean— rechaza que se opere con sospechas y exige la seguridad y la certeza.

3. LA IMPOSIBILIDAD DE ESTABLECER UN CRITERIO DE SEGURIDAD EN LA CUASICAUSALIDAD DE LA OMISIÓN

a) De lo expuesto sobre la causalidad en el delito de acción derivan dos objeciones contra la aplicación a la comisión por omisión de la fórmula adaptada de la *conditio sine qua non*.

Primera objeción. Si la probabilidad rayana en la certeza es insuficiente para imputar un resultado en un comportamiento *positivo* (porque supondría convertir al delito de resultado en un delito de peligro) y, por ello, no es posible imputar la muerte en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 9 de mayo de 1964 (aborto con resultado de muerte), ni en el «caso Vinader», ni tampoco en el ejemplo de que el fallecimiento con un 99 por 100 de probabilidades se debió al veneno y únicamente con una posibilidad del 1 por 100 al apuñalamiento, a pesar de que en todos estos casos tanto la persona que practicó el aborto, como Vinader, como el envenenador *causaron la muerte con una probabilidad rayana en la seguridad*, entonces —y si se quiere mantener la equivalencia entre acción y omisión— tampoco a ésta se le puede imputar el resultado si «sólo» existe una probabilidad rayana en la certeza de que la acción omitida hubiera evitado el resultado.

Segunda objeción. Pero es que, además, cuando llega el momento de aplicar a los casos concretos de comisión por omisión la fórmula de la *conditio sine qua non* ni siquiera se respeta lo que se ha establecido a nivel de principio: por el contrario, se prescinde de la exigencia de la probabilidad rayana en la certeza —porque ésta muchas veces no puede encontrarse en la vida real— y se califican de delitos consumados de comisión por omisión supuestos en los que sólo existe una (más o menos) elevada probabilidad (pero no rayana en la certeza) de que la acción omitida hubiera evitado el resultado. Y así, ello es lo que sucede en dos «ejemplos de manual» de comisión por omisión, de acuerdo con los cuales respondería por la muerte de la esposa fallecida, como parricida, el marido que no le ha auxiliado cuando cayó enferma o el que no impidió que un tercero la matara.

Si la esposa sufre una peritonitis o un infarto y el marido no le ayuda, que la acción omitida hubiera evitado el resultado dista mucho de ser una probabilidad rayana en la certeza; pues como se trata de enfermedades con índices de supervivencia que, según la gravedad de la afección, pueden ser del 50 por 100 e incluso inferior, por ello es imposible determinar en el caso concreto si la mujer enferma pertenecía o no al grupo de personas que, a pesar de ser atendidas médicamente, no obstante no habrían podido superar la enfermedad, es decir: de la acción omitida sólo se puede predicar la probabilidad (pero ni de lejos una probabilidad rayana en la certeza) de que hubiera evitado el resultado. Esta probabilidad rayana en la certeza de evitación del resultado *ni siquiera* se puede afirmar en enfermedades con índices de supervivencia mucho mayores o que incluso lo tienen del 100 por 100 *si se presta a tiempo atención médica*; pues como el proceso causal que habría desencadenado la acción omitida de solicitar auxilio nunca se puso en marcha, el marco dentro del cual nos tenemos que desenvolver es el de las (más o menos probables) hipótesis, pero tampoco el de la probabilidad rayana en la seguridad de que la acción del cónyuge de recabar atención médica hubiera evitado el fallecimiento: como el marido no recabó esa atención —es decir: como tenemos que operar con lo que nunca ha sucedido— es imposible averiguar si, en el supuesto de que el cónyuge hubiera realizado la acción (que no realizó) omitida, la ambulancia hubiera llegado a tiempo, si, llegando a tiempo, no obstante la ambulancia (que nunca fue avisada) habría conducido a la enferma al hospital o —a consecuencia, por ejemplo, de una avería, de que se habría quedado sin gasolina o de un eventual accidente de circulación— no lo habría conseguido, si, aun suponiendo que la ambulancia llegara a tiempo para recoger a la enferma y hubiera podido trasladarla al hospital, a pesar de ello todo habría sido inútil por la impericia de un médico (que jamás llegó a intervenir)..., y así podríamos seguir enumerando las eventualidades que podrían haber sucedido en un curso causal hipotético; pero no es necesario, porque la consecuencia de todo ello se ha extraído ya por sí misma: por definición y por tener que trabajar sobre un proceso causal hipotético e *independientemente de la mayor o menor gravedad de la dolencia*, ni siquiera en enfermedades con índices altos o incluso seguros de supervivencia, si se llega a prestar una atención médica correcta, podremos saber —con la probabilidad rayana en la seguridad que, a nivel de principio, exige la doctrina dominante— si la acción omitida hubiera evitado o no el resultado.

Y lo mismo rige para el otro «ejemplo de manual» que hemos elegido: el marido, si hubiera realizado la acción omitida, *sólo* habría podido *intentar* reducir a quien iba a matar a su mujer, pero que lo hubiera conseguido o no es algo que depende de la fuerza y de la destreza del marido, de la capacidad de resistencia del homicida, de

la actitud de la propia mujer y de muchos otros factores cuya eventual incidencia —porque no tuvieron ocasión de manifestarse en la realidad—jamás podremos averiguar con una probabilidad rayana en la certeza.

b) Los resultados a los que hemos llegado comparando los requisitos de la causalidad en el delito de acción con los que se exigen para el de comisión por omisión son los siguientes: en primer lugar, que como el tipo objetivo del delito de acción exige la *seguridad* de que el comportamiento activo *haya causado* el resultado, por ello no puede decirse es que habría evitado el resultado con una *probabilidad rayana en la seguridad*; y, en segundo lugar, que la doctrina dominante ni siquiera se toma en serio el criterio de la probabilidad rayana en la seguridad, sino que subsume en los delitos de resultado (en comisión por omisión) supuestos en los que esa probabilidad dista mucho de rayar en esa seguridad.

B. La causalidad en el delito imprudente de acción

1. El presente trabajo está dedicado a la comisión por omisión imprudente, y de la dolosa sólo nos ocupamos marginalmente cuando ello aparece necesario para fundamentar o completar alguna vía de argumentación.

Por ello, el primer paso para determinar cuándo una omisión *imprudente* equivale a una acción —esto es: cuándo se puede decir de ella que es una *comisión* por omisión— es el de analizar con un mayor detenimiento cómo está estructurada la causalidad en el delito culposo de acción, para lo cual antes quiero hacer una rápida referencia a un movimiento que se inicia en los años sesenta y que trata de superar una tendencia hasta entonces dominante que, en el delito imprudente, excluía la responsabilidad cuando el resultado causado por una acción descuidada se *habría producido* también aunque el sujeto se hubiera comportado conforme a Derecho (32). Este principio, que supone una enésima resurrección de la fórmula de la *conditio sine qua non* —no ya para determinar la relación de causalidad material, sino una supuesta relación de antijuridicidad—, ha de ser rechazado por la imposibilidad de demostrar algo que no ha sucedido: lo que ha causado *realmente* el resultado ha sido un comportamiento imprudente, y qué es lo que habría sucedido si el sujeto hubiera actuado diligentemente es algo que se escapa a cualquier constatación empírica. Para evitar este recurso a procesos causales hipotéticos co-

(32) Sobre todo ello informo ampliamente en mi libro *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 119 ss.

mo fundamento de una absolución, Roxin (33) establece, en 1962, su teoría del «aumento del riesgo», que no opera con ninguna especulación hipotética, sino sólo con la constatación de si la conducta imprudente, en comparación con la correcta, ha incrementado o no el riesgo de producción del resultado. Y el autor de este artículo, por su parte y en ese mismo año (34), introduce en la ciencia penal la teoría del «fin de protección de la norma» (35), que igualmente prescinde, para determinar si un resultado debe o no ser imputado a un determinado comportamiento formalmente imprudente, de la confrontación con lo que habría sucedido de haberse comportado el autor correctamente, estableciendo como criterio determinante el de si el resultado concreto producido era uno de los que el Derecho quería evitar con la imposición de un determinado deber de diligencia (36).

En lo que sigue, parto de estos principios, también del del aumento del riesgo, para estudiar la relación de causalidad en el delito imprudente de acción (37), evitando las objeciones (38) contra aquel

(33) Cfr. «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *ZStW*, 74 (1962), pp. 430 ss. y *passim*. Cfr. ahora ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2.^a ed., Munich, 1994, pp. 314 ss.

(34) Cfr., en alemán, mi tesis doctoral de Hamburgo, *Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, 1962, pp. 126 ss., y mi artículo «Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmehlehre», *ZStW*, 80 (1968), pp. 922/923 nota 20, y en español, *Delitos cualificados*, 1966, pp. 119 ss.

(35) Así lo reconocen en la ciencia penal alemana, entre otros, ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den fahrlässigen Delikten*, Bonn, 1965, pp. 52/53, 117/118; RUDOLPHI, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *JuS*, 1969, pp. 550 nota 9, 552; ROXIN, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», *Honig-Festschrift*, 1970, p. 140 nota 20; KRÜPELMANN, «Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten», *Jescheck-Festschrift I*, 1985, p. 335 nota 63; KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1990 pp. 240 nota 501, 212; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1992, p. 142 nota 54.

(36) En contra de lo que a veces se mantiene (cfr., por ejemplo, TOEPEL, *op. cit.*, p. 142), la teoría del fin de protección de la norma no supone la transposición al Derecho penal de una corriente vigente ya en la dogmática del Derecho civil, sino que la elaboré *generalizando* para los delitos imprudentes —y también para los delitos dolosos— un criterio establecido en 1888 por v. KRIES para determinar cuál era la relación *típica* entre delito base y resultado cualificante en los delitos cualificados por el resultado (cfr. GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, 1966, pp. 167 ss.).

(37) Para una exposición más detallada sobre las teorías del aumento del riesgo y del fin de protección de la norma y sobre su relación entre ellas, remito al lector a la monografía citada en la nota inicial * de este artículo.

(38) Cfr., por todos, FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung*

principio en el sentido de que viola el principio *in dubio pro reo* y de que convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, y acudiendo para ello al criterio de que en el grupo más importante de los delitos imprudentes de acción tiene que *constar* que el resultado se ha producido por un *foco de peligro*, del que tiene que *constar igualmente* que se ha convertido en uno prohibido a consecuencia de una acción imprudente.

2. Desde el punto de vista de la concatenación objetiva entre comportamiento *activo* y resultado, el delito imprudente de acción se manifiesta en alguno de estos dos grandes grupos.

En el primer grupo el comportamiento consiste en crear un riesgo *ab initio* ilícito —y hasta entonces inexistente— que causa (condiciona) el resultado. Por ejemplo: con la pistola de su padre, que cree descargada, A, para dar un susto a su amigo B, dispara contra éste, quien resulta muerto porque en la recámara del arma se alojaba una bala.

Pero el grueso de los delitos imprudentes de acción que tienen lugar en la realidad pertenece al segundo y último grupo. Este viene caracterizado por que mediante un comportamiento activo se crea (o se incide en) un foco de peligro *ab initio* lícito —riesgo permitido— que, no obstante y como consecuencia de la acción, rebasa ese riesgo permitido hasta convertirlo en prohibido, desembocando entonces el foco de peligro, causalmente, en un resultado típico. Dentro de este grupo y por ejemplo, hay que incluir los delitos imprudentes de la circulación, donde el riesgo permitido del tráfico rodado (conducción de vehículos) es rebasado como consecuencia de una acción imprudente (adelantamiento incorrecto, velocidad excesiva), causando entonces el foco de peligro (no permitido ya) un resultado típico de, por ejemplo, muerte o lesiones.

3. En este segundo grupo muchas veces es imposible constatar si el resultado es reconducible o no a la acción imprudente, y es fácil de comprender por qué ello es así: un foco de peligro que se mantiene dentro del riesgo permitido, por definición y ya que es, en sí, peligroso, también —y a pesar de no estar prohibido— puede producir resultados típicos (si no, no sería peligroso): conducciones de automóviles correctas, anestias, transfusiones de sangre o intervenciones quirúrgicas ejecutadas conforme a la *lex artis*, locales públicos construidos de acuerdo con las normas reglamentarias de prevención de incendios, postes de alta tensión bien señalizados, todos estos focos de peligro *permitidos* pueden, no obstante, desembocar en resultados de muerte o lesiones. Si ello es así —y así es—, entonces, cuando a consecuencia de una acción imprudente el foco de peligro rebasa el riesgo permitido y causa un resultado típico, a menudo nos en-

contraremos con dificultades simplemente insuperables para responder a la pregunta de si, por ejemplo, las lesiones obedecen al segmento permitido o al no permitido de ese foco de peligro (39). Dos ejemplos que expongo a continuación nos van a permitir desarrollar lo que acabo de formular a nivel teórico.

a) El primer ejemplo es el del supuesto de hecho de la sentencia del TS, ya mencionada, de 18 de noviembre de 1991 (A. 9448), donde varias personas resultaron lesionadas al contraer la enfermedad del SIDA, después de que se les transfundió sangre que no había sido sometida al test que hubiera podido detectar la contaminación del plasma. Por lo que se refiere a si aquí estamos ante un delito de acción o uno de omisión, y tal como se ha apuntado anteriormente (*supra* III A), es obvio que, como toda modificación que se produce en el mundo exterior, el contagio de la enfermedad se tuvo que causar por un comportamiento *activo* (por una aplicación de energía) consistente, en este caso, en la *transfusión* de sangre infectada que tuvo lugar en quirófano (en concreto, a uno de los sujetos pasivos de las lesiones, a Juan José M. T., «le fue transfundida sangre en el curso de una intervención quirúrgica de recambio valvular aórtico», y al otro, a Vicente L. P., le fue transfundida «en el curso de una intervención de by pass aortocoronario»); pero como los integrantes del equipo quirúrgico no son expertos en hematología, y se limitan a emplear la sangre que les entrega el servicio competente, de ahí que los que causaron activamente las lesiones al *hacer* las transfusiones no sean penalmente responsables por no concurrir en su comportamiento activo ni dolo ni imprudencia. De los condenados en la sentencia de 18 de noviembre de 1991, dos lo fueron por una imprudencia en comisión por omisión y una tercera persona por unas lesiones imprudentes por acción: aquéllos —por una parte, el Director Gerente y, por otra, el Director médico del Hospital Príncipes de España, de Bellvitge—, por la *omisión* de *no* adoptar las medidas oportunas, *ni* comprar el instrumental preciso, para que se llevaran a cabo en el Hospital los tests anti-SIDA de la sangre que les constaba que se iba a transfundir a los pacientes, y la tercera persona condenada —la Jefe del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital— por la *acción* imprudente de *ordenar que se entregara* a los equipos quirúrgicos la sangre no cribada.

Este comportamiento activo de la Jefe del Servicio de Hematología constituye un interesante ejemplo de cómo, dentro de este segundo grupo, está estructurada a veces la causalidad en el delito imprudente de acción, ya que, según señala la propia sentencia de 18

(39) Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT*, I, 2.^a ed., 1994, p. 315: «... un riesgo no se puede escindir en una parte permitida y en otra prohibida, averiguando para cada una de ellas, por separado, la realización del peligro».

de noviembre de 1991 (40), y según la información a la que ha podido acceder el autor de este artículo (41), el test anti-SIDA no permite detectar *siempre* la presencia en la sangre de anticuerpos anti-VIH, ya que durante el llamado «período ventana», que puede extenderse hasta ochenta días después del contagio, la sangre del ya enfermo puede seguir sin dar positivo en las pruebas del VIH. Como consecuencia de ello, en el supuesto de hecho de la mencionada sentencia del TS no podemos saber si el efectivo contagio de los lesionados obedeció al riesgo que conlleva *toda* transfusión —porque el plasma empleado se encontraba en el «período ventana», el cual, aunque se hubieran hecho las pruebas, habría impedido detectar la presencia de la infección en la sangre— o a la acción imprudente de transfundir sin un test previo —porque el «período ventana» ya había pasado y, por lo tanto, se hubiera comprobado la infección de la sangre, y, consiguientemente, desechado, si se la hubiera sometido a la correspondiente prueba—.

b) Un segundo ejemplo de delito imprudente de acción donde surgen las mismas peculiaridades en la concatenación causal que en el caso anterior sería el de la *venta* (acción) de productos que pueden ser letales sin que, en contra de lo preceptuado (42), se llame la atención en el etiquetado sobre su peligrosidad (43). Si una persona ingiere la sustancia y fallece, es imposible determinar *a posteriori* si el fallecimiento hay que reconducirlo al segmento permitido (que autoriza la venta de determinadas sustancias venenosas) o al prohibido (pero esa venta no está autorizada si en la etiqueta no se hace constar el carácter tóxico de aquéllas) del foco de peligro. Y es que la advertencia sobre la peligrosidad del veneno colocada en el exterior del envase habría seguido siendo inútil si la persona que falleció: bien tenía la vista cansada y aquel día se le habían roto las gafas, bien era una que nunca miraba las etiquetas de los productos que consumía, bien era otra que amaba el peligro y le gustaba ingerir precisamente productos tóxicos, o bien, simplemente, y conociendo las consecuencias que podía tener, aunque no se hubieran reseñado en el exterior del frasco, bebió la sustancia porque quería suicidarse: todas estas circunstancias, que serían determinantes para averiguar si la *imprudencia* de vender el producto sin la etiqueta reglamentaria

(40) «Desde el momento de la infección hasta que se forman los anticuerpos, pasa un período no determinado de tiempo durante el cual no es posible detectar la presencia de virus VIH en la sangre».

(41) Y que agradezco a mi amigo, el Dr. Carlos Alberola, Jefe del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital Santa María del Rosell, de Cartagena.

(42) Cfr., por ejemplo, el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, aprobado por Real Decreto 1078/1993, de 2 de julio.

(43) En concreto, el comportamiento del que nos vamos a ocupar a continuación sería subsumible en un delito cualificado por el resultado del art. 342 (comportamiento base doloso) en relación con el 348 (homicidio imprudente cualificante).

tuvo alguna incidencia en el fallecimiento, tienen que quedar necesariamente sin respuesta por la sencilla razón de que no podemos resucitar al muerto para preguntarle qué es lo que realmente sucedió.

c) No obstante lo expuesto, la conclusión de que en estos dos ejemplos no integran dos delitos imprudentes ni la transfusión de sangre sin someterla al test anti-SIDA ni la venta sin advertencia de un producto venenoso, porque lo único que podría decirse de esos comportamientos activos es que habrían elevado el riesgo de lesión, pero no que lo hubieran causado, por lo que imputarles el resultado supondría convertir a un delito de lesión en uno de peligro, sería una conclusión precipitada: como el curso que habría seguido el foco de peligro manteniéndose dentro del riesgo permitido es un experimento irreproducible, porque no se sabe si el plasma ya transfundido se encontraba o no dentro del «período ventana», porque como el fallecido no nos lo puede contar tampoco sabemos qué es lo que habría sucedido si el producto tóxico hubiera estado reglamentariamente etiquetado, la *insostenible* conclusión que habría que deducir de todo ello es que, entonces, los médicos podrían seguir transfundiendo sangre sin ningún tipo de precaución, y los fabricantes de productos tóxicos podrían despreciar las normas de etiquetado, en la seguridad de que nunca podrían ser hechos responsables de un delito imprudente. Y continuando con los ejemplos: el médico que ejecuta una operación que tiene un índice bajo de supervivencia podría llevarla a cabo también sin observar en absoluto las reglas de la *lex artis*, porque si el paciente se muere —y como la operación es irrepitable, entre otras razones porque el enfermo ya ha fallecido— siempre podría alegar que hubiera sucedido lo mismo, aunque la intervención quirúrgica peligrosa se hubiera realizado conforme a la más irreprochable técnica.

d) *Pero naturalmente que en todos estos casos estamos ante muertes y lesiones imprudentes*, porque lo que caracteriza a la imprudencia por acción en estos casos es que un foco de peligro —en concreto: transfusión de sangre, producto tóxico, intervención quirúrgica—, *a consecuencia* de un comportamiento negligente activo —entrega del plasma no cribado, venta del producto sin el etiquetado reglamentario, operación médica incorrecta—, *rebasa* el riesgo permitido, causando el foco de peligro el resultado típico. Los correspondientes sujetos activos no pueden alegar que ellos sólo han elevado el riesgo, pero que no han causado el resultado, ya que el resultado *lo ha causado con seguridad el foco de peligro* (la transfusión de sangre, el producto tóxico, la operación), y, *con seguridad también*, ese foco se ha convertido en uno no permitido por la ejecución de la acción imprudente.

e) Como resumen de lo expuesto y a los efectos que aquí son relevantes, hay que extraer la siguiente conclusión: dentro del marco de los delitos imprudentes de *acción*, cuando un comportamiento ac-

tivo convierte al riesgo permitido en uno prohibido, el resultado debe ser imputado a ese comportamiento, ya que aquél ha sido causado *con toda seguridad* por el foco de peligro y ya que el que éste hubiera rebasado el riesgo permitido convirtiéndose en uno prohibido es reconducible, *igualmente con toda seguridad*, a la correspondiente acción negligente: en estos casos, por consiguiente, el delito imprudente de acción viene caracterizado *por que el foco de peligro causante del resultado ha traspasado el «punto crítico» de lo permitido a lo prohibido a consecuencia de la conducta negligente del autor.*

C. Balance provisional

1. Hemos visto que la relación de causalidad, como cualquier otra característica típica, tiene que estar acreditada con toda seguridad para que el comportamiento pueda ser subsumido en el correspondiente tipo de lesión.

No basta, por consiguiente, con que conste únicamente una (más o menos elevada) probabilidad de causalidad. Por ello, tenía razón el TS cuando en la sentencia de 9 de mayo de 1964 (cfr. *supra* II C y IV A 2) absolvió de un aborto con resultado de muerte a quien muy probable (pero no ciertamente) condicionó el fallecimiento de la embarazada, y, en cambio, se equivocó cuando imputó un homicidio imprudente al periodista Vinader (*supra* II D *in fine* y IV A 2), ya que, aunque era muy probable, no existía la seguridad de que, con sus reportajes, hubiera condicionado la muerte de las personas asesinadas por ETA.

2. En consecuencia, y aplicando a la comisión por omisión las reglas que rigen para el delito de acción, la probabilidad rayana en la seguridad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, no puede servir de base para imputar éste al omitente: el marido que no solicita atención médica para la mujer que está sufriendo una peritonitis, no puede ser hecho responsable de ese resultado, ya que con su inactividad «sólo» ha elevado el riesgo de muerte, pero no se puede decir que ésta sea reconducible a aquella omisión, en cuanto que hay muchas personas que, una vez declarada la enfermedad, fallecen no obstante por muy rápido y acertado que sea el tratamiento médico al que se las somete. Y lo mismo rige incluso para enfermedades menos (o mucho menos) graves en las que la actitud pasiva del cónyuge mantiene la situación de ausencia de tratamiento médico, porque teniendo en cuenta que el proceso causal hipotético que hubiera puesto en marcha la acción omitida no llegó a desencadenarse, por ello nunca podremos descartar con seguridad —sino sólo con un juicio de probabilidad— que no hubieran surgido entonces incidentes imprevistos —no llegada a tiempo de la ambulancia o posterior avería de ésta, tratamiento médico inadecuado, etc.— que hubieran im-

pedido la curación de la enferma leve: también aquí, por consiguiente, nos encontramos con una probabilidad (ciertamente, mucho más elevada) de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, pero no con la seguridad que exige el Derecho penal para que una persona pueda ser hecha responsable de una determinada lesión típica.

3. En el grupo más característico del delito imprudente de acción, y que acabamos de estudiar, *la estructura de la causalidad es algo diferente*: ahí la acción imprudente convierte al foco de peligro de permitido en ilícito, y es éste el que, *sin duda alguna*, causa el resultado. No se puede decir, por consiguiente, que *no se sabe* qué es lo que ha condicionado el resultado: el resultado (lesiones, muerte) lo ha causado con toda seguridad el foco de peligro (la transfusión de sangre, el producto tóxico), y este foco de peligro dejó de estar autorizado por el Derecho *porque* el sujeto activo, con su acción imprudente e igualmente con toda seguridad, elevó el nivel de riesgo del foco, transformándolo en uno no permitido.

[Al contrario de lo que sucede en el imprudente, en el *delito doloso de acción* el *foco de peligro* (el *riesgo*) *permitido apenas desempeña un papel*, lo que repercute, a su vez, en la estructura y en el alcance (mucho más limitado) de la *comisión por omisión dolosa*: no se puede decir, por ejemplo, que dentro del matrimonio uno de los cónyuges —que hasta entonces goza de buena salud o a quien nadie quiere hacer daño— *constituya, por sí solo y por el mero hecho de vivir, un foco de peligro* porque puede sufrir una peritonitis o porque puede ser objeto de un delito contra la vida, y que ese foco se transformaría de permitido en prohibido a consecuencia de la inactividad del otro cónyuge. De la comisión por omisión dolosa, y aunque sólo sea de pasada, nos ocuparemos en el último apartado de este artículo (*infra* V D)].

4. Pero volvamos al delito imprudente de acción. Como en éste lo que fundamenta la responsabilidad del autor por la lesión típica es que su acción imprudente ha incidido en el foco de peligro no permitido (no permitido porque el comportamiento activo ha *transformado* lo que hasta entonces era un riesgo permitido en uno prohibido) *causante* del resultado, por ello ahí el *único* problema de causalidad que puede plantearse —y, con ello, la única posibilidad que existe, al margen de cuestiones de imputación objetiva, de que el autor imprudente no responda por el resultado— es que *surja la duda* de si ese foco de peligro que ha rebasado lo permitido es o no el que efectivamente ha causado la lesión.

Para decirlo con un ejemplo: *si* el autor, imprudentemente, vende un producto peligroso sin advertir de su toxicidad, pero no es seguro que haya sido ese foco de peligro el que ha causado la muerte del consumidor, porque existe la duda forense de si no habría sido *otro* veneno que había ingerido previamente la víctima el que condicionó el fallecimiento, entonces entra en juego el *in dubio pro reo* y el

sujeto no puede ser hecho responsable de un resultado que *tal vez* no ha sido condicionado por el foco de peligro que, a consecuencia del comportamiento activo, rebasó el nivel de lo permitido para entrar en la esfera de lo prohibido. O para decirlo con un segundo ejemplo, éste extraído de la jurisprudencia: si un médico, mediante una acción, convierte un foco de peligro de lícito en ilícito, porque lleva a cabo una *transfusión de sangre incompatible*, pero no resulta acreditado que ésta fuera la causa de la muerte, entonces, al no estar probada la relación de causalidad —y a pesar de que dicha transfusión obviamente incrementó el riesgo de muerte—, el facultativo tampoco puede ser hecho responsable del resultado (44).

Por lo demás, tanto en el supuesto de hecho de la sentencia de 9 de mayo de 1964 (aborto con resultado de muerte) como en el caso Vinader, el argumento determinante para negar la responsabilidad de los respectivos autores reside, igualmente, en que, a pesar de que en ambos supuestos y mediante las correspondientes acciones se elevó el riesgo de producción del resultado, no obstante no está acreditado que esos focos de peligro no permitidos (en un caso, el aborto, que es un foco de peligro *ab initio* ilícito si no concurre alguna de las indicaciones del art. 417 bis; en el otro, los reportajes periodísticos, lícitos, en principio, en cuanto que suponen un ejercicio de la libertad de información, pero que se convirtieron en prohibidos al describir Vinader, con toda clase de detalles, a los presunto activistas anti-ETA que luego resultaron asesinados) fueran los que efectivamente causaron los resultados de muerte.

D. Los requisitos de la comisión por omisión imprudente

1. INTRODUCCIÓN

Las anteriores consideraciones sobre el funcionamiento de la causalidad en el delito culposo de acción, para un artículo dedicado preferentemente a la comisión por omisión imprudente, han sido relativamente extensas.

(44) Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 5 de julio de 1991, A. 5627: «El Tribunal sentenciador lleva a término un análisis profundo y detallado de toda la prueba obrante en la causa, y de la mano de aquél concluye que, a consecuencia de la errónea transfusión de sangre practicada al paciente, sufrió hemólisis y anuria, que fueron debidamente tratadas; la primera mediante plasmáferesis que se practicó inmediatamente después de efectuada la transfusión y de haberse advertido el error, haciéndose un recambio plasmático de seis litros, que corrigió los posibles efectos de la hemólisis; y la segunda mediante hemodiálisis, si bien la anuria persistió hasta el fallecimiento de Gerardo G. por un edema de pulmón, *no habiéndose demostrado que el óbito fuera consecuencia de la transfusión incompatible o de sus efectos*» (cursivas en el texto original de la sentencia).

Pero ello era inevitable, porque sólo conociendo el mecanismo del delito imprudente de acción es posible entonces determinar a qué omisiones, por presentar una estructura en lo esencial igual que aquél, se les debe imputar el resultado *como si* éste hubiera sido causado mediante una acción, esto es: cuáles deben ser consideradas una comisión por omisión.

2. LA COMISIÓN POR OMISIÓN IMPRUDENTE
 COMO TRANSFORMACIÓN, POR AUSENCIA DE MEDIDAS
 DE PRECAUCIÓN, DE UN FOCO DE PELIGRO LÍCITO
 EN UNO PROHIBIDO [COMO CREACIÓN DE UN RIESGO (ILÍCITO)
 QUE DESEMBOCA EN UN RESULTADO TÍPICO]

Recordemos la conclusión a la que habíamos llegado: el grueso de los delitos imprudentes de acción se caracteriza por que el resultado es causado con toda seguridad por un foco de peligro que, *como consecuencia de una acción imprudente*, se ha transformado de permitido en ilícito. De acuerdo con ello, la comisión por omisión imprudente vendrá caracterizada por que el resultado ha sido causado con toda seguridad por un foco de peligro que, *como consecuencia de una omisión imprudente*, se ha transformado de permitido en ilícito.

En lo que acabamos de decir, puede llamar la atención la frase: «*como consecuencia de una omisión imprudente*», pues si la omisión no causa nada, ¿cómo se puede explicar que se le pueda atribuir (normativamente), como consecuencia suya, la transformación de un riesgo permitido en uno ilícito, esto es: que se le pueda atribuir el efecto de un aumento del riesgo?

Ello es así porque, a diferencia de la *lesión* de un bien jurídico, que sólo puede ser causada por una acción, en cuanto que supone *una modificación material dañosa en el mundo exterior* que necesariamente ha de tener su origen en una aplicación de energía, el peligro, en cambio, no es una modificación *dañosa* en el mundo exterior: es una amenaza de ésta, cuya presencia se establece sobre la base de un *juicio de probabilidad* que se elabora *intelectualmente* teniendo en cuenta los dos siguientes elementos: el primero, de carácter material y positivo, consiste en la existencia (o en la creación) en el mundo exterior de un foco de peligro; el segundo tiene un carácter especulativo, pero se fundamenta en el dato, *absolutamente real*, de que la *ausencia* o la *presencia* de medidas de precaución hace más o menos probable que el foco de peligro desemboque en una lesión efectiva. De todo ello se sigue que el *índice de riesgo* viene determinado por dos factores: por una parte, por la mayor o menor peligrosidad del foco, y, por otra, por que esa peligrosidad sea contrarrestada (y en este caso, con mayor o menor eficacia) o no por medidas de precaución.

a) *El concepto de riesgo permitido*

El concepto de riesgo permitido es un concepto mixto ontológico-axiológico.

Ontológico (*riesgo*), ya que la presencia o no de una situación de peligro se determina sobre la base de datos del mundo del ser, sin ningún componente normativo; con esos —y sólo con esos— datos se puede establecer, por ejemplo, que quien mantiene relaciones homosexuales sin utilizar preservativos o quien comparte jeringuillas con otros para inyectarse heroína corre el riesgo de contraer el SIDA.

Y axiológico (*permitido*), porque el punto a partir del cual el riesgo se transforma de permitido en prohibido viene establecido por las normas de diligencia, las cuales, además, están sometidas a cambios en el tiempo en función de los eventuales avances de la ciencia (la transfusión de sangre sometida al test anti-SIDA que hoy se practica en los Hospitales, y que aún no es capaz de detectar la contaminación durante el «período ventana», se convertiría en imprudente, por sobrepasar entonces el riesgo permitido, si se descubriera una nueva prueba que posibilitara apreciar la presencia del VIH desde el momento mismo del contagio) y en función de las eventuales reformas legislativas (que pueden fijar más o menos requisitos que los vigentes para autorizar el funcionamiento de focos de peligro) (45).

b) *La desestabilización del foco de peligro*

El legislador tolera la existencia de focos de peligro. Unas veces porque no tiene más remedio que hacerlo, en cuanto que su origen está en fenómenos que no puede controlar: enfermedades, tormentas con grandes vertidos de agua, etc. Y otras, porque su creación, aunque es reconducible a la actividad humana (tráfico ferroviario, instalación y funcionamiento de ascensores, construcción de edificios, excavación de minas o túneles, etc.), se estima imprescindible o conveniente para el mejor desarrollo de la sociedad y de los individuos que la integran, dentro del cual hay que incluir, entre otros, los fines de diversión (corridas de toros, carreras de automóviles, etc.). Pero

(45) A veces, y paradójicamente, es el mismo legislador el que impone que el riesgo *no descienda* de un determinado nivel, tal como ha establecido para las corridas de toros, donde está *prohibido* el «afeitado» de las astas, a pesar de que éste constituiría una medida de precaución que contendría el peligro para la vida y para la salud de los lidiadores. Y así, el Reglamento de Espectáculos Taurinos, aprobado por Real Decreto 176/1992, de 28 de febrero, dispone en su art. 48: «1. Las astas de las reses de lidia en corridas de toros y novilladas picadas estarán íntegras. 2. Es responsabilidad de los ganaderos asegurar al público la integridad de las reses de lidia frente a la manipulación fraudulenta de sus defensas. A tal efecto dispondrán de las garantías de protección de su responsabilidad que establece el presente Reglamento.»

por su lesividad potencial el legislador tolera (o se conforma con) esos focos sólo en la medida en que no excedan de un determinado índice de peligrosidad, y es allí donde sitúa el (como hemos visto, cambiante) nivel de lo permitido, prohibiendo (*penalmente*, si ello desemboca en un resultado típico) cualquier desequilibrio que lo eleve por encima de ese nivel. Ese desequilibrio se produce por acción cuando mediante un movimiento corporal se incide en el foco de peligro transformando lo hasta entonces permitido en prohibido. Y *también* por omisión, porque como el foco de peligro suele tener una tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido, el legislador ha *previsto normativamente* que determinadas personas (médicos, encargados de obras, guardas de paso a nivel) apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión. Si, por consiguiente, los focos de peligro sólo están autorizados en tanto en cuanto se mantienen sin sobrepasar un determinado índice y el legislador ha previsto medidas de precaución para evitar ese rebasamiento, entonces *funcionalmente* existe una *equivalencia* entre la *desestabilización* del nivel de lo permitido *porque* una *acción* incide en el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado (*adelantamiento* incorrecto, por ejemplo, en la circulación de vehículos), y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una *omisión* porque, en contra de lo *normativamente previsto*, no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado (*no* frenar el autobús ante un semáforo en rojo, arrollando así y matando a un motorista que estaba parado frente a un paso de peatones (46)).

Si lo que caracteriza al grueso de los delitos imprudentes es, de acuerdo con todo ello, la *causación del resultado típico por un foco de peligro que ha rebasado el riesgo permitido*, el responsable del resultado será: en el delito culposo de acción quien, *mediante su comportamiento activo*, ha desestabilizado el foco transformándolo de permitido en prohibido; y en el delito culposo de comisión por omisión quien, *al no adoptar una medida de precaución a la que venía obligado*, igualmente ha desestabilizado un foco que, si se hubiera aplicado aquella medida, se habría mantenido dentro del riesgo permitido. Con otras palabras: Si el legislador fomenta, acepta o se resigna con los focos de peligro sólo en la medida en que éstos no rebasan el riesgo permitido, y para alcanzar esa finalidad impone normativamente a determinadas personas que apliquen medidas estabilizadoras de precaución, entonces es obvio que si éstas no se aplican y, con ello, el foco deja de ser permitido, el *responsable normativo* del rebasamiento será precisamente quien estaba encarga-

(46) Así el supuesto de hecho de la ya citada (*supra* III D) sentencia del TS de 5 de junio de 1981, A. 2577.

do específicamente de controlar el foco dentro de los límites tolerados por el ordenamiento jurídico.

c) *La renuncia a operar con procesos causales hipotéticos en la comisión por omisión imprudente*

Y así como en la acción imprudente, para poderle imputar el resultado, no hay que preguntarse si, suprimiéndola, el resultado desaparecería, porque esa pregunta muchas veces es imposible de contestar, sino sólo si esa acción *efectivamente* ha elevado a prohibido un foco de peligro que, a su vez y *efectivamente*, ha causado el resultado, de la misma manera en la comisión por omisión imprudente, y en contra de lo que mantiene la doctrina dominante, tampoco hay que preguntarse si la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino únicamente si la omisión de aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara *efectivamente* el riesgo permitido (ya que se habría mantenido dentro de éste, si se hubiera adoptado aquella medida) y si, a su vez, ese foco de peligro (ya prohibido) ha causado *efectivamente* el resultado.

d) *La intercambiabilidad valorativa entre acción y omisión en el delito imprudente*

Estos criterios de equivalencia entre acción y omisión en el delito imprudente lo son hasta tal punto que casi hacen aparecer al comportamiento activo y al pasivo como intercambiables. ¿Que más da que el sujeto pasivo muera electrocutado porque tocó un cable de alta tensión que el encargado de hacerlo *no* (omisión) había señalado preceptivamente, avisando del peligro, o que la descarga eléctrica y la consiguiente muerte tenga su origen en que alguien descuidadamente *retiró* (acción) el cartel que avisaba del peligro del cable: que más da si en los dos casos lo determinante para elevar el riesgo a prohibido ha sido la *ausencia* (allí, como consecuencia de una omisión, y aquí como resultado de una acción) *de la señalización* (47)? ¿Qué diferencia existe entre los supuestos de hecho de las sentencias citadas supra nota 8, donde los accidentes se producen porque los guardas de los pasos a nivel no bajan las barreras o no tensan las cadenas cuando se aproxima el tren, y el supuesto de hecho

(47) Con este ejemplo condense supuestos de hecho como los de las sentencias citadas supra nota 19, donde los accidentes se producen porque se choca contra una obra de cuya presencia, al llegar la oscuridad, no se había advertido con la oportuna colocación de faroles, o como el de la sentencia del TS de 10 de octubre de 1980, A. 3681, en el que un obrero pereció electrocutado al agarrar un asidero de un grupo de soldadura, conectado a 380 voltios, que tampoco estaba convenientemente señalado con un aviso de peligro.

de la sentencia del TS de 16 de mayo de 1988, A. 3666, donde —¡oh!, sorpresa—la imprudencia del guardabarreras no consistió, como es lo habitual, en *no* (omisión) bajar la barrera levantada cuando iba a pasar una unidad ferroviaria, sino justamente en lo contrario: en *levantar* (acción) la barrera que se encontraba convenientemente bajada, produciéndose, así, el accidente (48), con lo que la *misma circunstancia* de que el foco de peligro causante del resultado típico hubiera rebasado el riesgo permitido (tráfico ferroviario *sin que esté cerrado el paso a nivel*) tiene su origen: por una parte, en los supuestos de hecho de aquellas sentencias, en las correspondientes omisiones (de no bajar la barreras), y, por otra parte, en este último supuesto de la sentencia de 16 de mayo de 1988, en una acción (de levantar la barreras que estaban bajadas)? Todavía un ejemplo más: en el caso de la presa de Tous (v. *supra* nota 9) su desmoronamiento se produjo por «*no haberse aperturado* las compuertas del aliviadero de superficie, ni las demás de los mecanismos integrantes de su sistema de desagüe (salvo la de una toma de aguas para riego) [siendo ese hecho] el determinante o causante de que por ello se produjeran vertidos de importantes caudales o láminas de agua por encima de la coronación de la presa que originaron su paulatina degradación y ruina» (cursivas añadidas); si ello es así, si lo que hace pasar el peligro de permitido a prohibido es la *no apertura* de las compuertas, entonces es *valorativamente evidente* que da lo mismo que esa no apertura haya que reconducirla (tal como sucedió realmente en el caso concreto de la Presa de Tous) a la *comisión por omisión* de *no abrirlas*, que a un eventual caso imaginario de *acción*, en el que un empleado, por equivocación, cerraría las compuertas cuando éstas se encontraban abiertas.

La *equivalencia valorativa* entre omisiones y acciones en los tres ejemplos que acabamos de exponer (*no* colocar el cartel de peligro para advertir de la presencia del cable de alta tensión = *retirar* aquél por descuido; *dejar* levantada la barrera cuando se debe bajar = *levantarla* cuando debe estar bajada; *no abrir* las compuertas que hubieran permitido la entrada en funcionamiento del sistema de desagüe de la presa = *cerrarlas* cuando se encuentran debidamente abiertas) se explica porque lo decisivo no es si la circunstancia (por ejemplo, la situación de cierre de las compuertas) que eleva el riesgo de permitido a prohibido tiene su origen en una acción o en una omisión, sino la *presencia misma de esa circunstancia*, independientemente

(48) El guardabarreras, tal como se describe en esa sentencia de 16 de mayo de 1988, realizó «una *acción* tan notoriamente peligrosa como *levantar* la barrera y dejar expedito el tráfico automovilístico sobre una vía férrea por la que, en cualquier momento, podía pasar un tren al que, por añadidura, no podía ver a causa de las desfavorables condiciones meteorológicas» (cursivas añadidas).

de que haya que atribuirle causalmente a un comportamiento activo o normativamente a uno pasivo.

e) *La jurisprudencia española ante el criterio de que la acción omitida habría evitado el resultado*

A veces la jurisprudencia, atrapada por la fórmula adaptada de la *conditio sine qua non* de la doctrina dominante, que exige en la comisión por omisión, para que se pueda imputar el resultado, que la acción omitida —con una probabilidad rayana en la seguridad— hubiera evitado el resultado (v. *supra* IV A 1), entra en una línea de argumentación que, en realidad, no tiene salida. Las enfermedades, por ejemplo, que son un foco de peligro con el que el legislador tiene que resignarse, porque le vienen impuestas por la naturaleza, pero que si conducen a un resultado lesivo (muerte, lesiones del paciente) pueden fundamentar una responsabilidad por imprudencia cuando los encargados de aplicar medidas (terapéuticas) de precaución (médicos de guardia, facultativos responsables del tratamiento del paciente) omiten ejecutarlas, rebasando entonces el foco el riesgo permitido y convirtiéndose en ilícito, todo ello integra un supuesto de hecho frente al que los Tribunales, en unas ocasiones, tratan de contestar a la irresoluble cuestión de si el tratamiento con aquellas medidas (terapéuticas) de precaución omitidas hubiera evitado la muerte o las lesiones del paciente, y, en otras, se limitan a dejar constancia de su desconcierto. Y así:

aa) En el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 8 de junio de 1989, A. 5054, el niño afectado por un grave accidente escolar, que le produjo una «contusión craneal con conmoción cerebral», fue tratado por el médico responsable del servicio de urgencias de un determinado Hospital, que no ordenó que el lesionado quedara ingresado allí, permitiendo que fuera trasladado a su domicilio; ante el agravamiento del estado de su hijo, los padres, posteriormente, le ingresaron nuevamente en un establecimiento médico, «en donde se le practicaron intervenciones quirúrgicas que lograron salvar su vida, pero no así evitar las gravísimas secuelas físicas y psíquicas que padece la víctima». El TS, que condena al médico de guardia por un delito de lesiones imprudentes en comisión por omisión, porque no mantuvo ingresado al niño en el Hospital, aun «sabiendo (por ser hecho notorio) que todo traumatismo craneal necesita un periodo de observación de bastantes horas», al examinar la cuasicausalidad de la omisión impropia —la acción omitida, según la doctrina dominante, debería haber evitado el resultado— manifiesta su perplejidad de la siguiente manera: «Finalmente, tampoco es óbice para casar la sentencia [la sentencia de la Audiencia había sido absolutoria] en el sentido que se ha indicado, el hecho de que no se haya demostrado la relación de causalidad entre la acción [el TS debería decir: omi-

sión] enjuiciada y las lesiones producidas, o, lo que es lo mismo, no podemos saber si de haber tenido lugar el internamiento se hubiera o no causado el mismo resultado lesivo. Esta circunstancia, decimos, no es impedimento para una sentencia condenatoria porque, *en casos como el enjuiciado, no se trata de concretar esa relación causal, de una manera tajante (ello sería imposible), sino de juzgar conductas imprudentes por sí mismas que sirvan de lógico vehículo a un desenlace penalmente sancionable*» (cursivas añadidas).

bb) En el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 5 de julio de 1989, A. 6091, el médico encargado de atender al paciente, imprudentemente, no diagnosticó una peritonitis —de la que posteriormente falleció dicho paciente—, *omitiendo*, en consecuencia, la medida (terapéutica) de precaución de atajar o de disponer que otro atajara el curso de la enfermedad. Al enfrentarse con el problema causal entre omisión y resultado, el TS se pronuncia de la siguiente forma: «... dentro del mundo de las probabilidades *no puede* de ninguna manera *descartarse*, y no debió hacerse, teniendo en cuenta la edad juvenil del enfermo, veintitrés años, y las técnicas médicas y sobre todo quirúrgicas, *el éxito de una intervención de este tipo, a tiempo*. Afirmar esto no es incidir en una presunción, conjetura o sospecha, sino llevar a cabo una inferencia coherente con la lógica, con lo que no cabe duda de que, aun cuando concurrieran en el hecho fatal de la muerte, como es normal, una serie de concausas, la conducta del procesado fue contribuidora decisiva del acontecimiento. Ello no implica, como se destaca en el recurso, que se acuda a presunciones o conjeturas. Se trata, en definitiva, de la existencia de la relación causal imprescindible para que el delito nazca. La actuación del médico procesado, ahora recurrente, contribuyó con su actuación a un resultado que era previsible y también evitable, *dentro de la relatividad con la que estos conceptos han de manejarse en el campo del Derecho y especialmente del Derecho penal*» (cursivas añadidas).

cc) Finalmente, y fuera ya de las enfermedades, pero en otro supuesto de un foco de peligro generado por la naturaleza, y que, para que se hubiera mantenido dentro del riesgo permitido, debería haber sido abordado con determinadas medidas de precaución, omitidas por los responsables del caso concreto, la Audiencia Provincial de Valencia, en su sentencia (no publicada) de 23 de octubre de 1990 (caso presa de Tous), asimismo entra en consideraciones sobre lo que habría sucedido si, durante el insólito temporal de agua que estaba descargando sobre el embalse, se hubieran aplicado aquellas medidas de precaución, esto es: si se hubieran abierto las compuertas, concluyendo lo siguiente: «*no puede estimarse probada la inevitabilidad del resultado sobrevenido, al no poder considerarse acreditado que de haberse actuado normativamente y de haberse aperturado de forma cuidadosa y diligente todas las compuertas de los elementos mecánicos del sis-*

tema de desagüe de la presa, igualmente, se hubiese subseguido el mismo resultado» (cursivas añadidas).

dd) Los razonamientos de estas tres sentencias, en la línea de la doctrina dominante de requerir, en la comisión por omisión imprudente y para la imputación del resultado, que la acción omitida hubiera impedido la lesión típica, ponen claramente de manifiesto hasta qué punto es irresoluble la tarea. Los Tribunales no pueden retrotraer los acontecimientos al momento en que el niño con el grave traumatismo craneal fue (des)atendido por el médico de guardia, para comprobar si, de haberse iniciado entonces el tratamiento médico adecuado, las consecuencias habrían sido distintas, como no pueden, tampoco, dar marcha atrás en el tiempo y poder comprobar así si, intervenido quirúrgicamente a tiempo el enfermo de peritonitis, podría haber salvado o no la vida, como no pueden, finalmente, reconstruir, de manera idéntica a la que tenía antes de su derrumbamiento, la presa de Tous, volver a repetir —y con la misma intensidad— el fenómeno atmosférico de la «gota fría» y el temporal de agua que desencadenó, para apreciar entonces si abriendo las compuertas aquélla se habría desmoronado o no. No pueden; pero tampoco tienen por qué hacerlo. Pues no se ve la razón por la cual hay que exigir en el delito de comisión por omisión imprudente unos requisitos que no se piden para el delito de acción: si para la imputación de la muerte imprudente a la *venta* de un producto venenoso en el que no aparece ninguna indicación sobre su toxicidad es irrelevante el hecho de que, aunque se hubiera entregado con la etiqueta preceptiva, tal vez se hubiera producido también el mismo resultado, importando únicamente que el foco de peligro (producto tóxico), por encima del riesgo permitido a consecuencia de una acción negligente (*venta sin aquella etiqueta reglamentaria*), haya causado efectivamente la muerte del consumidor, entonces en los tres casos jurisprudenciales de omisión que acabamos de exponer lo único relevante para imputar el resultado debe ser que tres focos de peligro (traumatismo craneal, peritonitis, temporal de agua que se derrama sobre una presa), por encima del riesgo permitido a consecuencia de la *no* aplicación de medidas de precaución (vigilancia médica del traumatismo, intervención quirúrgica del enfermo de peritonitis, apertura de las compuertas de desagüe), han causado efectivamente y sin duda los correspondientes resultados típicos.

3. LOS CONTROLES DEL FOCO DE PELIGRO

El legislador, como hemos señalado anteriormente, bien se resigna con los focos de peligro, porque vienen generados por la naturaleza, bien incluso los promueve, porque son necesarios para el desarrollo y para el progreso de la sociedad. Pero se resigna con ellos

o los promociona sólo en tanto en cuanto se mantienen dentro del riesgo permitido, y para alcanzar ese objetivo prevé que determinadas personas apliquen medidas de precaución, por lo que si aquéllas permanecen inactivas y el foco sobrepasa entonces ese riesgo permitido causando un resultado típico, esa abstención integrará una comisión por omisión imprudente, ya que el *responsable normativo* de la conversión del peligro de lícito en prohibido será naturalmente quien estaba encargado de controlar que ello no sucediera.

El *control* puede ser, por una parte, *en origen*, cuando se establece para conseguir que el foco de peligro sea *puesto en funcionamiento* dentro de los límites del riesgo permitido. Y puede ser, también, *posterior*, cuando se encomienda a determinadas personas la aplicación de medidas de precaución para evitar que, a consecuencia, por ejemplo, del deterioro natural de las cosas o de un comportamiento fortuito, imprudente o incluso doloso de un tercero, el foco, después de haber sido puesto en funcionamiento, rebase el nivel de peligro jurídicamente tolerado.

a) *Controles en origen*

aa) Con el control en origen del foco de peligro cuando va a *ser puesto en funcionamiento* nos hemos encontrado ya en varios de los supuestos con los que hemos estado operando a lo largo de este artículo: la venta de un producto tóxico, la transfusión de sangre a un paciente, la excavación de una zanja o la entrega a las operarias de un determinado material, todos esos focos de peligro requieren jurídicamente la aplicación de unas medidas de precaución para que puedan entrar en actividad. Cuando el responsable de adoptar las medidas es *la misma persona* que, posteriormente, pone en circulación el producto, como sucede en el caso de los «pelos de cabra» (v. *supra* nota 28), entonces, y como ya se ha indicado [*supra* II C 2 a)], si las medidas de precaución no se aplican, no estamos ante un delito de omisión, sino ante uno de acción; pues esa inactividad previa sólo puede ser concebida como una —penalmente irrelevante— omisión de medidas de precaución sin más, pero no como una omisión de evitar que un comportamiento humano cause, mediante un foco de peligro no permitido, un resultado típico; pues como el propietario de la fábrica de cepillos sigue *manteniendo el control del producto peligroso* después de no haberlo desinfectado, la causa de que éste llegue a las operarias, y produzca su muerte, no es aquella inactividad —que obviamente no puede ser entendida como la omisión del fabricante de evitar su *propio* comportamiento posterior activo—, sino la *entrega efectiva* de los «pelos de cabra» cuya manipulación condiciona los resultados típicos.

bb) La situación varía cuando el control en origen está asignado a *otras personas distintas* de las que (con obligación asimismo de

controlar el foco de peligro, o sin esa obligación) ponen a aquél —mediante un comportamiento activo— en circulación. En tal caso, los encargados de aplicar las medidas de precaución (por ejemplo, responsables de un Hospital que no compran el instrumental necesario ni dan las instrucciones precisas para que se efectúe el test anti-SIDA del plasma que se va a transfundir, encargados de controlar que las conservas o el agua mineral no salgan deteriorados de las plantas de envase) que no cumplen con su deber, responden, en comisión por omisión, de los resultados típicos —muerte, lesiones— causados a, respectivamente, enfermos o consumidores, ya que normativamente, y a consecuencia de su inactividad, son los responsables de que el foco de peligro causante del menoscabo de bienes jurídicos haya rebasado el riesgo permitido. Los que en última instancia y *mediante una acción* causan materialmente el resultado típico responderán de éste sólo en el caso de que también estuvieran obligados a controlar, por su parte, el foco, algo que no sucede en ninguno de los dos ejemplos que acabamos de exponer: si no concurren circunstancias excepcionales, ni el médico que transfunde tiene por qué desconfiar —ni, consiguientemente, revisar— la sangre que le proporciona el Servicio de Hematología de un Hospital, ni el dependiente de la tienda de ultramarinos está obligado tampoco a controlar el contenido de las conservas y del agua mineral que vende, entre otras razones, porque si, para comprobar si estaba o no deteriorado su contenido, tuviera que abrir cada una de las latas o desprecintar todas las botellas de agua mineral que suministraba a sus clientes, automáticamente convertiría en inservible su mercancía y en inviable la explotación de su negocio.

b) *Los controles posteriores*

Una vez que el foco se ha generado, bien por accidente, bien por una actividad humana, y para mantenerlo dentro del riesgo permitido, se establecen servicios de vigilancia que pueden clasificarse, en función de la mayor o menor peligrosidad del foco y sin ánimo de ser exhaustivos, en: permanentes, periódicos o facultativos.

aa) *Controles permanentes*

Cuando el foco encierra un alto e ininterrumpido peligro de exceder del riesgo permitido, el control que se establece tiene carácter permanente.

Al médico-anestésista, por ejemplo, le corresponde un control continuo sobre el peligro al que está expuesto un paciente objeto de una intervención quirúrgica; por ello, si el facultativo —por desatención o porque, como sucede la mayor parte de las veces en las que

el TS se ha ocupado de estos supuestos (49), se ausenta para atender a otro enfermo— deja de aplicar la oportuna medida de precaución, bien en quirófano, bien cuando el operado se encuentra todavía in-

(49) Sobre la doctrina jurisprudencial, cfr., entre otras, las siguientes resoluciones del TS:

Sentencia de 1 de diciembre de 1989, A. 791 (del Repertorio de 1990): «... [el médico-anestésista] volvió a ausentarse del quirófano de nuevo y hubo de ser buscado por la enfermera y tras una tercera ausencia de más de diez minutos, cuando volvió de nuevo a su puesto en la operación, en los momentos finales de la misma, al mirar la pantalla del monitor vio que la señal electrocardiográfica daba plana, y cuando levantó los paños del campo operativo, descubrió que el tubo nasotraqueal que suministraba oxígeno al paciente estaba desconectado, lo que provocó a la víctima el que quedara descerebrado y en estado crónico vegetativo, hasta su posterior fallecimiento. Es evidente que el hecho de no preocuparse en examinar con la debida atención el monitor y comprobar *constantemente* lo que reflejaba su pantalla, que le proporcionaba la señal electrocardiográfica indicadora del estado del paciente, representa una imprudencia temeraria profesional» (cursivas añadidas).

Auto de 16 de octubre de 1992, A. 8329, en el que en un supuesto de hecho donde el anestésista «entró y salió constantemente del quirófano», presentándose «un paro cardiorrespiratorio [cuando] el enfermo estaba desatendido con incumplimiento de sus obligaciones [de aquél]», resultando lesionado, el TS hace suyo el argumento de la sentencia de instancia de que «esta vigilancia *constante y permanente* del enfermo fue, en efecto, omitida por el Dr. V. [el anestésista] y esa omisión infringe una norma sociocultural de cuidado que integra y completa el ilícito de la imprudencia» (cursivas añadidas).

Sentencia de 18 de septiembre de 1992, A. 7187, en la que se condena por imprudencia a la doctora-anestésista por dejar «solo [al paciente] en la Sala de Despertar sin encomendar a nadie su vigilancia», siendo así que «el paciente [estaba] necesitado de *ininterrumpida* vigilancia» (cursivas añadidas).

Sentencia de 7 de julio de 1993, A. 6057: El «abandono del área del quirófano —por la anestésista— de un paciente no motorizado está en conexión causal y directa con la falta de oxigenación cerebral que pasó inadvertida durante unos minutos y que desencadenó todas las consecuencias arriba descritas; todo ello revelaba, además, grave negligencia y una patente falta a las normas de cuidado inherentes a su especialización que exigían un *control y vigilancia, siempre efectiva*, sobre la situación del operado y de sus constantes biológicas» (cursivas añadidas).

Sentencia de 22 de abril de 1994, A. 3357: «La cuestión que se debate en este motivo se ciñe a la intensidad de la negligencia del acusado, y contraída al hecho —que se declara probado en la sentencia de instancia— de la falta de *vigilancia constante y permanente* de la recién operada cuando permanece en lo que se llama “Sala de Despertar”. Si la ausencia del acusado, cuando interviene en la siguiente operación, se produce, como queda perfectamente recogido en la sentencia, cuando la operada no había recuperado aún la consciencia, ello supone la vulneración de las más elementales medidas de precaución y cuidado por parte de quien es responsable de controlar el siempre peligroso instante de la recuperación de los efectos de la anestesia... Resulta incuestionable que el hecho de que se hubiese retrasado la recuperación de la consciencia entrañaba un toque de alarma que exigía extremar todas las medidas precautorias, y especialmente esa *constante presencia, con un seguimiento continuo* de su evolución, faltando, de modo palmario a la más ele-

consciente en la Sala de Despertar, y, a consecuencia de ello, el foco entra en la esfera de lo prohibido causando un resultado típico de muerte o lesiones, aquélla o éstas les serán imputables a título imprudente en comisión por omisión.

Además del que acabamos de exponer, pueden mencionarse, como ulteriores ejemplos de obligación de control permanente, aquel al que están sometidas las centrales nucleares (50) y el que se ejerce por los controladores aéreos sobre el tráfico de los aeropuertos (51).

En todos estos casos son fáciles de construir, nuevamente, supuestos en los que *la equivalencia valorativa entre acción y omisión aparece evidente*: el controlador responderá por imprudencia de las consecuencias de un accidente aéreo, y con toda justicia, tanto si aquél tiene su origen en la instrucción equivocada que le dio (acción) al piloto del avión siniestrado, como en la no (omisión) advertencia de que existía un obstáculo con el que posteriormente colisionó el avión.

bb) Controles periódicos

A diferencia de los supuestos que acabamos de examinar, otras veces el foco no presenta una amenaza continuada de convertirse en prohibido, por lo que son suficientes revisiones periódicas (más o menos espaciadas en el tiempo, en función de la mayor o menor tendencia del foco a desequilibrarse) para comprobar que se mantiene establemente dentro del riesgo permitido.

De acuerdo con ello, se establecen controles periódicos para asegurar que no se ha rebasado el riesgo permitido, o, en su caso, y si en el intervalo entre los controles preceptivos lo ha rebasado, para

mental prudencia cuando se ausentó, dejando sin asistencia a la recién operada, especialmente cuando la recuperación era anormal» (cursivas añadidas).

(50) Cfr. art. 70.2 del Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, aprobado por Decreto 2869/1972, de 21 de julio: «En el caso concreto de instalaciones nucleares de la categoría a) del artículo tercero [scil. de centrales nucleares] se establecerá un *servicio permanente*, compuesto de un Supervisor y un Operador, desde el instante en que se comience la carga del combustible, independientemente de cuál sea el estado de funcionamiento de la instalación. *El Supervisor de servicio no podrá ausentarse de la instalación. El Operador de servicio no podrá abandonar la sala de control sin autorización del Supervisor y sin que sea sustituido por éste u otro Operador con licencia*».

(51) Cfr. apartado 4.5.4.1 del Reglamento de Circulación Aérea, aprobado por Real Decreto 73/1992, de 31 de enero: «Los controladores de aeródromo mantendrán *vigilancia constante* sobre todas las operaciones visibles de vuelo que se efectúen en el aeródromo o en sus cercanías, incluido de las aeronaves, vehículos y personal que se encuentren en el área de maniobras, y controlarán ese tránsito de acuerdo con los procedimientos que aquí se formulan y con todas las disposiciones aplicables de tránsito aéreo».

reintegrarlo al nivel autorizado mediante la aplicación de medidas de precaución, revisiones que pueden tener, según la naturaleza del foco y por mencionar sólo unos ejemplos significativos, una periodicidad diaria —así, para los andamios en los trabajos de construcción (52), y para las entibaciones en la excavación de pozos, zanjas, galerías y similares (53)—, o anual —así, para los locales de espectáculos bajo la vigencia del Reglamento de Espectáculos Públicos, aprobado por Orden de 3 de mayo de 1935 (54)—, o bianual —así, para los ascensores instalados en edificios industriales y lugares de pública concurrencia (55)—, o cuatrienal —así, para los ascensores instalados en edificios de más de veinte viviendas o con más de cuatro plantas servidas (56).

(52) Cfr. art. 21 de la Ordenanza de Trabajo en la Construcción, Vidrio y Cerámica, aprobada por Orden de 28 de agosto de 1970: «Antes de su primera utilización, todo andamio será sometido a la práctica de un reconocimiento y a una prueba a plena carga por persona competente, delegada de la Dirección técnica de la obra, o por ésta misma, en su caso. Los reconocimientos se repetirán *diariamente*, y las pruebas, después de un período de mal tiempo o de una interrupción prolongada de los trabajos, y siempre que, como resultado de aquéllos, se tema por la seguridad del andamiaje», y, para la aplicación de ese precepto a un supuesto de imprudencia con tres resultados de muerte, la sentencia del TS de 14 de mayo de 1985, A. 2488.

(53) Cfr. art. 254 de la Ordenanza citada en la nota anterior: «En esta clase de trabajos [pozos, zanjas, galerías y similares] se establecerán las fortificaciones y revestimientos para contención de tierras que sean necesarias, a fin de obtener la mayor seguridad para el personal. Las entibaciones habrán de ser revisadas *al comenzar la jornada de trabajo*», y, para la aplicación de ese precepto a un supuesto de imprudencia con dos resultados de muerte, la sentencia del TS de 15 de junio de 1985, A. 3012.

(54) Dada la aglomeración de personas que puede producirse en un local de espectáculos, ello constituye un foco de peligro ante la eventualidad de un incendio, por lo que se hacen precisas numerosas medidas de precaución, tanto para conseguir atajar el fuego (presencia de mangueras y de extintores), como para que no se extienda (obligación de ignifugar los materiales empleados), como para que sea posible que los asistentes puedan alcanzar rápidamente la vía pública (salidas de emergencia y vías de evacuación en un determinado número y con unas determinadas características). El art. 3.º del Reglamento de 1935 ordenaba una inspección anual de los locales, fundamentalmente para comprobar si se cumplían las normas de prevención de incendios, y, en función de esa comprobación, se otorgaba o no la licencia (anual) de temporada, imprescindible para que el espectáculo pudiera seguir estando abierto al público. El control periódico anual del Reglamento de 1935 ha sido sustituido por un control facultativo en el Reglamento de 1982 [v. inmediatamente *infra* cc)].

(55) Cfr. apartado 16.1.3.4 de la Instrucción Técnica Complementaria MIE-AEMI del Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención referente a ascensores electromecánicos, aprobada por Orden de 19 de diciembre de 1985, y modificada por Órdenes de 23 de septiembre de 1987 y de 12 de septiembre de 1991.

(56) Cfr. la disposición citada en la nota anterior.

cc) Controles facultativos

Los controles facultativos —atribuidos, por lo general, a las Administraciones central, autonómicas o municipales— suelen tener por objeto focos de peligro que se encuentran *bajo la dependencia directa de particulares*, quienes son, por consiguiente, los primeros responsables de que aquél no sobrepase, por acción o por omisión, el riesgo permitido. Con la superposición de una vigilancia administrativa se intentan alcanzar dos objetivos: en primer lugar, que ante la amenaza permanente de una eventual inspección, los particulares, por el temor a ser sancionados [normalmente, con carácter administrativo (57)], adopten las medidas de precaución previstas; y, en segundo lugar, que en aquellos supuestos en que una inspección efectivamente realizada ponga de manifiesto esa infracción de las normas de diligencia, las irregularidades sean corregidas, reconduciendo entonces la Administración el peligro a los límites jurídicamente tolerados.

Pero a la vista de la multitud de focos de peligro existentes que caen dentro de las revisiones facultativas, lo que naturalmente no se puede exigir es que los inspectores tengan el don de adivinar el futuro y que inspeccionen, precisamente, *aquel foco de peligro del que se va a derivar una accidente imprudente*: los controles facultativos, como su propio nombre indica, establecen *una facultad*, pero *no una obligación* de control, por lo que, en abstracto, tampoco pueden fundamentar un delito imprudente de comisión por omisión: no se puede hacer responsable, por ejemplo, de un delito imprudente por omisión al guardia civil de tráfico de la comandancia más próxima, por no estar presente *justamente* en el tramo de la carretera donde, por la noche, circulaba un vehículo con los faros apagados que posteriormente provocó un accidente. En consideraciones de esta naturaleza se basó la sentencia (no publicada) de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 1994 [caso Alcalá 20, v. *supra* III C 2 b)] para absolver al —en el momento de los hechos— Concejal de Seguridad del Ayuntamiento de Madrid, Emilio García Horcajo; pues ciertamente que el servicio municipal de prevención de incendios tenía, de acuerdo con el artículo 46.4 del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, de 1982, *facultades* para inspeccionar locales de espectáculos («... los servicios técnicos municipales *podrán* realizar cuantos reconocimientos y visitas de inspección consideren necesarios para comprobar las condiciones de seguridad e higiene y el funcionamiento de instalaciones y servicios [de las instalaciones destinadas a espectáculos o actividades recreativas]») (58); pero teniendo en cuenta que

(57) Cfr., sin embargo y excepcionalmente, *supra* nota 31.

(58) Los controles administrativos son, en cambio, preceptivos, de acuerdo con los arts. 40.3 y 47.1 del Reglamento de 1982 cuando el local se pone en fun-

en Madrid existen más de 300.000 locales dedicados a esas actividades (discotecas, cines, teatros, bares, cafeterías, etc.) lo que obviamente le era imposible al Concejal era adivinar que uno de ellos, en concreto, la discoteca «Alcalá 20», no cumplía con las normas de prevención de incendios, que, además, iba a arder, y que el incendio se iba a producir precisamente en la madrugada del 17 de diciembre de 1983, por lo que tendría que haber ordenado que se girase una inspección antes de esa fecha (59).

De acuerdo también con estos criterios, la sentencia del TS de 26 de marzo de 1994, A. 2599, absuelve al Teniente de Alcalde y al Jefe de la Policía Local del Ayuntamiento de Córdoba del incendio y de las muertes imprudentes de las personas que perecieron abrasadas, que les habían sido imputadas a aquéllos, en comisión por omisión, por la Audiencia Provincial. Ésta había fundamentado su sentencia condenatoria en que los dos acusados no habían intervenido para retirar unos coches mal aparcados en una vía peatonal, y en que, con ello, habrían «dejado de adoptar la más mínima medida para evitarlo [el estacionamiento prohibido], siendo esto lo que im-

cionamiento (control en origen) o cuando ha estado cerrado un mínimo de seis meses.

Art. 40.3: «Tal licencia [preceptiva para la apertura de todo local de nueva planta o reformado destinado a espectáculo o actividades recreativas] *tendrá por objeto comprobar* que la construcción o la reforma y las instalaciones se ajustan íntegramente a las previsiones del proyecto previamente aprobado por el Ayuntamiento al conceder las licencias de obras a que se refiere el artículo 36 de este Reglamento, especialmente en aquellos aspectos y elementos de los locales y de sus instalaciones *que guarden relación directa con las medidas de seguridad, sanidad y comodidad de obligatoria aplicación a los mismos.*»

Art. 47.1: «Sin perjuicio de las facultades inspectoras permanentes de los Gobernadores Civiles y los Alcaldes, éstos *ordenarán el reconocimiento preceptivo* de los locales destinados a espectáculos o recreos públicos, cuando, tras haber permanecido cerrados durante seis meses como mínimo, pretendieran comenzar o reanudar su actividades, *a fin de comprobar si subsisten las medidas de seguridad y sanidad que fueron tenidas en cuenta para la concesión de la licencia de apertura y funcionamiento.*»

(59) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid fundamenta la absolución de GARCÍA HORCAJO, entre otras, en las siguientes consideraciones: «En el caso de autos el procesado García Horcajo no adquirió la condición de garante... En el caso de autos se derivaría de una disposición legal, que no es otra que el art. 46.4 del Reglamento del 82...; pero este artículo *no impone una obligación de inspeccionar, sino una facultad*, por lo que el procesado no estaba sometido a ningún deber jurídico concreto de actuar. El Reglamento de 1982 atribuye facultades inspectoras a los Ayuntamientos, pero sólo impone la obligación de inspeccionar en el art. 47.1, referente a los locales que han estado cerrados seis meses como mínimo y pretenden reanudar su actividad, que no era el caso de la discoteca Alcalá 20. Por ello no puede hablarse de delito de imprudencia temeraria en la actuación de García Horcajo» (cursivas añadidas).

pidió el paso de los vehículos de bomberos, lo que originó un retraso determinante, de forma altamente decisiva del fallecimiento de las víctimas [que estaban dentro del edificio incendiado]». La sentencia de la Audiencia de Córdoba desconoce que siendo, como es, *facultativo* el control municipal de los coches mal estacionados no se entiende sobre qué base la policía local, de entre los cientos o los miles de vehículos incorrectamente aparcados aquella noche en Córdoba, tenía la obligación de comprobar aquellos que —como sólo pudo ponerse de manifiesto *a posteriori*— iban a dificultar el paso de los bomberos que iban a acudir a apagar un incendio justamente en aquel edificio de la ciudad. Como afirma con toda razón el TS, al casar la sentencia de instancia, «lo que se les imputa [al Teniente de Alcalde y al Jefe de la Policía local] es una omisión», y ésta exige (lo que el Tribunal de instancia, porque el control era facultativo, fue incapaz de fundamentar) «establecer cuál era el deber de cuidado específico infringido».

dd) Resumen

La existencia (autorizada) de focos de peligro requiere muchas veces, para que éstos no rebasen el riesgo permitido, la creación de instancias de control encargadas de mantener a aquéllos dentro de los límites jurídicamente tolerados.

A la persona que incumple su obligación de controlar originaria o posteriormente (de forma permanente o periódica) el foco, entrando éste en la esfera del riesgo prohibido y causando un resultado típico, se le imputará ese resultado en comisión por omisión, en cuanto que es ella la responsable normativa (de haberse adoptado las medidas de precaución omitidas, el foco habría seguido siendo uno permitido) de la situación antijurídica creada.

Los controles facultativos, en cambio y en principio, no fundamentan una comisión por omisión: estos controles tienen un carácter meramente preventivo-general para conseguir, en lo posible, que, mediante la amenaza de una eventual (pero no preceptiva) inspección, los responsables directos del foco (por lo general, personas particulares) apliquen las medidas de precaución necesarias para que no traspase los límites de riesgo tolerado. Pero a los inspectores (por lo general, funcionarios de la Administración) encargados de los controles facultativos no les corresponde la (imposible) misión de adivinar, de entre la multitud de focos sometidos a su competencia, cuál va a ser aquel que precisamente se va a desestabilizar y que, por consiguiente, habría que revisar: como este dato sólo se pone de manifiesto *a posteriori*, por ello tampoco puede convertir lo que es una mera facultad en una obligación de control de ese foco específico.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN GENERAL

Una vez determinadas las características de la comisión por omisión imprudente y explicado el fundamento de por qué, cuando aquellas concurren, equivale realmente a una acción, hasta el punto de que, con los criterios que hemos establecido, los comportamientos imprudentes activos y pasivos aparecen como normativamente intercambiables, podríamos concluir el presente artículo, ya que ha quedado cubierto el estudio de los temas enunciados en su título: causalidad, omisión e imprudencia.

Pero las consecuencias que se extraen de los principios a los que hemos llegado en las páginas anteriores van, naturalmente, más allá de la estricta omisión imprudente impropia, y, por ello, no quiero terminar este trabajo sin hacer algunas breves consideraciones sobre la comisión por omisión en general.

A. La reducción de la comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de un foco de peligro preexistente

Como al lector no le habrá pasado inadvertido, hasta ahora he evitado utilizar, en lo posible, la expresión garante. Ello obedece a que el ámbito de los posible sujetos activos de una comisión por omisión, de acuerdo con la tesis que aquí se mantiene, es *mucho más restringido* que el de la teoría dominante. Mientras que para ésta garante, y, consiguientemente, persona a la que le es imputable el resultado sobrevenido como si lo hubiera causado mediante una acción, lo es quien está obligado *extrajurídico-penalmente* a velar por la integridad de un interés penalmente protegido, independientemente de que éste sea lesionado como consecuencia de la desestabilización de un foco de peligro o de una amenaza repentina para el bien jurídico no reconducible a un foco de peligro preexistente (la mujer sufre de improviso un infarto o va a ser asesinada, y el marido no interviene) (60), en mi opinión sólo en el primer caso estamos

(60) Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pág. 283, a quien posteriormente ha seguido la doctrina dominante, fue el primero que dividió las posiciones de garante según que consistieran en «la vigilancia de una determinada fuente de peligro», en cuyo caso es *indiferente cuáles son, en particular, los bienes jurídicos concretos a los que les amenazan peligros procedentes de esa fuente*, y aquellas otras en las que el garante está encargado «de la *defensa de un bien jurídico absolutamente determinado* contra cualquier ataque, independientemente de cuál sea su procedencia» (cursivas añadidas). Pero esta distinción la establece KAUFMANN sólo con fines formales de carácter clasificatorio y didáctico, *sin que de ella se haya extraído hasta ahora ninguna consecuencia material*. En cambio, según la tesis que aquí se mantiene, sólo en el primer caso,

ante una omisión impropia, mientras que en el segundo el omitente sólo responderá, en su caso, de una *omisión propia* de los arts. 489 ter o 338 bis.

De todas formas, mi concepción de foco de peligro no coincide exactamente —como hemos visto ya (IV D 2 b) y volveremos a ver *infra* D— con la de Armin Kaufmann (61): considero que existe una fuente de peligro capaz de generar una comisión por omisión si el vigilante (o garante) no aplica las medidas de precaución preceptivas, tanto cuando se trata de una fuente que puede menoscabar bienes jurídicos *en principio indeterminados* (la no bajada de las barreras en un paso a nivel puede suponer la muerte o lesiones de *cualquier* ocupante de un automóvil que vaya a cruzar cuando pasa el tren), como cuando se trata de un *bien jurídico determinado* —aquí discrepo del concepto de Kaufmann de fuente de peligro— que, por su desamparo, se ha convertido en una fuente de peligro que exige protección (un niño pequeño es una fuente de peligro *para sí mismo* que debe ser vigilada, por ejemplo, dándole de comer, ya que él es incapaz de alimentarse).

B. La comisión por omisión como *constancia* de que un foco de peligro desestabilizado ha causado el resultado

La reducción de la posición de garante fundamentadora de una comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de una fuente de peligro trae consigo que, en contra también de la doctrina dominante, la imputación del resultado al omitente no se haga depender ya del recurso a procesos causales hipotéticos, por definición y porque no han sucedido en la realidad, imposibles de determinar: la pregunta a formular no es ya si la acción omitido *hubiera* (con mayor o menor probabilidad) evitado el resultado, sino si *consta* que una inactividad —al no haberse aplicado una medida de precaución preceptiva— ha *transformado* (normativamente) un foco de peligro de permitido en prohibido, y si *consta* igualmente que ese foco de peligro (ilícito ya) ha *causado materialmente* el resultado.

cuando la omisión del vigilante de la fuente de peligro convierte a éste de lícito en prohibido, estamos ante una omisión impropia, mientras que en los supuestos de infracción de deberes (extrapenales) de asistencia frente a un bien jurídico determinado la responsabilidad penal no puede exceder, en el peor de los casos, de una omisión propia.

(61) V. otra vez la nota anterior.

C. La sustitución de la fórmula de que la acción omitida hubiera evitado el resultado por la de que hubiera disminuido el riesgo de lesión

En parte como consecuencia del callejón sin salida al que conduce la fórmula adaptada a la comisión por omisión de la *conditio sine qua non* —que, como hemos visto (IV A 3), nunca puede ofrecer la certeza, sino, en el mejor de los casos, una altísima *probabilidad* de que la acción omitida hubiera evitado el resultado—, un sector minoritario de la doctrina (62) ha decidido, aparentemente, hacer de la necesidad virtud y sustituye el requisito de que la acción omitida, con una probabilidad rayana en la seguridad, hubiera evitado el resultado por el de que la acción omitida hubiera *disminuido* el peligro de lesión del bien jurídico, aplicando este principio tanto a los casos de garante por vigilancia de fuente de peligro como de protección de un bien jurídico concreto.

Esta teoría, que permite fundamentar consecuentemente, sin las contradicciones de la doctrina dominante, por qué el marido que no auxilia a la mujer enferma o que va a ser asesinada responde de un delito consumado contra la vida en comisión por omisión (en ambos supuestos la acción de auxiliar omitida por el cónyuge habría disminuido el peligro de fallecimiento de la esposa), y que, en cierto modo, supone una transposición al delito de omisión de la teoría de Roxin del aumento del riesgo (63), ha sido combatida por la doctrina dominante con la objeción de que, por una parte, es incompatible con el principio *in dubio pro reo* y de que, por otra, convierte *contra legem* a todos los delitos de lesión en delitos de peligro (o a los que, como mucho, deberían ser frustrados en consumados) (64). Y ha sido

(62) Sus principales representantes son *Stratenwerth* (cfr. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 3.^a ed., Berlin-Bonn-Munich, 1981, pp. 277-278: «... basta la omisión de una acción que hubiera disminuido el peligro que llevaba a la lesión del bien jurídico») y RUDOLPHI (v. *SK StGB I*, 6.^a ed., cerrada en septiembre de 1993, antes del § 13 núm. marginal 16: el resultado es imputable a la omisión «cuando simplemente consta que la acción omitida hubiera disminuido inequívocamente el peligro que amenazaba al bien jurídico»).

(63) V. *supra* IV B 1. ROXIN no se ha pronunciado sobre si está de acuerdo o no con esa transposición a la comisión por omisión de su teoría del aumento del riesgo. Sí se ha pronunciado, en cambio, su discípulo SCHÜNEMANN, defensor de la teoría del aumento del riesgo en el delito imprudente de *acción* (cfr. «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, pp. 648 ss.), quien niega tajantemente que esa teoría pueda ser transpuesta a la comisión por omisión (v. *JA*, 1975, p. 655).

(64) Cfr., en este sentido y entre otros, SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 655; SEELMANN, *AK StGB I*, Neuwied, 1990, § 13 núm. marginal 61; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlin-Nueva York, 1991, p. 794; ERB, *Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen*

combatida con razón. Como tanto Stratenwerth como Rudolphi parten, con la doctrina dominante, de que existe una comisión por omisión (imprudente o dolosa), independientemente de si el «garante» es el vigilante de una fuente de peligro o de si sólo le incumbe —sin foco de peligro preexistente— un deber genérico extrapenal de velar por un determinado bien jurídico, en este último caso imputarían el resultado a quien no auxilia a un pariente repentinamente enfermo, con tal de que la acción omitida (de auxilio) hubiera disminuido el peligro de lesión. Pero si el criterio más estricto de la doctrina dominante de la probabilidad rayana en la seguridad no consigue superar la objeción de que esa omisión no puede equivaler a una acción —porque en ésta se exige la *absoluta seguridad causal*, no bastando la creación de un mero riesgo para el bien jurídico, si no consta que ese peligro es el que ha desembocado en una lesión— (v. *supra* IV A 3), con mayor motivo habrá que negar la equiparabilidad con un delito de acción en la omisión de aquellas acciones que únicamente hubieran disminuido el riesgo de producción del resultado, esto es: que *ni siquiera* llegan a alcanzar el nivel de que lo hubieran impedido con una altísima probabilidad.

D. El delito *doloso* de comisión por omisión

Naturalmente que también existen delitos dolosos de comisión por omisión. Pero como en los delitos imprudentes, la cuasicausalidad de la omisión impropia dolosa no puede consistir tampoco en la hipótesis —más o menos probable— de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino que hay que exigir —al igual que en el delito doloso de acción— la seguridad de que, como consecuencia normativa de la desestabilización, por inactividad, de un foco de peligro, éste haya desembocado *con seguridad* (aspecto objetivo) y, en este caso, intencionadamente (aspecto subjetivo del tipo doloso) en un resultado típico.

De lo expuesto se sigue una *drástica reducción*, frente a la doctrina dominante, *del ámbito de los delitos dolosos de omisión impropia*, en cuanto que *quedan al margen de éstos y sólo pueden ser sancionados, en su caso, como una omisión propia*, todos aquellos supuestos en los que el omitente no está al cuidado de una fuente de riesgo, produciéndose el resultado por una amenaza súbita para un determinado bien jurídico cuya lesión no era previsible, por lo que nadie estaba previamente encargado de vigilar un *ex ante* inexistente foco de peligro.

auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, Berlín 1991, p. 145 y *passim*; Freund, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 130.

El delito *doloso* de *acción* contra la vida consiste en que, por ejemplo y mediante un disparo, la mujer o el hijo condicionan *con toda seguridad* la muerte de, respectivamente, el esposo o el padre, quedando descartada la imputación del resultado si existe la *mínima duda* sobre si la conducta ha influido científiconaturalmente en el resultado (v. *supra* IV A 2). Por ello, y paralelamente, *no puede equivaler a esa acción* —por ejemplo y para acudir a dos casos ya conocidos y paradigmáticos de comisión por omisión para la doctrina dominante— una inactividad consistente en no intervenir para proteger al marido o al padre de un infarto o frente a un delito contra la vida que va a cometer un tercero, ya que *no se puede tener la seguridad* de si la acción omitida hubiera evitado o no el resultado letal.

Si no concurren circunstancias excepcionales a las que luego me referiré, los miembros que conviven dentro de una familia no pueden ser considerados como, por así decirlo, «focos de peligro andantes», al borde de una desestabilización que debería ser contrarrestada en cualquier momento con una medida de precaución, y necesitados, por ello, de una vigilancia especial encomendada a otros parientes: si la muerte de uno de ellos se produce a consecuencia de un ataque al corazón, a éste habrá que reconducir el fallecimiento y la omisión de auxilio de sus familiares no pasará de ser un comportamiento pasivo que *tal vez* —pero no con seguridad— hubiera evitado el resultado, ni pasará de ser, con ello, una omisión propia; pero esa inactividad no puede entenderse —lo que sería necesario para fundamentar una comisión por omisión y, con ello, la imputación del resultado— como la omisión de una medida de precaución desestabilizadora de un foco de peligro preexistente que ha desembocado en una muerte.

La anterior conclusión, alcanzada sobre la base de los criterios de identidad que hacen plausibles la equiparación de una omisión a una acción, se ve confirmada también con consideraciones de otra naturaleza. Por una parte y *lingüísticamente*, porque de la esposa que no reacciona ante una grave y repentina enfermedad del marido no se puede decir, razonablemente, que le ha «matado» —le ha «matado» la enfermedad—, lo que, desde el punto de vista del principio de legalidad, hace imposible subsumir ese comportamiento pasivo en el artículo 405 que requiere «matar al cónyuge»; y por otra parte y *valorativamente*, porque obviamente no es lo mismo —y, por consiguiente, ambos casos no pueden ser sancionados indiferenciadamente con la pena de reclusión mayor prevista para el parricidio— el comportamiento activo de la mujer que pega un tiro al marido y el pasivo de *aprovechar* la circunstancia inesperada de una enfermedad súbita para ver si, así, puede liberarse del cónyuge al que aborrece.

De lo expuesto se deduce que *únicamente* existe una comisión por omisión dolosa cuando el *encargado de vigilar un foco de peligro*

preexistente, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza *intencionadamente* condicionando dicho foco *con toda seguridad* el resultado típico.

De acuerdo con ello y por ejemplo, responderá a título de *dolo*, por los eventuales resultados de muerte, lesiones o daños producidos, el guarda de paso a nivel que, *para provocar el accidente*, no baja las barreras antes del paso del tren, y a título de *dolo* también el anestesista que, *con intención* de causar la muerte del paciente, permanece impassible, sin hacer nada para ayudarlo, cuando advierte en la pantalla del monitor que están surgiendo complicaciones: en todos estos supuestos la ausencia de una medida de precaución preceptiva ha transformado, en estos casos dolosamente, un foco de peligro de permitido en prohibido, siendo éste el causante, *con toda seguridad*, del resultado típico.

También dentro del ámbito familiar pueden darse delitos dolosos de comisión por omisión; pero no como consecuencia de un deber genérico extrapenal [como, por ejemplo, los establecidos en los arts. 67 y 68 del Código Civil (65)] de velar por parientes adultos y hasta entonces no expuestos a riesgo alguno. La omisión impropia surge aquí cuando el pariente que haya resultado lesionado o muerto, como tal, constituye o se ha convertido en un foco de peligro, a consecuencia de su inmadurez, de una enfermedad preexistente o de cualquier otra circunstancia. Así, los niños, al no poderse valer por sí en absoluto (o sólo limitadamente, en función de la edad), constituyen un foco de peligro para ellos mismos o para los demás que tiene que ser contrarrestado con medidas de precaución encomendadas a las personas más cercanas. Cuando nace, el niño, naturalmente, no se puede ligar a sí mismo el cordón umbilical, por lo que si la madre es la única persona que asiste al parto y no lo anuda, al no haber aplicado una medida de precaución, responderá de la muerte en comisión por omisión *intencionada* o imprudentemente, según que la inactividad que ha desestabilizado al foco de riesgo (al recién nacido como tal) se haya llevado a cabo *dolosa* o culposamente; después del nacimiento, los hijos, que durante un período prolongado de tiempo y por ejemplo, ni se pueden alimentar a sí mismos, ni saben manejarse en una bañera, ni tienen tampoco capacidad para detectar la existencia y la gravedad de posibles enfermedades, siguen constituyendo, por ello, un foco de peligro, y si éste se ve desestabilizado por una ausencia de las correspondientes medidas destinadas a contrarrestar el riesgo (no se les da de comer, no se les incorpora en la bañera en la que se acaban de sumergir, no se avisa al médico y se les deja morir de una meningitis), a la persona encargada en

(65) Art. 67: «El marido y la mujer deben respetarse y *ayudarse* mutuamente y actuar en interés de la familia». Art. 68. «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y *socorrerse mutuamente*.»

cada momento del control (a la madre, al abuelo, a la niñera) le será imputable la muerte sobrevenida intencional o imprudentemente, según que la omisión sea reconducible a una voluntad dolosa o a una actitud negligente.

Pero no sólo los niños, también los parientes adultos pueden convertirse en focos de peligro, cuando por la edad o las enfermedades entran en una situación de desamparo que exige la vigilancia y la aplicación, en su caso, de medidas de precaución. En consecuencia, responde de un parricidio doloso en comisión por omisión la esposa que, ante un foco de peligro preexistente encomendado a su vigilancia —un marido enfermo— le abandona durante seis días, produciéndose la muerte de éste (66). Pero la imputación del resultado no se produce como consecuencia de un deber extrapenal genérico establecido en los artículos 67 y 68 CC que fundamentaría en todo caso —aun ante la presencia de una enfermedad repentina— un delito de comisión por omisión (así, la doctrina dominante), sino sobre la base de una *obligación específica de vigilancia* —en este supuesto: del mismo objeto material del delito que, por su enfermedad, se habría convertido en sí en un foco de peligro— que no se diferencia en nada de la atención que, por ejemplo, debe prestar un médico al paciente que tiene a su cuidado, dependiendo en todos estos casos la responsabilidad dolosa o culposa por la lesión sobrevenida del mayor o menor riesgo creado con la ausencia de las medidas de precaución y de la conciencia que tuviera el omitente del riesgo objetivo realmente existente.

Pero con todo ello me alejo cada vez más del objeto que quería tratar en el presente trabajo: ésa, la comisión por omisión *dolosa*, es otra historia, que espero poderles contar muy pronto.

(66) Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 28 de enero de 1994, A. 125: «Como muy bien se razona por el Tribunal sentenciador, la recurrente se había convertido en el único medio de subsistencia de su marido, que dependía absolutamente de la acusada para todo. Su existencia estaba en sus manos. Si no le alimentaba, le suministraba la medicación o le auxiliaba para hacer sus necesidades fisiológicas, su muerte se produciría en un tiempo máximo de cinco días, según se expresa en los hechos que se declaran probados. Al asumir la esposa tal situación su posición de garante aparece incuestionable. Tampoco ofrece cuestión que la acusada omitió la acción debida, ya que al ausentarse del domicilio conyugal, sin ponerlo en conocimiento de persona alguna, con el marido postrado en la cama e incomunicado, sin posibilidad de obtener alimento, sólido y líquido, ni tomar las medicinas que le estaban prescritas, y no regresar al mismo hasta pasados seis días, desatendió el deber que le vinculaba con respecto a su esposo, casi asegurando un resultado de muerte que venía obligada a evitar.»

«Actio illicita in causa» y provocación en las causas de justificación

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Alcalá (1)

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de si es posible imputar una conducta posterior, impute en sí misma, a la previa conducta dolosa o imprudente con la que el mismo sujeto ha provocado el hecho posterior, se discute casi siempre en la doctrina penal a propósito de la *actio libera in causa*, es decir, de aquellos casos en que falta la culpabilidad o incluso la acción al realizar el hecho —o, con más precisión, la parte objetiva del tipo—, pero dicha situación ha sido causada (provocada) por una anterior conducta, dolosa o imprudente al menos, y culpable del propio sujeto. Ahora bien, en el caso de anterior provocación de una conducta típica pero amparada por una causa de justificación una parte de la doctrina sostiene que también le es aplicable una construcción sobre la imputación análoga a la a.l.i.c., esto es, la figura de la *actio illicita in causa*.

Según esta construcción, en la última fase, la causación del resultado típico o, en general la realización de la acción típica, dada la concurrencia de una causa de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad, estaría en sí misma permitida, es decir que no sería antijurídica; pero si anteriormente el propio sujeto ha provocado injustificadamente y dolosa o imprudentemente la si-

(1) Versión ampliada de la ponencia presentada a las Jornadas sobre «La política criminal y el sistema del Derecho penal» celebradas en Barcelona del 16 al 18-VI-1994 en el Centro de Estudios Jurídicos y Formación especializada de la Generalitat de Cataluña, con motivo de la concesión del Doctorado honoris causa de la Univ. de Barcelona al Prof. Dr. Claus Roxin.

tuación de justificación y la subsiguiente acción típica, entonces, debido a su creación antijurídica de una situación de colisión en la que jurídicamente se tiene que tolerar el sacrificio de bienes jurídicos dignos de protección, ha de responder por la realización antijurídica dolosa o imprudente del hecho (esto último en caso de que sea punible la modalidad comisiva impudente). Así pues, se sustituye la falta de antijuridicidad de la última acción por la antijuridicidad de la conducta anterior provocadora de aquélla y se imputa esa actividad posterior en sí misma no prohibida y, en su caso, su resultado a la primera acción.

II. PRESUPUESTO: SUBSISTENCIA DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA SEGUNDA ACCIÓN A PESAR DE LA PROVOCACIÓN

La posibilidad de recurrir a la construcción de la a.i.i.c. presupone que al menos haya algunos casos en que, pese a la provocación de la situación, la acción típica siga estando justificada, pues de lo contrario la conducta posterior ya sería antijurídica *in actu* y no haría falta en absoluto acudir a una posible antijuridicidad en origen.

La mayoría de la doctrina reconoce esa justificación de la acción final pese a la provocación de la situación justificante, aunque con diferencias en cuanto a los límites de la justificación. Así p. ej. en la legítima defensa y en el estado de necesidad justificante (2) la doctrina mayoritaria sostiene (como mínimo) que no toda provocación imprudente o incluso dolosa de la situación de necesidad excluye el derecho pleno de legítima defensa o de estado de necesidad (3).

(2) Hablo aquí de estado de necesidad justificante porque, como es sabido, la doctrina mayoritaria defiende la teoría diferenciadora, según la cual hay un estado de necesidad justificante (cuando se pretende salvar un interés preponderante) y otro meramente disculpante (según la doctrina española, cuando hay un conflicto entre intereses iguales, y según la doctrina alemana sólo cuando se trata de salvar intereses muy importantes, propios o de allegados, pero en ese caso se disculpa la lesión de intereses iguales o incluso superiores con tal de que no haya una gran desproporción: cfr. *Roxin*, *Strafrecht AT*, I, 2.^a ed., 1994, 820 s.). Y las posiciones de la dogmática alemana que se exponen a continuación se refieren por eso mismo sólo al «estado de necesidad justificante». Por ello, para no complicar las cosas, utilizo la terminología de la doctrina dominante, con independencia de que personalmente considere preferible la teoría unitaria, según la cual todo estado de necesidad es justificante (por lo que no hace falta añadir este último calificativo), teoría que por lo demás, a diferencia de la regulación del StGB alemán, que no se basa en ella, es perfectamente compatible con la regulación del art. 8, 7.^o de nuestro CP: ver *infra* nota 5.

(3) Respecto de las posiciones en cuanto a la legítima defensa cfr. *Luzón Peña*, *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, ComLP, V, 1983, 263 ss. (= *EPen — Estudios Penales —*, Barcelona, 1991, 151 ss.); *Roxin*, *AT*, I, 1994, 559 ss. En cuanto al estado de necesidad, cfr. *Roxin*, *cit.*, 613 ss.; *Mir*, *DP PG*, 3.^a, 1990, 504 ss.

Y en efecto, por lo que respecta a la provocación de la situación de legítima defensa, a mi juicio y con la única excepción de la provocación o reto (o la aceptación de tal provocación) al duelo o a la riña mutua y libremente aceptada, el provocador conserva su pleno derecho a la defensa a pesar de que haya realizado una provocación imprudente, dolosa o incluso intencional. Ello rige también, efectivamente, en la provocación intencionada o de propósito (es decir, buscando que se produzca la agresión para poder reaccionar contra ella en legítima defensa), con tal de que el agente se mantenga en los límites de lo necesario para la defensa (ver al respecto *infra* IV.2), pues por mucho que haya habido una provocación intencional, no es en absoluto algo claro y evidente que el provocador no esté legitimado para defender por sí mismo el orden jurídico y el bien jurídico agredidos. Sólo en caso de provocación (o su aceptación) al duelo o a la riña libremente acordada es ostensible frente a todos que los contendientes —mientras y en la medida que la contienda se mantenga dentro de los límites expresa o tácitamente convenidos y uno de ellos no abandone la lucha— renuncian a la protección del Derecho y a la paz jurídica, que por ello no están legitimados para la defensa del orden jurídico y de sus bienes jurídicos (ni siquiera en el caso de que no sean ambos los que se agradan recíproca y simultáneamente, sino que uno de los contendientes ejerza una defensa meramente defensiva) y que, por consiguiente, para el ordenamiento jurídico no existe la necesidad ni el interés en ser defendido precisamente por esas personas. En consecuencia su actuación no está justificada por legítima defensa (aunque se puede admitir una disminución del injusto partiendo del aspecto individual de la legítima defensa y tenerla en cuenta en la determinación de la pena —en el CP español a través de la exigente incompleta por falta del requisito 3.º del art. 8, 4.º—, en caso de que el rechazo de la agresión se limite a lo necesario para defender los bienes jurídicos) (4).

En el estado de necesidad [tanto en el mayoritariamente considerado justificante (5), o sea, para salvar un interés superior, cuanto

(4) Así, aplicando restrictivamente el criterio propuesto por *Roxin* (ZStW 75 1963, 566 ss., 572 ss., 577 s.), *Luzón Peña*, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en: ComLP, V, 1985, 266, 268 (tb. en mis: EPen, 1991, 154, 156); *Riña y legítima defensa*, LL 1989-3, 487 ss., 494 ss. (= EPen, 1991, 161 ss., 168 ss.).

(5) Sin embargo, debo insistir en que, al menos en Derecho español, a la vista de la regulación unitaria del estado de necesidad para salvar intereses preponderantes o equivalentes por el art. 8, 7.º CP, que admite sin restricciones la acción en estado de necesidad para proteger cualesquiera bienes jurídicos propios o ajenos, se puede defender la «teoría de la unidad», o sea, la concepción que considera siempre el estado de necesidad como causa de justificación. Así una posición muy extendida en la doctrina española: *Gimbernat*, Estudios de DP, Madrid, 1976, 118 ss.; *Luzón*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, 1978, 243 ss.; Estado de necesidad e intervención médica (o funcional) en casos de huelga de hambre,

en otras formas de estado de necesidad que a mi juicio también son justificantes, como el estado de necesidad para salvar un interés equivalente o, desde luego, el estado de necesidad defensivo (6)] se puede partir de la base de que la provocación intencionada de la situación de necesidad o incluso de la acción de estado de necesidad por parte de quien posteriormente resulta necesitado excluye ya la justificación de la acción salvadora debido al aumento de la exigibilidad general y a la correlativa modificación de la ponderación de intereses en perjuicio del necesitado. Ahora bien, esas razones no se dan si en una provocación intencional, por una parte el provocador y posterior agente salvador y, por otra, el necesitado son personas distintas, es decir si se trata de un estado de necesidad ajeno provocado intencionalmente. Y por lo demás, otras provocaciones meramente dolosas o —aún más claramente— imprudentes (en otros ordenamientos probablemente y en el nuestro con seguridad) tampoco son lo suficientemente graves (7) para modificar los criterios de ponderación de intereses y de exigibilidad en perjuicio del necesitado y para excluir

intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis, REP 1987-238, 53 nota 30 (= EPen, 1991, 185 nota 30); *Roldán*, CPC 1983, 509 ss.; *Cuerda*, La colisión de deberes en Derecho penal, Madrid, 1984, 311 ss.; *Gómez Benítez*, Teoría jurídica del delito, DP PG, Madrid, 1984, 380 ss.; *Octavio de Toledo/Huerta*, DP PG, 2.ª, Madrid, 1986, 233 ss.; *Quintero*, DP PG, 2.ª, Madrid, 1989, 477 ss. (No muy lejano a la teoría unitaria *Mir*, DP PG, 3.ª, Barcelona, 1990, 483 ss.). No obstante, aquí no me es posible entrar en la fundamentación material de esa tesis, ni tampoco entrar a discutir la opinión contraria.

(6) El estado de necesidad defensivo, en el que se permite causar un mal incluso superior, pero no desproporcionadamente mayor, cuando se reacciona frente a la persona o cosa fuente del peligro, pero que no llega a constituir una agresión ilegítima, es mayoritariamente admitido como causa de justificación en la doctrina alemana: si la fuente de peligro es una cosa, por la previsión expresa de la «defensa frente a cosas» en el § 228 BGB (Código civil), y si la fuente de peligro es una persona, bien por analogía con el § 228 BGB, bien por aplicación directa del «estado de necesidad justificante» del § 34 StGB: cfr. por todos *Roxin*, AT, I, 1994, 620 ss., 636 s. En la doctrina española, yo mismo he sostenido la apreciación de esa causa de justificación por analogía, por una parte con la legítima defensa, y por otra con el estado de necesidad: cfr. *Luzón Peña*, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en: ComLP, V, 1985, 223 ss. (tb. en EPen, 1991, 113 ss.); recientemente, *Baldó Lavilla*, Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda, Barcelona, J. M.ª Bosch, 1994, *passim*, sostiene que la mayoría de los casos del estado de necesidad defensivo encajan directamente (por modificarse la ponderación de intereses frente a la fuente del peligro) en la causa de justificación del art. 8, 7.º CP.

(7) En Derecho español es seguro que no lo son, pues el art. 8, 7.º, n.º 2.º CP expresamente niega la cobertura por estado de necesidad sólo en el caso de que «la situación de necesidad... haya sido provocada intencionadamente por el sujeto». Sobre ello y lo expuesto en el texto cfr. *Luzón Peña*, Estado de necesidad y estado de necesidad defensivo, EJCiv (Encicl. Jur. Básica, Civitas), 1995, 2915.

en consecuencia la justificación de la acción realizada en estado de necesidad en sí misma.

III. LAS TESIS CONTRAPUESTAS DE LA VALIDEZ O INVALIDEZ GENERAL DE LA FIGURA DE LA A.I.I.C.

1. Los defensores de la solución de la *actio illicita in causa* la aplican mayoritariamente de modo indistinto tanto a la provocación de la legítima defensa como a la del estado de necesidad justificante (8), pero la idea rectora de la construcción se formula de modo tan general que podría ser aplicada sin más a toda causación innecesaria y «culpable» de una situación de intereses en conflicto que por la ponderación de los mismos fundamenta una causa de justificación cualquiera (p. ej. derechos o deberes propios del ejercicio de un cargo).

Ello ocurre ya en los primeros esbozos, aún no totalmente desarrollados, de fundamentación de la a.i.i.c. Así surge por primera vez en *Kohlrausch/Lange* (9) claramente el concepto de a.i.i.c. para todos los casos en que «el propio autor ha provocado intencionadamente la situación que en sí misma justificaría el hecho, para poder cometer impunemente tal hecho», p.ej. en una situación de legítima defensa provocada intencionalmente; y entonces, de modo análogo a la a.i.i.c., habría «aquí una *actio illicita in causa*, es decir una acción que en el momento de la actuación (p.ej. de la lesión) parece justificada, pero que en definitiva (o sea, *in causa*) es antijurídica». Según *Kohlrausch/Lange* la razón de la punibilidad es «que aquí el momento en el que se comete la acción antijurídica y culpable (el homicidio, las lesiones, etc.) es aquel en el que se crea la “causa de justificación” dolosamente y con voluntad delictiva», y así p. ej. en la legítima defensa la incitación a la agresión es una «condición para el resultado final creada antijurídicamente, una conducta antijurídica y culpable de matar, lesionar o similar» (10). En *Lenckner* (11) queda

(8) Así p. ej. *Kohlrausch/Lange*, StGB, 43.^a, 1961, notas previas al § 51, II 2, 2 a E, § 53 II, V; *Lenckner*, GA 1961, 301 ss.; *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, 104 s.; *Schmidhäuser*, Strafrecht AT, 2.^a, 1975, 358 ss., 360 nota 56; *Baummann*, Strafrecht AT, 8.^a, 1977, 304 ss., 356.

(9) StGB, 1961, II 2 antes del § 51, pp. 191 s., § 53 V, pp. 205 s. Según *Hruschka*, Strafrecht, 2.^a, 1988, 381 y nota 209, la expresión a.i.i.c., formada con toda probabilidad por *Kohlrausch*, aparece por primera vez en *Liszt/Delaquis*, StGB, 27.^a ed., 1927, elaborada por *Kohlrausch*, nota 5 al § 53.

(10) También es muy escasa la fundamentación en *Schröder*, JR 1962, 187 s.: responsabilidad por la vía de la a.i.i.c., «porque el sujeto ha emprendido anteriormente acciones que fundamentan un reproche frente al mismo»; p. 189: el agredido se ha colocado dolosa o imprudentemente en una situación en la que le resulta imposible esquivar la agresión y «por ello ha de exigirsele responsabilidad por haber

todavía más claro que el hecho posterior está realmente, y no sólo aparentemente, justificado, pues en su opinión el provocador tiene derecho a la legítima defensa pese a su provocación intencionada o no intencionada, pero jurídicamente desaprobada, en caso de que esquivar la agresión no le sea posible, o sólo corriendo peligros muy considerables, con la consecuencia de que «la acción defensiva *como tal...* (es) *conforme a Derecho*». Pero según él no se puede ver aisladamente dicha acción, desligándola de la totalidad de lo sucedido, sino que hay que perseguir la conducta del provocador hasta su origen y comenzar ya allí con la valoración jurídica, lo que conduce a la a.i.i.c.; y la antijuridicidad de la acción *in causa* se deriva del hecho de «que el sujeto ya ha colocado antes con su provocación la causa decisiva de la posterior situación coactiva en la que tiene que lesionar al agresor» (12). Aparte de ello, *Lenckner* alude al paralelismo con la figura de la autoría mediata a través de un instrumento que actúa jurídicamente (13). De modo similar, *Baumann* propone que en caso de provocación intencional, simplemente dolosa o imprudente de una causa de justificación se aplique la a.i.i.c. y se atienda a la conducta anterior del sujeto que es causal para todo el curso del hecho, fundamentándolo en que la justificación de la segunda acción solamente se refiere a dicha acción, pero no cubre anteriores conductas dispuestas por el sujeto y causales para la totalidad del curso del hecho; por ello en la conducta anterior concurre una realización antijurídica del tipo, ya que la causa de justificación no afecta a esa acción (14). Y también según *Baumann* hay que añadir la similitud con la construcción de la autoría mediata con instrumento

creado él esa situación». *Himmelreich*, GA 1966, 136, defiende la a.i.i.c. con una mera alusión a la situación en que el agente ya no tiene la posibilidad de esquivar antes del comienzo de la agresión, de lo cual se deriva en su opinión responsabilidad por realización del delito dolosa o imprudente, «según que respecto de las consecuencias, es decir de la posterior vulneración del derecho, se le deba reprochar dolo o imprudencia».

(11) GA 1961, 301-303, 312.

(12) Pese a todo hay que mencionar que en caso de provocación no intencional y en sí misma jurídicamente permitida *Lenckner*, GA 1961, 309 s., defiende la concesión de la plena justificación y no aplica la a.i.i.c. Eso significa que en su concepción, si la primera acción es antijurídica, nunca es exclusivamente por haber supuesto una causa de la situación coactiva, sino que la antijuridicidad de la primera acción se deriva, o bien —en caso de provocación intencionada— de la suma de esa creación de la causa con la mala intención, o bien —en caso de provocación no intencional de la situación coactiva— de la suma de la creación de la causa de la situación coactiva con la desaprobación jurídica de la primera acción en sí misma.

(13) GA 1961, 307 nota 31.

(14) Cfr. *Baumann*, MDR 16 1962, 349 s.; Strafrecht AT, 8.ª, 1977, 304 ss. (legítima defensa), 356 (estado de necesidad justificante). De modo distinto, no obstante, *Baumann/Weber*, AT, 9.ª, 1985, 308 s.: rechazo de la figura jurídica de la a.i.i.c. excepto en los casos en los que el provocado no actúa responsablemente.

que actúa lícitamente, ya que, en su opinión, el autor no justificado *in causa* se utiliza a sí mismo como instrumento justificado *in actu* (15).

Otros autores continúan profundizando en la fundamentación de la a.i.i.c. Así *Schmidhäuser*, que también traza el paralelismo con la autoría mediata a través de un instrumento que obra jurídicamente, ve la razón de la antijuridicidad de la causa u origen en el hecho de que la provocación, de modo no permitido o inadecuado, pone los bienes jurídicos del provocado en peligro de lesión por la defensa frente a la agresión y por tanto la conducta provocadora precedente es peligrosa y finalmente lesiva para bienes jurídicos y no hay nada que la justifique (16); y consiguientemente habla de la «creación de una situación de necesidad, fundamentadora del injusto» (17). Pero sobre todo a partir de *Bertel* se pone el acento en la significación de la causación injustificada de la situación de necesidad (de la situación coactiva, en la terminología de *Lenckner*). *Bertel* expone las siguientes ideas sobre la diversa significación de las acciones de provocación y de defensa, ideas que luego puede trasladar fácilmente también al estado de necesidad: «La defensa es conforme a Derecho porque soluciona un conflicto de intereses en el sentido deseado por el ordenamiento jurídico... En cambio, la provocación lo único que ha hecho es precisamente crear el conflicto que luego se soluciona mediante la defensa del provocador, y eso es algo sustancialmente distinto. Es cierto que el ordenamiento jurídico tiene que estar interesado en que se solucionen en su sentido los conflictos en los que chocan entre sí intereses jurídicamente protegidos, pero también es seguro que no puede tener el menor interés en que alguien provoque malintencionadamente tales conflictos, con la consecuencia de que entonces el ordenamiento tiene que abandonar un bien jurídico para mantener otro» (18); por eso tal conducta infringe la «prohibición de poner en peligro a otros en su vida o integridad, en su patrimonio o en otros bienes jurídicos (19). En la misma dirección se manifiestan

(15) *Baumann*, MDR 16 1962, 350; AT, 8.^a, 1977, 304.

(16) AT, 1970, 279 s.; 2.^a ed., 1975, 358 ss.

(17) AT, 1970, 281; 2.^a ed., 1975, 361.

(18) ZStW 84 1972, 15; en pp. 15 s. afirma que en el supuesto del estado de necesidad supralegal «no es en absoluto una contradicción que el ordenamiento jurídico justifique una acción porque provoque un mal menor para evitar un mal mayor, pero que desaprobe otra acción del mismo sujeto porque haya dado lugar precisamente a que se llegue a esa situación»; p. 16: al provocador se le reprocha «que haya creado una situación en que el ordenamiento jurídico, para afirmarse, tiene que abandonar los bienes jurídicos del agresor» (similar en p. 26). Por lo demás, *Bertel* (pp. 17 s., 20, 26 ss.) limita el reproche a acciones que sean socialmente inadecuadas o no permitidas.

(19) *Bertel*, ZStW 84 1972, 32.

también, p. ej., *Schröder* (20) (responsabilidad dolosa o imprudente por la provocación de una situación de legítima defensa, ya que al sujeto le alcanza el reproche de haber provocado con una conducta antijurídica una situación en la que el ordenamiento jurídico se ve forzado a ponerle a su disposición el derecho de defensa), *Lenckner* en *Schönke/Schroder* (21) («tampoco aquí hay contradicción alguna en que el Derecho resuelva —forzadamente— el conflicto de intereses en el sentido del provocador, pero que al mismo tiempo haga de ello un motivo de medidas represivas contra el mismo por haber desencadenado ese conflicto»), o también *Küper* (22) (23).

Küper se limita ciertamente a examinar la aplicabilidad de la teoría de la *actio illicita* al estado de necesidad justificante culpablemente originado, pues reconoce que en la legítima defensa provocada puede haber argumentos en contra específicamente condicionados por la legítima defensa —sobre todo, que la conducta previa sólo provoca la situación de colisión si motiva una agresión antijurídica que depende de la libre decisión del provocado—, que impiden o dificultan la aplicación de la a.i.i.c. (24). Pero, en cambio, considera que en el estado de necesidad la previa conducta provocadora crea directamente el peligro y con ello la situación de conflicto, y eso justifica una valoración totalmente distinta de la primera y de la segunda acción, ya que, mientras que la acción salvadora es permitida y valorada positivamente como solución de un agudo conflicto de intereses, esa justificación y valoración positiva no le alcanza a la conducta previa, que es la que crea el conflicto y con él la necesidad de lesionar un bien jurídico; por ello, aunque en definitiva esté permitida y autorizada la producción del resultado típico por la acción salvadora, el resultado le es imputable al hecho previo antijurídico, o sea a la provocación antijurídica de la situación de colisión y de la lesión de bienes jurídicos resultante de la misma (25).

(20) JuS 1973, 160 s.

(21) StGB, 24.ª ed., 1991, § 32 61. Aquí ciertamente sólo se reconoce la a.i.i.c. en caso de provocación de la agresión de un sujeto que no actúa libremente, mientras que en anteriores ediciones (así p.ej. *Schönke/Schröder/Lenckner*, StGB 1982, § 32 57, 60) no se producía esa restricción.

(22) Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zur *actio illicita in causa*, 1983, 42 ss., *passim*.

(23) Algo discrepante de esa línea la fundamentación de *Arzt*, Festschrift f. Schaffstein, 1975, 83: «La *actio illicita in causa* es adecuada para suministrar la fundamentación dogmática-constructiva del hecho de que al defensor, que originariamente había tenido tiempo para hacer intervenir al Estado, pero que no ha utilizado ese tiempo, sino que “sin motivo” se ha puesto en peligro, se le puede dejar —dicho gráficamente— perecer en ese peligro».

(24) Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand, 1983, 40 s., 48 n. 144.

(25) *Küper*, Notstand, 1983, 42 ss.

2. Como crítica a la teoría de la *actio illicita in causa*, por una parte, se utilizan argumentos específicos de la situación de legítima defensa. De ellos, creo que la objeción más importante es que al provocador —incluso intencionado— le falta el dominio del hecho sobre el curso de los acontecimientos y con ello la cualidad de autor del delito de lesión, ya que queda a la libre decisión del provocado y por tanto en sus manos (y también en su responsabilidad) el dejarse o no incitar por la provocación, pasar a la agresión y exponerse con ello al peligro de una lesión producida por la defensa (26).

Pero por otra parte se opone un argumento general, que habla en contra de la aplicación de la a.i.i.c. a la provocación de cualesquiera situaciones de justificación: Como expuso por primera vez *Roxin* (27), la antijuridicidad de la causa tendría que derivarse sólo del resultado final pretendido y producido, pero ello no es posible, dado que la acción final y sus consecuencias están jurídicamente permitidas y aprobadas. La acción provocadora (p. ej. una burla) puede no ser antijurídica, no estar prohibida como tal, y tampoco puede convertirse en antijurídica por el hecho de pretender o dar lugar a una acción conforme a Derecho y valorable positivamente; y ello no cambia en absoluto aunque la provocación, p. ej. una injuria pasada, fuera en sí misma antijurídica, ya que el injusto específico de la conducta posterior, como puedan ser unas lesiones, sólo podría producirse por haber pretendido (o al menos por haber producido de modo previsto o previsible) unas lesiones antijurídicas, pero no si el acto lesivo está justificado. De ese modo, concluye *Roxin*, mediante la a.i.i.c. se llega «al curioso resultado de que una conducta, que no tiene lo más mínimo de antijurídica en ninguna fase del suceso, aparece como un delito punible» (28).

A ello se añade una segunda objeción general, a saber, que la justificación y permisión de la acción final sólo sería aparente si en definitiva la misma fuera penada por la lesión de un bien jurídico (29).

(26) Así *Roxin*, ZStW 75 1963, 551, 553 (aquí respecto de la provocación imprudente, argumentando que el cuidado objetivamente debido no tiene por qué abarcar la evitación de autopuestas en peligro realizadas libre y conscientemente por otros); *Bockelmann*, Festschrift für Honig, 1970, 21; similar *Kratzsch*, JuS 1975, 339: al provocador no se le puede hacer responsable de algo «que entra exclusivamente en la esfera de responsabilidad de quien no ha resistido la provocación».

(27) ZStW 75 1963, 546-548.

(28) *Roxin*, ZStW 75 1963, 548. También y con similar crítica la opinión mayoritaria, p.ej. *Bockelmann*, Festschrift f. Honig, 1970, 26; *Hruschka*, JR 1979, 127; *Constadinidis*, Die «actio illicita in causa», 1982, 57 ss. En su AT I, 1994, 561, *Roxin* considera contradictorio aceptar que una y la misma acción —el disparo— es tanto jurídica como antijurídica.

(29) *Roxin*, AT I, 1994, 561, califica la a.i.i.c. como un rodeo generador de confusión: pues si se castiga al provocador, «la aprobación de la legítima defensa

3. Frente a estas objeciones, los partidarios de la a.i.i.c., como hemos visto anteriormente, insisten en que no es contradictorio en absoluto considerar conforme a Derecho la última fase de la acción en cuanto solucionadora de un conflicto, y en cambio, en cuanto a la acción anterior, en la medida que desencadena el conflicto innecesaria y por tanto injustificadamente y causa con ello el peligro de lesión de otro (30), calificarla como antijurídica y vincularle el resultado, la lesión del bien jurídico. *Küper* aún da un paso más, y opina que a la acción previa antijurídica y creadora del conflicto y del peligro hay que imputarle justamente por eso el resultado típico a pesar de que en el estado de necesidad justificante provocado no sólo está permitida la acción final, sino que su resultado es un resultado «permitido» «no desaprobado», esto es, que hay una «aprobación jurídica del resultado» unida al reconocimiento de la facultad de intervenir en estado de necesidad, ya que en la situación de estado de necesidad se suspende la norma protectora, que garantiza la indemnidad de los objetos, en perjuicio de ese bien jurídico (31).

IV. TOMA DE POSICIÓN: INAPLICABILIDAD DE LA A.I.I.C. EN CASO DE JUSTIFICACIÓN DEL RESULTADO (DE EXCLUSIÓN DEL DESVALOR DEL RESULTADO) Y APLICABILIDAD EN PRINCIPIO DE LA A.I.I.C. EN CASO DE JUSTIFICACIÓN SÓLO DE LA ACCIÓN (DE EXCLUSIÓN DEL DESVALOR DE LA ACCIÓN)

1. Desde hace ya varios años he mantenido en diversas publicaciones la tesis de que es imposible aplicar la solución de la a.i.i.c. a los supuestos de provocación de una causa de justificación excluyente del desvalor del resultado, pero que en cambio puede aplicarse en caso de provocación dolosa o imprudente de una causa de justificación que sólo elimine el desvalor de la acción, pero no el del resultado. Y la misma solución rige, en concordancia con ello, para los supuestos de autoría mediata a través de un instrumento que obra lícitamente, o sea, cuando el sujeto que realiza la acción final justificada no es el mismo provocador, sino un tercero (32).

no es más que aparente»; y respecto del estado de necesidad justificante provocado cfr. pp. 615 s. (ver tb. *infra* nota 46 y el texto correspondiente a la misma).

(30) En cambio, *Hruschka*, JR 1979, 127 s., considera que la creación de un peligro evitable lo que a lo sumo justificaría es introducir un delito de peligro, hoy inexistente.

(31) *Küper*, Notstand, 1983, 41-47.

(32) Cfr. *Luzón*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, 121-126, 249-262; Estado de necesidad (incompleto) en un delito imprudente, Comentario a

Ello presupone que hay dos clases de causas de justificación, que se pueden distinguir según que también supriman el desvalor del resultado —y, si se conoce la situación, asimismo el desvalor de la acción (a no ser que la ley exija expresamente una determinada finalidad o motivación como elemento subjetivo de justificación)—, o que sólo excluyan el desvalor —subjetivo u objetivo— de la acción, pero no la subsistencia de un resultado desvalorado y jurídicamente indeseado (33). Entre las primeras se cuentan, p. ej., la legítima defensa, los derechos o deberes propios del ejercicio del cargo en caso de concurrencia efectiva de sus presupuestos, el ejercicio del derecho de prenda o el consentimiento justificante del titular del bien jurídico. En cambio, existe sólo justificación de la acción p. ej. en el estado de necesidad (incluso en el que toda la doctrina considera «justificante»), o sea en el que se trata de salvar un interés superior), en el que el resultado pese a todo sigue siendo un «mal» (34) —aunque sea menor—, es decir, un resultado jurídicamente disvalioso e indeseado, pero no hay desvalor objetivo de la acción debido a la cualidad salvadora de la acción y a la ponderación de intereses. Otros ejemplos pueden ser los de riesgo permitido en casos de carreras automovilísticas o deportes violentos con resultados de lesiones o de muerte, o los casos de vulneración del honor por ejercicio de la libertad de expresión o información (lo que en Derecho alemán se califica como «salvaguarda de intereses legítimos»), supuestos en los que la garantía de determinados intereses, tales como la libertad, los juegos y espectáculos, o la libertad de expresión e información, tienen prioridad frente al riesgo de ciertas lesiones de bienes jurídicos; o también cabe mencionar el cumplimiento de deberes del cargo o el ejercicio de facultades propias del cargo si ha habido una creencia diligente y fundada en la concurrencia de sus presupuestos, que realmente no se dan, como p. ej. en la detención de un sospechoso de la comisión de un delito realmente inocente, o en la condena

STS 5-2-1985, RDCir 1985, 213 n. 2 (= *Luzón*, Derecho Penal de la circulación —DPCir—, 2.ª ed., Barcelona, 1990, 140 n. 2); ComLP V, 1985, 235, 253 s., 267 s.; REP 1987-238, 53 ss.; Indicações y causas de justificación en el aborto, CPC 1988, 648 s.; El error sobre causas de justificación: algunas precisiones, LL 1989-3, 580 s.; EPen, 1991, 78 s., 125 s., 142 s., 155 s., 185 ss., 348 s.

(33) He de subrayar que conscientemente hablo (aquí y en todas mis obras cits. en nota anterior) de supresión del «desvalor del resultado» o del «desvalor de la acción», y no de supresión del «injusto del resultado» o del «injusto de la acción» (como p. ej. hace *Jescheck*, Lehrbuch, AT, 2.ª, 1972, 242). Pues en sentido estricto no se puede hablar de «injusto del resultado», ya que el (o lo) injusto es el hecho antijurídico, y antijurídica sólo puede ser una acción, en su caso productora de un resultado, pero el resultado mismo no es antijurídico, no infringe norma jurídica alguna, aunque sí puede ser jurídicamente desvalorado como algo indeseable.

(34) Esto lo reconoce *Küper*, Notstand, 1983, 46, a pesar de su tesis de la aprobación del resultado (cfr. *supra* nota 31).

judicial de un procesado inocente debido a pruebas o testimonios falsos. En todos estos supuestos desaparece sólo el desvalor de la acción, pero no el del resultado —lo que, por cierto, no excluye que la acción esté totalmente permitida y a veces no sólo se valore positivamente, sino que incluso se imponga como deber.

2.a) Si la causa de justificación excluye el desvalor del resultado, es decir, que el resultado no es valorado negativamente, sino que a veces es incluso aprobado y positivamente valorado, eso significa que el bien jurídico afectado no es digno de protección en el caso concreto (pérdida de la protección por la conducta —normalmente responsable— del titular del bien jurídico). En tal caso es imposible exigir responsabilidad por la acción final por la vía de la a.i.i.c. a quien provoca «dolosa» o «imprudentemente» la situación de justificación, p. ej. una situación de legítima defensa.

Primero, porque en la mayoría de las ocasiones al provocador de una agresión —incluso aunque actúe precisamente con esa intención— (o al policía que provoca a un tercero a cometer un delito, el cual justifica la detención del delincuente) le faltará el dominio del hecho y por tanto no habrá autoría, ya que el sujeto sólo incita a la comisión de una agresión (o de un delito) que depende totalmente de la decisión responsable del provocado. Esta situación sólo cambiaría en caso de provocación de un agresor o delincuente no responsable o no totalmente responsable.

Pero en segundo lugar —y éste es el argumento más importante, pues afecta a todas las hipótesis posibles—, la causación, aun objetivamente imputable, de un resultado no valorado negativamente, sino jurídicamente aprobado, deseado o incluso exigido no puede suponer de ningún modo un hecho antijurídico constitutivo de delito de lesión, por mucho que la acción provocadora haya dado lugar innecesariamente a la agresión o a la comisión de un delito y con ello al peligro de lesión del agresor o de privación de libertad del delincuente: pues se trata precisamente del peligro de que se produzca un resultado positivo, jurídicamente valioso, y no del peligro de una acción final permitida, pero que tendría un resultado jurídicamente disvalioso. La lesión afecta a bienes jurídicos del agresor o del delincuente jurídicamente no protegidos *in concreto* debido a su conducta, y, en cambio, en la legítima defensa se logra la defensa del orden jurídico y del bien jurídico agredidos, o en la detención policial de un delincuente se posibilita la acción de la Justicia. Pues bien, dado que sólo puede haber desvalor de la acción en referencia a la producción querida o descuidada de un desvalor del resultado (35) y dado que por ello tanto el desvalor objetivo de la acción como el «desvalor de la

(35) Así *Rudolphi*, Festschrift f. Maurach, 1972, 55, 65; *Cerezo*, Notas a la traducción de: Welzel, El nuevo sistema del DP, Barcelona, 1964, 44 s. n. 10; *Luzón Peña*, en: ComLP, V, 1985, 253; EPen, 1991, 142.

intención» (que serían necesarios para la antijuridicidad de la primera acción provocadora) sólo se pueden derivar de la adecuación o incluso predisposición de una acción para producir un resultado (o un hecho) jurídicamente desvalorado, es imposible que sea antijurídica —en relación con el tipo de lesión— una acción provocadora que (prescindiendo ahora de su aspecto de provocación del hecho intentado —de la agresión, en su caso— de un tercero) en definitiva conduce a un resultado valioso.

Por eso no es posible fundamentar con una (pretendida) *actio illicita in causa* la existencia de una acción antijurídica de lesiones u homicidio o, respectivamente, de detenciones ilegales, en caso de que alguien, incluso aunque sea intencionadamente, incita a otro a una agresión antijurídica contra él mismo o contra un tercero y a continuación mata o lesiona al agresor en legítima defensa, o en caso de que un policía provoque a alguien a cometer un delito y lo detenga entonces. Tampoco hay hurto si un acreedor pignoraticio convence a su deudor que pasa por dificultades económicas de que para él (el deudor) es mejor no satisfacer sus deudas y a continuación se apodera de una cosa del deudor en virtud de su derecho de prenda. Por los mismos motivos tampoco puede aceptarse que haya autoría mediata (antijurídica) con un instrumento que obra lícitamente en caso de que alguien, provocando a una persona no o no totalmente responsable (pues de lo contrario no tendría el primero dominio del hecho) a realizar una agresión ilegítima, obligue a un tercero a actuar en legítima defensa y a producir de ese modo un resultado jurídicamente aprobado.

b) Esto no significa que el provocador que actúa intencionadamente quede impune. Pues por una parte hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos, y debido a que ya esperaba con anterioridad la posterior agresión planeada por él, el provocador se podría defender con medios menos lesivos y no lo hace justamente por su mala intención, con lo que falta la necesidad del medio defensivo empleado (ello también puede suceder, aunque ciertamente más raramente, en caso de provocación meramente dolosa o imprudente de la situación de legítima defensa) (36). Y por otra parte la acción previa puede ser antijurídica en cuanto provocación de una agresión o (para la detención policial) de un delito, aunque no en cuanto provocación de la posterior acción de legítima defensa o de detención, como pretenden los partidarios de la a.i.i.c. En efecto, aunque la doc. dom. rechaza la punibilidad del agente provocador, a mi juicio, el hecho de incitar a otro a una agresión ilegítima o a la comisión de un delito, por mucho que el provocador quiera impedir

(36) Cfr. Luzón Peña, en: ComLP, V, 1985, 269; EPen, 1991, 156 s.

después la consumación, es una inducción indirecta a una tentativa idónea o —menos frecuentemente— inidónea (37), y en caso de provocación con la finalidad de una posterior detención puede ser eventualmente incluso inducción a un delito consumado. Ello significa favorecer una puesta en peligro como mínimo del ordenamiento jurídico, y a veces también de bienes jurídicos ajenos (teoría de la participación en el injusto), lo que es contrario a los fines preventivos del Derecho penal, a no ser que haya una causa de justificación que ampare precisamente esa provocación. Y por lo demás, en la determinación de la pena se puede tener en cuenta el menor grado de injusto por la reducción del peligro y por el hecho de que la voluntad del sujeto no pretenda la consumación.

3.a) La situación es totalmente distinta si se provoca una situación de justificación que sólo elimina el desvalor de la acción, pero no el desvalor del resultado. En tal caso es en principio aplicable la construcción de la a.i.i.c. —suponiendo, eso sí, que se trate de un delito de resultado sin una forma de ejecución legalmente descrita, pues de lo contrario el principio *nullum crimen sine lege* podría impedir la subsunción de la acción provocadora junto con sus consecuencias en el tipo correspondiente (38).

El caso paradigmático al respecto es el de la provocación de un estado de necesidad. En el mismo, para solucionar adecuadamente el conflicto ponderando todos los intereses, no se valora negativamente y por ello está autorizada la acción de estado de necesidad debido a su cualidad de acción salvadora, pero, como ya se ha dicho, subsiste el desvalor del resultado (39): la producción del resultado podrá estar autorizada, pero el resultado es jurídicamente un mal, algo indeseado. El lesionado por una intervención en estado de necesidad no ha perdido la protección de sus bienes jurídicos debido a su conducta, y efectivamente dichos bienes jurídicos no se ven privados de toda protección jurídica: por ello prevé el art. 20, 2.º CP en favor del afectado una responsabilidad civil de la persona cuyos intereses se salvaguardan (pero no responsabilidad civil de quien actúa en estado de necesidad, si no es también el beneficiado).

En consecuencia, en caso de provocación imprudente o simplemente dolosa de un estado de necesidad para intereses propios, y

(37) Luzón Peña, ComLP, V, 1985, 269; EPen, 1991, 157.

(38) Ver, para más detalles, *infra* V.

(39) Aunque, en caso de que efectivamente se logre salvar otro interés superior o equivalente, pueda haber por ello una disminución del desvalor del resultado; pero pese a todo se sigue lesionando un bien que no ha perdido la protección jurídica. Y por otra parte, no siempre se producirá la salvación del interés superior o equivalente: la eximente sólo exige para la autorización de la conducta que se obre «para evitar un mal», aunque finalmente no se logre evitar tal mal; ello confirma que lo que se excluye en todo caso es el desvalor de la acción.

también en caso de provocación intencional de un auxilio de terceros en estado de necesidad, en los que pese a la provocación está permitida la acción salvadora como tal, sucede lo siguiente: La acción provocadora crea directamente el peligro para el interés que hay que salvar y, con ello, la situación coactiva que obliga con mayor o menor intensidad a lesionar un bien jurídico y a sacrificar con ello un interés —menos valioso en el estado de necesidad mayoritariamente aceptado como justificante, o equivalente en otra forma de estado de necesidad que también cabe considerar, con la doctrina minoritaria, justificante (40)— y determina de ese modo el ulterior curso del hecho (creación mediata de un peligro para el bien jurídico lesionado), por lo cual aquí en principio no se plantean dificultades para afirmar que existe dominio del hecho —en una actuación dolosa— o en todo caso determinación objetiva del hecho —en una actuación imprudente— (41) y por tanto autoría. Pero además, la primera acción causa de modo objetiva y subjetivamente imputable e injustificadamente un desvalor del resultado (42), por mucho que haya sido causado inmediatamente por una conducta realizada sin desvalor de acción. Por ello, la unión de una conducta previa con pleno desvalor de la acción —ya que aquí concurre una puesta en peligro dolosa o imprudente referida a un desvalor del resultado y sin las razones que justifican la acción final— con el desvalor del resultado supone la total antijuridicidad de la acción previa junto con sus consecuencias en el sentido del tipo de lesión.

La responsabilidad se determinará según que exista dolo o imprudencia respecto del resultado final (43) (no respecto de la creación del peligro que fundamenta el estado de necesidad); y eso explica el hecho de que pueda haber responsabilidad meramente imprudente incluso aunque en la última fase la correspondiente acción en estado de necesidad haya sido dolosa (en el sentido de dolo «neutro»). Así p. ej., si un camión se aproxima peligrosamente a la entrada de un

(40) E incluso el interés (concepto más amplio que el de bien jurídico) lesionado puede ser algo superior al que se intenta salvar si se trata de un estado de necesidad defensivo, en que se reacciona contra la fuente del peligro.

(41) Cfr. al respecto ampliamente *Luzón Peña*, La «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 889 ss. (tb. en DPCir, 2.^a, 1990, 105 ss.; EPen, 1991, 197 ss.).

(42) Tb. *Dencker*, JuS 1979, 782, habla de «imputar el resultado desvalorado» a la conducta previa.

(43) *Küper*, Notstand, 1983, 50 ss., admite la aplicabilidad de la a.i.i.c. en el delito imprudente de resultado por su «apertura» típica (p. 57), pero la niega en el delito doloso de resultado (pp. 59 ss.), pues según él su comisión requiere más que la mera producción del resultado del hecho y la acción previa aún no posee el sentido de comienzo de la ejecución, sino el de acción preparatoria. Esta posición no me parece convincente (cfr. para más detalles *infra* V).

puente estrecho a pesar de que en sentido contrario viene un autobús con preferencia de paso, y entonces el conductor del camión, para no chocar con el autobús con el consiguiente peligro para la vida de muchas personas, se ve forzado a girar a la derecha y a lesionar a un peatón que estaba en ese arcén (44), tal conductor obra con dolo directo (de segundo grado) o con dolo eventual en la causación de las lesiones con su acción final, pero ese hecho está justificado por estado de necesidad y desaparece por ello el desvalor de la acción; no obstante, la acción previa imprudente, no cubierta por estado de necesidad, causa de modo objetivamente imputable el resultado de lesiones valorado negativamente, y por eso el sujeto responde en este caso por un delito de lesiones imprudentes (45).

b) Por las mismas razones, en tales causas de justificación excluyentes del desvalor de la acción, pero no del del resultado, es perfectamente aplicable la figura jurídica del autor mediato a través de instrumento que obra conforme a Derecho. Por eso nunca ha habido la menor dificultad en aceptarla p. ej. en el caso de provocación, mediante falso testimonio, de una condena conforme a Derecho (pero materialmente injusta) de un inocente.

c) Para concluir, hay que examinar una última crítica de *Roxin* contra la aplicación de la a.i.i.c. al supuesto de provocación de un estado de necesidad justificante (que, recuérdese, según la doctrina mayoritaria, es aquél en que se trata de salvar un interés superior a

(44) Un supuesto real en el que se inspira el ejemplo del texto, pero en el que no está tan claro si la situación de colisión provocada y finalmente producida es entre un interés —o conjunto de intereses— francamente superior frente a otro inferior (mientras que en el ejemplo del texto, al estar clara la preponderancia de la vida e integridad de múltiples personas frente a la integridad de una, para toda la doctrina hay un estado de necesidad justificante), es el de la STS 15-6-1971, RDCir 1971, 366 s.: un camión muy cargado desciende sin reducir ni cambiar a marcha más corta por un tramo de carretera con acusada pendiente, que termina en un puente debidamente señalizado y con preferencia de paso para la dirección contraria, y pese a que a la entrada del mismo y en su mismo carril se había detenido un autobús de viajeros que cedía el paso a un camión que venía por el puente en sentido contrario; y cuando el conductor del primer camión quiere frenar, ya muy cerca del autobús, le fallan los frenos y se encuentra ante la alternativa de, o chocar contra el autobús parado o eludir el choque desviándose a la izquierda, pero sin poder evitar finalmente dar contra el camión que venía en sentido contrario, causando la muerte a su conductor y lesiones a otros dos acompañantes. Por cierto que esta STS 15-6-1971, sin mencionar formalmente la construcción de la a.i.i.c., resolvió materialmente aplicando exactamente los principios de dicha figura.

(45) Así *Gimbernat*, Dos aspectos de la imprudencia etc., en: Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención, Univ. Valencia, 1975, 123 ss.; *Luzón Peña*, Estado de necesidad (incompleto) en un delito imprudente, RDCir 1985, 213 n. 2 (tb. en DPCir, 2.^a, 1990, 140 n. 2). Con razonamientos similares, la cit. STS 15-6-1971, RDCir 1971, 366 s., y *Luzón Domingo*, Nota a STS 15-6-1971, RDCir 1971, 367 s.

costa de otro menos valioso). Textualmente dice *Roxin* (46): «Tampoco merece apoyo la *actio illicita in causa* desde el punto de vista de política jurídica. En efecto, si el autor ha de pensar que al emprender el salvamento es cierto que va a estar justificado por esa acción salvadora, pero que va a ser castigado por su conducta previa, la mayoría de las veces se abstendrá de realizar la acción salvadora para no incurrir en responsabilidad penal. Y sin embargo, al ordenamiento jurídico ha de preferir el salvamento y con ello la preservación de los intereses de más valor, de tal modo que, si se impone una pena gracias a la *actio illicita in causa*, ¡estaría operando en contra de sus propios intereses!»

Frente a esta objeción se puede aducir lo siguiente (47):

En caso de estado de necesidad que afecte a *bienes jurídicos ajenos*, o sea, de causación de una situación de peligro para intereses de terceros no involucrados, no es cierto que el sujeto que ha creado dolosa o imprudentemente la situación de peligro pueda abstenerse luego de realizar la acción salvadora, y que causa un mal menor, con la finalidad de no incurrir en responsabilidad penal por la a.i.i.c. Pues en primer lugar, si el sujeto no interviene y tampoco hay ninguna otra persona que emprenda la acción salvadora, se realizará el

(46) AT 1, 1994, 616.

(47) Me limito a responder a la objeción de *Roxin* tal como él la plantea, es decir, en referencia a la provocación de un estado de necesidad por conflicto entre intereses desiguales (o sea, lo que mayoritariamente se considera estado de necesidad justificante). Pues naturalmente tal objeción no afecta al supuesto de provocación de un estado de necesidad por colisión entre intereses equivalentes, no sólo porque para *Roxin*, de acuerdo con la mayoritaria teoría diferenciadora, se trataría de provocación de una causa de exculpación, y no de una causa de justificación (aunque, a mi juicio, como he reiterado, sí es causa de justificación), sino en cualquier caso porque para esa situación de conflicto entre intereses equivalentes ya no valdría el fondo de la argumentación de *Roxin* de que «el ordenamiento jurídico ha de preferir el salvamento y con ello la preservación de los intereses de más valor» (de modo que obraría contra sus propios intereses si se impusiera una pena en virtud de la a.i.i.c.). Pues si se admite —como creo que hay que admitir— que en una colisión entre intereses equivalentes al ordenamiento le es indiferente cuál se salve y por eso permite la libertad de decisión del particular, entonces, aplicando la a.i.i.c. y castigando por su inicial acción dolosa o imprudente al provocador del estado de necesidad, no se producen en absoluto consecuencias contrarias a los intereses del ordenamiento: si la perspectiva de ese castigo por la a.i.i.c. pudiera disuadir en algunos casos al provocador de llevar a cabo la acción salvadora, se produciría la lesión de un interés equivalente al otro que finalmente no resultaría dañado, y, precisamente por ser equivalentes, el ordenamiento no tiene en principio preferencia por ninguno.

De todos modos, para esta situación de provocación de un conflicto entre intereses iguales también valen en gran medida los razonamientos que a continuación expongo en el texto para la provocación de un estado de necesidad por conflicto entre intereses desiguales.

peligro que él ha creado de una lesión de bienes jurídicos aún más grave, y por tanto el sujeto tendría que responder por ese delito más grave doloso o imprudente. Precisamente porque el ordenamiento jurídico prefiere la preservación de los intereses de más valor, para el caso de que se realice el peligro creado por el agente de lesión del interés de más valor prevé una pena superior a la que correspondería a la lesión del interés menos valioso, que también sería imputable a la acción previa. Por tanto, el sujeto de ningún modo se ve jurídicamente impedido para emprender la acción salvadora que causa el mal menor, sino que, por el contrario, está obligado a realizarla si quiere evitar la producción de un desvalor del resultado más grave y la correspondiente pena más elevada. Y en segundo lugar, no interviniendo en el momento del peligro, el sujeto tampoco puede eludir la pena porque un tercero lleve a cabo en su lugar la acción salvadora que causa el mal menor, pues la primera acción del autor, al crear el peligro y la situación de colisión, fuerza al tercero a realizar la acción salvadora y determina de ese modo su acción (permitida por falta de desvalor de acción, pero) que causa un desvalor del resultado; por consiguiente el provocador es responsable, como autor mediato —doloso o imprudente— a través de un instrumento que actúa lícitamente, de la lesión del bien jurídico directamente producida por el tercero y que supone un desvalor del resultado. Es decir, que en tal situación el sujeto que crea el peligro incurriría igualmente en responsabilidad penal tanto si posteriormente actúa como si no actúa y deja que intervenga un tercero; lo que significa que no puede evitar la responsabilidad penal omitiendo su propia acción salvadora y por tanto no tiene ningún motivo (penal) para no salvar el bien jurídico que él mismo ha puesto en peligro.

Por lo demás, el ordenamiento jurídico quiere que el interés más valioso puesto en peligro sea salvado o por el autor o por un tercero, pero prefiere que lo sea por la intervención del provocador, ya que éste, por haber creado el peligro, tiene un especial deber de evitación, cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad por un delito comisivo, mientras que el tercero no involucrado al principio tiene simplemente la facultad de actuar o a lo sumo un deber simple de actuación derivado de los tipos de omisión propia (p. ej. por el delito de omisión de socorro). En cualquier caso, el sujeto estará más bien interesado en realizar su propia acción salvadora pese a sus efectos de fundamentar su punibilidad, ya que de ese modo se puede esforzar de manera especialmente intensa por evitar con seguridad la lesión más grave y la consiguiente pena mayor, y simultáneamente intentar conseguir que se produzca una lesión lo menor posible del interés menos valioso con su correspondiente atenuación en la determinación de la pena, cosa que posiblemente no lograría la intervención de un tercero.

En el caso del estado de necesidad para *bienes jurídicos propios* la situación es ciertamente distinta, pues si el sujeto no interviene

activamente para salvar un bien jurídico propio que él mismo ha puesto en peligro, naturalmente que no es responsable penalmente por su autolesión. Pero en la mayoría de los casos se tratará de un peligro para un interés propio que es considerablemente superior al otro interés que hay que perturbar para salvar el propio. Por ello, la perspectiva de una pena proporcionalmente leve —y en caso de mera imprudencia aún más leve—, que conforme a la a.i.i.c. se impondría al sujeto por la lesión del bien jurídico menos valioso, normalmente no será suficiente para contrarrestar el temor del sujeto a la pérdida de su vida, su integridad u otro bien importante. En definitiva, pese a la pena, que con justicia debe imponerse por la causación reprochable de un desvalor del resultado mediante la acción previa, se preferirá el mal menor y se evitará el mal mayor, y ésta es una conducta que también prefiere el ordenamiento jurídico a pesar de la provocación (excepto en el caso de una provocación especialmente grave —intencional— del necesitado).

En una palabra: que se puede castigar tranquilamente al sujeto por su a.i.i.c. —lo que además es justo—, pues el mismo estará no obstante más interesado en realizar la acción de estado de necesidad salvadora del interés más valioso.

V. ¿RESTRICCIONES A SU APLICACIÓN DERIVADAS DE LAS EXIGENCIAS DE TIPICIDAD?

1. Por consiguiente, en caso de provocación dolosa o imprudente de una causa de justificación que sólo excluya el desvalor de la acción, en principio y *materialmente*, o sea, desde la perspectiva del injusto y de los intereses político-criminales, está totalmente justificado castigar por delito doloso o en su caso imprudente mediante la construcción de la a.i.i.c. Pero podría haber un obstáculo *formal* a la aplicabilidad de la a.i.i.c. si la conducta en su conjunto, a pesar del desvalor de acción de la acción provocadora y de la causación de un desvalor del resultado, no se ajustara a las exigencias del tipo.

Ya he aludido anteriormente [IV.3 a)] a que en delitos con modalidades de ejecución legalmente descritas el principio de legalidad podría impedir la subsunción de la conducta en el tipo correspondiente, mientras que en los delitos puros de resultado no parece haber problemas de tipicidad. Y efectivamente, algunos autores opinan, en este sentido, que la vinculación de un castigo a la conducta previa conforme a la a.i.i.c. fracasa ya en aquellos tipos que requieren una conducta con una específica modalidad típica y no una mera causación del resultado: pues la colocación de una causa de la posterior modalidad de acción legalmente requerida mediante la creación de una situación de estado de necesidad aún no constituye en sí misma esa modalidad típica de acción, con lo cual el intento de subsunción

de la mera causación en la acción descrita por el tipo vulnera la prohibición de analogía (y en consecuencia opinan, p. ej. que en el «caso de la huida del lugar del accidente» [sent. BGH 11-10-1968, VRS 36 1969, 23] la causación de un accidente de tráfico con dolo eventual —también respecto de la necesidad de tener que huir después para evitar ser apaleado por otras personas que lo presenciaron— no es ni una huida ni una tentativa de huida del lugar del accidente en el sentido del § 142 StGB, que castiga tal fuga; y que en el llamado «caso de las heces fecales» [sent. BayOLG 26-5-1978, NJW 1978, 2046], en el que el conductor de un camión con una pesada carga de inmundicias penetra imprudentemente por un camino de tierra poco firme y, al atascarse el camión y amenazar con volcar y sufrir graves daños el vehículo, el conductor decide vaciar la carga en la finca colindante contravieniendo lo dispuesto en la ley alemana de basuras y residuos —AbfG—, entienden, en contra de la sent. cit. del BayOLG, que el hecho de introducirse imprudentemente con el camión muy cargado de desechos no es un vertido de residuos en el sentido de los tipos de los §§ 4 I y 18 I, 1.º de la AbfG) (48).

Prescindiendo de casos concretos, esta solución parece bastante convincente: pues la acción posterior, que realiza la modalidad comisiva requerida por el tipo, está cubierta por una causa de justificación excluyente del desvalor de la acción —v. gr. por estado de necesidad— y por tanto no es antijurídica, por lo que de ella no puede derivarse responsabilidad alguna; y la conducta previa dolosa o imprudente, que implica desvalor de acción y conduce a un desvalor del resultado, es decir, que «materialmente» supone un injusto, sin embargo no es subsumible como tal en la forma típica de ejecución y por tanto no es típica.

Ahora bien, ciertamente se podría pensar en superar esas dificultades para aplicar la *actio illicita in causa* en dichos tipos mediante analogía con la *actio libera in causa* (49). Así, una buena parte de las variantes de la teoría de la a.i.i.c., tanto defensores del «modelo

(48) Así Roxin, AT I, 1994, 615 s., apoyándose en Küper, Notstand, 1983, 101, 154 ss. (aquí ciertamente dubitativo en cuanto al caso de las heces fecales), y en Dencker, JuS 1979, 783. Küper, cit., expone ya en pp. 50-55 su rechazo a la aplicación de la a.i.i.c. a delitos imprudentes con determinadas modalidades comisivas tipificadas, fundamentándolo (pp. 54 s.) en que, como debido al principio *nullum crimen sine lege* en Derecho penal la antijuridicidad de un hecho está unida a los límites del tipo respectivo, es inadmisibles renunciar a la congruencia entre conducta típica y antijurídica y unir un hecho en estado de necesidad, típico pero no antijurídico, con una acción previa imprudente y materialmente antijurídica, pero no (totalmente) típica, formando de ese modo una especie de «tipo mixto» que la ley no conoce.

(49) Plantean esa posibilidad (aunque luego la resuelven negativamente) Dencker, JuS 1979, 783; Küper, Notstand, 1983, 52 ss.

de la excepción» como del «modelo del tipo» (50) [o, con otra terminología, partidarios de la «teoría de la anticipación», pero también una parte de los adeptos de la «solución de la tentativa» (51)], sostienen que, en caso de provocación dolosa o imprudente de un estado de inculpabilidad causante de la comisión del hecho, la construcción de la a.l.i.c. también es aplicable a delitos con modos de ejecución típicamente descritos y no sólo a delitos puramente resultativos. Para el modelo de la excepción (o teoría de la anticipación de la culpabilidad) dicha solución no plantea la menor dificultad, pues según esta concepción el tipo que requiere un determinado modo comisivo se realiza con la segunda acción (inculpable), y lo único que sucede es que excepcionalmente la culpabilidad no se constata durante la comisión del tipo (de injusto), sino en el momento anterior de la primera acción que provoca el estado defectuoso (o sea, que crea la inimputabilidad). Pero incluso desde la perspectiva del modelo del tipo (o de la tipicidad), que conecta ya la imputación a la conducta que provoca la inculpabilidad y que es considerada como causación dolosa o imprudente del resultado típico —es decir, en caso de dolo como tentativa causante del resultado— y por eso como una realización del tipo que es culpable en el momento de su comisión, hay algunos partidarios de este modelo que también consideran aplicable la a.l.i.c. a los tipos con modalidades comisivas determinadas, ya que creen que la punibilidad no requiere que el sujeto realice (scil. todas) las peculiaridades de la acción típica en estado de imputabilidad (52). Como se ve, de una manera o de otra se renuncia a la coincidencia temporal —o al menos a la total coincidencia temporal— entre culpabilidad y realización del tipo de injusto.

No obstante, parece inadmisibles transferir este procedimiento a los casos de la *actio illicita in causa* y renunciar a la coincidencia temporal entre cumplimiento del tipo y antijuridicidad, considerando suficiente como realización de las peculiaridades del tipo en cuanto a la acción ejecutiva la segunda acción no antijurídica, p. ej. justificada por estado de necesidad, y situando, en cambio, el momento de la antijuridicidad —por contener el desvalor de la acción y causar el desvalor del resultado— en la primera acción provocadora, que según el modelo de la excepción ni siquiera sería típica y según el modelo del tipo (o de la tipicidad) no sería completamente típica en delitos de esa clase. Y parece inadmisibles, por una parte, porque una realización justificada del tipo nunca puede acarrear responsabilidad (53), y por otra parte, porque en virtud del principio *nullum*

(50) Así la terminología, posteriormente muy extendida, de *Neumann*, *Zurechnung und «Vorverschulden»*, 1985, 24 ss.

(51) Denominaciones formuladas por *Küper*, *Notstand*, 1983, 82 ss.

(52) Así p. ej. *Roxin*, *AT*, 1994, 757.

(53) Y eso si se utiliza la terminología de la concepción mayoritaria de que

crimen sine lege en Derecho penal no puede haber injusto sin realización del tipo, sino que sólo puede haber injusto típico, o sea, congruencia entre conducta antijurídica y típica, ya que la tipicidad es «el *prius* no sólo lógico-sistemático, sino también propio del Estado de Derecho, de la antijuridicidad» (54).

2.a) Por tanto, en el aspecto formal, es decir desde la perspectiva de la tipicidad, sólo se puede aceptar la aplicabilidad de la *actio illicita in causa* en los delitos puros de causación o de resultado, que carecen de tipificaciones especiales de la forma de acción (55). No obstante, antes de que podamos confirmar definitivamente esta tesis, hay que examinar una posición parcialmente divergente de Küper, que se ocupa a fondo de esta cuestión (56).

Según Küper, en el delito doloso de resultado el resultado típico ha de imputarse a una acción ya típica en sí misma, o sea, que suponga ya un comienzo de ejecución y con ello una tentativa. En su opinión, es cierto que la provocación dolosa de una situación de estado de necesidad causa dolosamente el posterior resultado, pero comisión de un hecho es algo distinto a la mera causación del resultado: pues la acción típica sólo comienza con la tentativa, o sea, con el hecho de disponerse inmediatamente a realizar el tipo, mientras que la conducta previa dolosa que desencadena el estado de necesidad no es más que un acto preparatorio, es decir, un estadio previo a la acción típica (57); y las acciones de planificación y preparación, pertenecientes a una zona típicamente neutra, como p. ej. la compra de un hacha, no pierden esa neutralidad por mucho que en definitiva se pueda reconducir a ellas el resultado, p. ej. los daños producidos con ese instrumento (58). Küper reconoce que la acción de provocación posee una cierta peligrosidad para el bien jurídico finalmente lesionado (59), que «el autor crea consciente y volunta-

la conducta puede ser típica aunque no sea antijurídica; es decir, por no hablar de que, según la concepción del tipo total de injusto (o teoría de los elementos negativos del tipo, que personalmente comparto: cfr., entre otros trabajos míos, Luzón Peña, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, 251 n. 443; El error sobre causas de justificación: algunas precisiones, LL 1989-3, 576 ss.; tb. en: EPen, 1991, 72 ss.; Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites de una causa de justificación, PJ 19-1990, 291 ss.; tb. en: LL 1991-1, 357 ss.; EPen, 1991, 97 ss.; Antijuridicidad, Causas de justificación, Error de tipo y error de prohibición, Error sobre causas de justificación, Tipo (penal), en: EJCiv, 1995, 472 s., 989 ss., 2838 ss., 2845 ss., 6543 ss.), una realización justificada meramente de la parte positiva del tipo ni siquiera realiza el auténtico tipo, es decir, el tipo total de injusto.

(54) Así la argumentación de Küper, Notstand, 1983, 55.

(55) Así tb. Dencker, JuS 1979, 782.

(56) Notstand, 1983, 55 ss., 59-89.

(57) Küper, Notstand, 1983, 59-64.

(58) Küper, Notstand, 1983, 62.

(59) Küper, Notstand, 1983, 65.

riamente un peligro para bienes propios que luego le “fuerza” —conforme a su plan— a lesionar en estado de necesidad (conforme a Derecho) el bien ajeno objeto de su intervención, si en esa situación no quiere soportar el peligro con sus consecuencias» (60), y que el dominio del hecho del autor sobre la segunda acción se ve «reducido psicológicamente por la coacción de tener que defenderse» (61). Pero a pesar de ello opina que la acción previa le falta la inmediatez del disponerse a actuar, ya que tras la provocación aún ha de producirse, primero, un resultado en forma de peligro para los bienes jurídicos propios, y a continuación la segunda acción de defensa frente al peligro; y en ese sentido cree que es decisivo el hecho de que, aunque ya esté fundada la situación de estado de necesidad, el suceso no se ha «soltado de las manos» en absoluto, sino que el autor aún ha de dar él mismo el paso decisivo de la acción salvadora, y sobre ello decide «él solo en virtud de su dominio del hecho —aunque reducido psicológicamente por la coacción de tener que defenderse—» (62).

A su juicio, tampoco existe el menor paralelismo entre estos casos de la *actio illicita in causa* y las figuras jurídicas de la *actio libera in causa* dolosa y de la autoría mediata, en las que ya se puede considerar como tentativa la acción provocadora en caso de delitos de resultado: Así expone que en la a.l.i.c. se requiere para la tentativa que se produzca una total incapacidad de culpabilidad y no sólo una disminución de la misma, de tal modo que el sujeto haya perdido el dominio sobre el acontecer posterior, lo que en cambio no sucede en la a.i.i.c.; y que en la autoría mediata un sector considera ya como comienzo de la tentativa la acción del autor mediato que incide sobre el autor directo, porque la actividad de aquél, y no la del instrumento (que obra de modo análogo a una fuerza de la naturaleza), es la única que puede decidir sobre el comienzo de la ejecución típica. Pero en cambio, dice Küper, en la a.i.i.c. durante las dos fases del suceso —incluyendo la segunda, de defensa frente al peligro— el agente actúa como autor que domina directamente y sin introducir a una persona intermedia el curso del acontecimiento y lo mantiene «en la mano» (63).

(60) Küper, Notstand, 1983, 70.

(61) Küper, Notstand, 1983, 72.

(62) Küper, *op. cit.*, 70-72.

(63) Küper, Notstand, 1983, 72-78. Por lo demás, en pp. 81-87 rechaza una aplicación paralela a la a.i.i.c. de los modelos de fundamentación de la a.l.i.c., tanto la de la «solución de la tentativa», dado que la acción previa aún no supone disponerse inmediatamente a realizar el tipo y por tanto aún no es una tentativa, como la de las «teorías de la anticipación», porque —como ya expone en p. 55 (a mi juicio, de modo en sí mismo correcto: cfr. *supra* el texto correspondiente a la nota 54)— la ley no conoce una especie de «tipo mixto» compuesto de una acción de estado de necesidad, típica pero no antijurídica, y de una actuación precedente, que ciertamente desencadena ilícitamente un estado de necesidad, pero que no llega a

Aparentemente —continúa este autor— puede haber una excepción en casos de escasa distancia temporal entre la creación del peligro y la acción salvadora, pues si se da tal inmediatez y estrecha conexión temporal, para la concepción natural de la vida los actos parciales forman una unidad y se puede valorar ya la provocación de la situación de peligro como comienzo de la comisión típica; pero precisamente ello tendría la sorprendente consecuencia de que en ese caso concurriría simultáneamente una agresión ilegítima «actual» al objeto de protección, contra la cual se podría defender su titular en legítima defensa, y como eso haría imposible la justificación de la «acción de estado de necesidad», ésta ya no sería antijurídica *in causa*, sino *in actu* (64).

De todo lo expuesto, para Küper se deriva que es inaceptable la *actio illicita in causa dolosa* en caso de provocación de un estado de necesidad justificante; pero en su opinión, como los delitos imprudentes de resultado son «abiertos hacia el pasado» y no contienen el límite temporal del disponerse inmediatamente a actuar, propio de los delitos dolosos, siempre queda la posibilidad de recurrir a una *actio illicita in causa imprudente*, o sea, que la creación dolosa de una situación de estado de necesidad, que finalmente conduce al resultado lesivo, puede utilizarse como base de una responsabilidad por imprudencia, ya que esa conducta previa también desprecia la prohibición co-contenida en el tipo imprudente de crear «sin cuidado», es decir sin la debida consideración a bienes ajenos, situaciones de colisión que pueden desembocar en una lesión (65).

b) A mi juicio, no se puede compartir esta posición. Es cierto que, para que sea aplicable la a.i.i.c. a hechos dolosos, ha de haber una acción previa no sólo dolosa y que revele desvalor de acción, sino que sea ya típica, para poder imputarle la causación del desvalor del resultado; pero la provocación dolosa de una causa de justificación excluyente sólo del desvalor de la acción constituye ya una tentativa, es decir, una acción típica.

En efecto, si el sujeto con su acción provocadora crea una situación de colisión en la que se ve forzado a realizar una acción (que excluye el desvalor de la acción, pero sí que causa un desvalor del resultado), entonces resulta que precisamente no es libre el hecho de emprender esa segunda acción, y que su elección u omisión ya no

ser típica, y con ese procedimiento habría que renunciar a la requerida congruencia entre conducta típica y antijurídica.

(64) Küper, Notstand, 1983, 78 ss.

(65) Cfr. Küper, Notstand, 1983, 60, 69 s., 81, 88 s. En p. 88 insiste en que este resultado no es insatisfactorio, puesto que de todos modos, en determinadas clases de provocación dolosa de la situación de estado de necesidad la ponderación de intereses puede tener la consecuencia de que ya esté excluida *in actu* la justificación del estado de necesidad.

queda totalmente a la libre decisión, «en las manos» del sujeto. Esa falta de libertad puede deberse por una parte a la coacción psicológica a causa del peligro para importantes bienes jurídicos propios que fundamenta el estado de necesidad, pero por otra parte puede basarse también en una coerción jurídica para actuar: pues si p. ej. la provocación del estado de necesidad crea un peligro para bienes jurídicos *ajenos*, el provocador estará obligado jurídicamente a actuar en estado de necesidad si quiere evitar su responsabilidad por el eventual resultado lesivo. Y ello nos proporciona precisamente la fundamentación del hecho de que en la acción provocadora el sujeto ya tiene —al menos en su arranque— el dominio del hecho sobre el curso ulterior de los acontecimientos, incluyendo la acción posterior, y ello a su vez significa disponerse inmediatamente a realizar el tipo de resultado, es decir, el comienzo de la ejecución y por tanto una tentativa (típica) (66).

Es posible que sea correcto exigir para la existencia de tentativa acabada que el curso del acontecimiento se haya escapado ya totalmente de las manos del sujeto; pero eso no es necesario para la existencia de una tentativa inacabada, para la que basta el comienzo de la acción de ejecución, que en los delitos puros de resultado ya concurre si hay una conducta que domine el curso del acontecimiento mediante la creación de una situación coactiva (que *supra*-determina la segunda acción directamente lesiva). Y también en el supuesto de la autoría mediata con instrumento que obra lícitamente —p. ej. en estado de necesidad—, el dominio del hecho del autor mediato y con ello el comienzo de su ejecución del hecho se fundamenta en la creación de una situación coactiva para el ejecutor directo, que de ese modo no puede decidir libremente sobre la comisión del hecho, y para el dominio del hecho del sujeto de atrás no es necesario que el instrumento se encuentre en un estado de total inimputabilidad. Así pues, el paralelismo con la situación de la a.i.i.c. es total: el provocador de la situación de estado de necesidad para bienes jurídicos propios o ajenos se utiliza a sí mismo efectivamente como instrumento que obra lícitamente (sin desvalor de acción en el momento de causar directamente un resultado desvalorado).

Por eso, esa acción de provocación no se parece en absoluto al mero acto preparatorio, como podría ser el del ejemplo mencionado de la compra de un hacha para cometer después unos daños o unas lesiones, en el que el sujeto después de la compra aún sigue pudiendo decidir libremente si emprende o no la ejecución del hecho (67). Por

(66) En el mismo sentido respecto de la provocación dolosa en la legítima defensa (que en cambio, como se vio más arriba, personalmente considero inidónea para la aplicación de la a.i.i.c.), *Lenckner*, GA 1961, 304 s.; así tb. básicamente *Bertel*, ZStW 84 1972, 25 s.

(67) *Küper*, Notstand, 1983, 65, justifica la consideración de la provocación

tanto, a la provocación, en cuanto tentativa típicamente antijurídica (que supone un desvalor de acción), se le puede imputar perfectamente la causación del desvalor del resultado determinada (dominada) por ella. Y finalmente hay que añadir que no es cierto que si la provocación de la situación de estado de necesidad constituye ya en sí misma una tentativa, será simultáneamente una agresión ilegítima actual a bienes jurídicos ajenos, contra la que podría reaccionar su titular en legítima defensa (68). Y no es cierto, porque no toda tentativa ha de ser ya una agresión actual fundamentadora de legítima defensa (69): con la provocación de la situación de estado de necesidad, que supone ya una tentativa, todavía no se pone en peligro, en el sentido de una agresión, los bienes jurídicos del tercero; la agresión a sus bienes (y su puesta en peligro) sólo comienza cuando el provocador se dispone inmediatamente a emprender la acción en estado de necesidad, pero ésta está justificada como tal —por exclusión del desvalor de la acción— y por tanto no es una agresión ilegítima contra la que cupiera legítima defensa.

c) Como conclusión de todo lo dicho resulta que en los delitos puros de resultado tampoco hay el menor obstáculo desde el punto de vista formal de la tipicidad para aplicar la *actio illicita in causa* tanto a la provocación dolosa como a la imprudente de una causa de justificación que —como en el caso paradigmático del estado de necesidad— excluya el desvalor de la acción, pero no el del resultado.

del estado de necesidad como mero acto preparatorio aduciendo que «tal actuación, a pesar de una cierta “peligrosidad”, normalmente aún no afecta gravemente al orden social,... y además en ese temprano estadio la voluntad del sujeto se puede modificar discrecionalmente». Pero es que precisamente esto último no es cierto: debido a la coacción creada por el autor —que incluso puede consistir en un deber jurídico de actuación—, la voluntad del sujeto *no* se puede modificar *discrecionalmente*.

(68) Este argumento utilizado por Küper para casos de inmediatez temporal de la acción en estado de necesidad (ver *supra* el texto correspondiente a la n. 55) fue aducido por primera vez por Roxin, ZStW 75 1963, 548, para la provocación en la legítima defensa.

(69) Así, con razón, Bertel, ZStW 84 1972, 21.

Los límites del *ius puniendi*

M.^a DOLORES FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Profesora titular de Derecho penal. Universidad de Murcia

En la hora actual, no parece viable la propuesta «abolicionista» del Derecho penal; en efecto, sólo de utópica puede ser calificada la posibilidad de prescindir de ese instrumento de control social formalizado para la prevención y represión de los ataques más intolerables a los bienes jurídicos que hace posible la pacífica convivencia ciudadana.

Además, puede tratarse de una utopía peligrosa y profundamente regresiva, aunque desde determinados sectores se haya presentado como una opción progresista. Como ha expresado Hassemer, con frase muchas veces repetida, «quien pretenda abolir el Derecho penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú» (1); obviamente se corre el peligro de que sea sustituido por cualquier otro sistema que —incluso— sea todavía peor, entre otras cosas, por significar menos garantías para los ciudadanos al carecer de la *formalización* que hoy informa todo el Derecho penal.

Así —afirma— «el control social jurídico-penal dice, públicamente y por escrito, con toda la precisión posible, antes de que se haya cometido la infracción concreta, cuál es la conducta que califica de desviada, cuál es la sanción con la que sancionará dicha conducta y cuál es la forma en que la impondrá, la autoridad que será competente para imponerla y las garantías o, en su caso, los recursos que se conceden... También establece un escenario en el que el acusado tiene la oportunidad de defenderse e intervenir, de repetir el discurso y de controlar si se respetan las normas establecidas para ello... Finalmente, sitúa el control social en un plano en el que, lejos del odio y de la carga emocional que a veces despierta el comportamiento desviado, dominan el distanciamiento, la tranquilidad y el equilibrio».

(1) Cfr. W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de F. MUÑOZ CONDE y L. ARROYO ZAPATERO, Barcelona, 1984, pp. 400 y s.

El Derecho penal existe porque sin él, es decir, sin la sanción de los comportamientos delictivos, la convivencia humana sería imposible; la pena es una condición indispensable para el buen funcionamiento de los sistemas sociales, una amarga necesidad a la que no parece posible renunciar en este momento histórico y quizá tampoco en un futuro inmediato (2).

Rechazada, pues, por utópica la pretensión de prescindir del Derecho penal hay que reconocer —sin embargo— que no pocos de los planteamientos hasta el presente indiscutidos se encuentran actualmente en franca crisis. De todas formas la crisis es algo inherente al Derecho penal en cuanto ejercicio de poder plasmado en un conjunto normativo, al menos desde la aparición del Estado moderno surgido de la Ilustración y que se enfrenta —fundamentalmente— al dilema de optar entre la libertad y la seguridad. Nos encontramos, en definitiva, ante una crisis de legitimación.

La tensión al respecto se ve incrementada frecuentemente por la evidencia de que en el ámbito científico se abordan construcciones de tipo garantista y limitadoras del poder punitivo del Estado en defensa de las libertades ciudadanas y, por el contrario, en las legislaciones penales se advierten no pocos rasgos autoritarios que cristalizan en un creciente intervencionismo punitivo. Se trata, en último término, de una concreta manifestación de lo que suele denominarse en el mundo de la ciencia política *estatalización de la sociedad* y que supone una progresiva injerencia en el terreno de los derechos individuales.

En cualquier caso, un Derecho penal construido sobre la dramatización de la criminalidad y que sacrifica todo a la contundencia y a la eficacia implica la quiebra de principios políticos hoy irrenunciables. Además, los beneficios sociales de tales planteamientos son mínimos y el precio a pagar excesivamente alto. Incluso, a la larga, un Derecho penal así concebido «perderá su fuerza de convicción» (3).

Está claro que el *ius puniendi* se puede fundamentar en muy diferentes opciones políticas y la propia historia del Derecho penal pone de relieve que se trata del menos neutral de los Derechos. Así, un Estado de corte totalitario y —por ello— negador de los derechos y libertades fundamentales, genera un Derecho penal ciegamente represivo; por el contrario, un Estado realmente democrático da paso a un Derecho penal respetuoso con los derechos y libertades de todos y moderado en las respuestas sancionadoras.

Así, pues, las leyes penales son el reflejo de una determinada forma de entender la sociedad y el Estado. Y la Constitución española

(2) Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, p. 121.

(3) Cfr. W. HASSEMER, «El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”», traducción de F. MUÑOZ CONDE, en *Estudios penales y criminológicos*, XV, Universidad de Santiago de Compostela, 1992, p. 198.

de 1978 establece un modelo limitador de la intervención estatal en la vida de los ciudadanos a través de un reconocimiento de los derechos individuales que condiciona todo el ordenamiento jurídico. El punto de partida es la proclamación de un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores supremos de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1-1). De ello se derivan una serie de principios que deben ser respetados por todos; por los ciudadanos y por los poderes públicos (tanto en el momento de elaboración de las leyes como en el de su aplicación), como precisa el artículo 9.1.

Además, en el prólogo del título dedicado a los derechos y deberes fundamentales (art. 10.1) proclama el Texto constitucional que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

La legitimidad del *ius puniendi* estatal y del Derecho positivo que lo articula procede de la Constitución y —lógicamente— en la misma encuentra tajantes limitaciones, como corresponde a un Estado social y democrático de Derecho. De ello se deduce la imperiosa necesidad de que el Derecho Penal respete y no sólo formalmente determinados principios inspiradores de todo el sistema.

La doctrina española, sobre todo en los últimos años, ha mostrado una preocupación creciente por la catalogación de estos principios limitadores de la intervención punitiva y por su encaje en la órbita constitucional (4). Los repertorios que se han ofrecido, siempre crecientes en su contenido, aluden por ejemplo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de intervención mínima, de necesidad y utilidad de la intervención penal, de culpabilidad, de responsabilidad subjetiva, de proporcionalidad, de legalidad, de presunción de inocencia, de humanidad, *in dubio pro reo*, preventivo, de seguridad jurídica, de prohibición de penas inhumanas o degradantes, de igualdad ante la ley, de orientación de las penas privativas de libertad a la resocialización, etc. Creo que puede afirmarse al respecto que las clasificaciones son tantas como autores se han ocupado de las mismas.

En cualquier caso, es posible que —con ciertos matices— no le falte razón a Muñoz Conde cuando afirma que todos estos principios bien pudieran reducirse a dos fundamentales (el de intervención mínima y el de intervención legalizada del poder punitivo del Estado) y que no pocos de los antes aludidos no suponen más que aspectos

(4) *Vid.* por todos J. A. MARTOS NÚÑEZ, «Principios penales en el Estado social y democrático de Derecho», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1991, pp. 217 y ss.

muy concretos o diversas formas de aparición de éstos (5). A veces, incluso, las discrepancias son exclusivamente de tipo terminológico.

Más adelante, y al examinar en concreto los límites exigibles al poder punitivo del Estado español, tendré oportunidad de ofrecer mi personal punto de vista al respecto. Ahora, me limitaré a señalar la dimensión estrictamente procesal de alguno de los principios que el afán de exhaustividad reinante en la materia ha ubicado entre los penales.

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Los límites a la libertad que establece el Derecho penal no son solamente límites a la libertad individual, sino también límites a la intervención estatal. Y precisamente el principio de legalidad (o de intervención legalizada) sirve para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo del Estado.

Su consolidación actual es, por ello, el resultado de un largo proceso no siempre pacífico. A pesar de su tradicional formulación latina (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) no procede del Derecho romano, sino de un momento histórico muy posterior en el que confluyen una serie de circunstancias que lo hicieron posible. Supone que nadie puede ser castigado por la conducta realizada si ese hecho no está previamente descrito en la ley como delito. Las relaciones entre los individuos y el poder punitivo del Estado deben estar previamente previstas en la ley.

1. Orígenes, consolidación y crisis

Como es sabido, constituye un lugar común a no pocos estudiosos de esta problemática la referencia a la *Magna Charta* inglesa de 1215 —otorgada a los nobles por el Rey Juan sin Tierra— como el documento del que arranca el principio legalista. Sin embargo, la norma invocada no excluye expresamente el uso de la analogía o del Derecho consuetudinario, pero en su más íntima motivación se avecina al principio aludido porque consagra una limitación, de carácter marcadamente político, del poder del rey y de los jueces y —consecuentemente— estableció determinadas garantías de libertad. Sólo en este sentido, y a pesar de la índole aristocrática de la *Magna Charta*, puede ser considerada como un precedente del dogma legalista.

Hasta el siglo XVIII no habría de producirse la sustancial transformación político-social que, como subraya Beling, incidió de ma-

(5) Cfr. M. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1993, p. 66.

nera condicionante en este ámbito y en toda la fisonomía del Derecho penal (6): se cuestiona la arbitrariedad de los jueces utilizada al servicio de la represión y se postula la consolidación de la separación de poderes.

Nace, pues, en este momento histórico la concepción moderna del principio. Sobre todo en Italia se ha discutido si la primacía en su elaboración debe ser atribuida a Beccaria o a Feuerbach; en cualquier caso, lo que resulta indudable es que al segundo de los autores mencionados se debe la formulación técnica con el mencionado aforismo latino, que de tanta fortuna y difusión ha disfrutado desde entonces. El principio de legalidad representa una de las más serias conquistas de la época moderna y una segura salvaguardia de la libertad individual, hasta el punto de constituir uno de los fundamentales principios del Derecho penal moderno, al menos del configurado según cánones de índole liberal y al estilo continental europeo. La defensa de las libertades se construye sobre la inteligencia de que la intervención represiva es la excepción y la libertad la regla general.

El principio de legalidad nació, pues, no sólo como exigencia de seguridad jurídica (que permitiese el conocimiento previo de los delitos y de las penas), sino también —y sobre todo— como garantía de que el ciudadano no podía verse sometido por el sistema y por los jueces a sanciones no admitidas por el pueblo, habida cuenta que el establecimiento de las penas en la ley exigía la participación de la ciudadanía.

El dogma legalista es fruto del liberalismo político que, en un primer momento, inspiró *desde fuera* el nacimiento de un nuevo sistema penal. Posteriormente, como ya tuve oportunidad de indicar, la preponderancia de la dimensión técnica del principio propició su inserción *dentro* del sistema penal.

La crisis más seria del principio de legalidad aparece cuando se le despoja de contenido político y convierte en simple exigencia técnica. Así concebido no resulta demasiado incómodo para los dictadores y, por ello, se consagra también en los códigos de los Estados autoritarios.

En el Código penal franquista el principio de legalidad de los delitos y de las penas ofrecía prácticamente la misma fisonomía que en el hoy vigente en España. Con escrupuloso respeto del mismo se cercenaron inalienables libertades ciudadanas y se intentó eliminar a los políticamente discrepantes. Parece evidente que los efectos de garantía derivados del principio dependen, esencialmente, de la organización política en que el mismo se inserte. No basta que el poder se ajuste al Derecho; el origen de ese Derecho es determinante para

(6) Cfr. E. BELING, «Il significato del principio “nulla poena sine lege poenali” nella determinazione dei concetti fondamentali di Diritto penale», traducción de E. VITO, en *La Giustizia penale*, 1931, I, col. 319.

que nos encontremos —o no— ante un Estado realmente democrático (7).

Bien es cierto que si el principio puede aparecer como formalmente respetado en algunos sistemas totalitarios, otros —por razones obvias— lo eliminaron drásticamente. Al respecto, son frecuentemente invocados los ejemplos del Derecho penal ruso-soviético de la primera hora o el alemán nacional-socialista.

Otras crisis sufridas por el principio obedecen a planteamientos de signo bien diferente y responden, en opinión de Glaser, al carácter *cíclico* del mismo; se preconiza el relajamiento del estricto legalismo y para ello se invocan —precisamente— las mismas argumentaciones que dieron lugar a su nacimiento: la justicia, la libertad y los derechos de la ciudadanía (8).

En este sentido se ha destacado la Nueva Defensa Social cuyos principios están en franco desacuerdo con las fórmulas apriorísticas en que se basa el principio de intervención legalizada, hasta el punto de que, como afirma Rodríguez Mourullo, éste «queda privado de sentido» en el marco de la doctrina de la Nueva Defensa Social (9).

2. El principio de legalidad en España

La consagración del principio de legalidad constituye una constante del ordenamiento jurídico español a lo largo de los siglos XIX y XX, tanto en el ámbito constitucional como en el estrictamente jurídico-penal.

Las garantías tradicionalmente denominadas criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución se contienen —respectivamente— en los artículos 1, 23, 80 y 81 del Texto penal; reforzándose con las previsiones del artículo 2 la vigencia del dogma legalista.

También se limita la intervención punitiva del Estado en la propia Constitución de 1978, al garantizarse el principio de legalidad (art. 9.3) con carácter general, en cuanto exigencia de sumisión de todos los poderes públicos a la ley.

Concretamente, en su dimensión penal, el principio aparece expresado en el artículo 25.1 del Texto constitucional: nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momen-

(7) Cfr. G. LANDROVE DÍAZ, «Funciones y fines del Derecho penal», en *Funciones y fines del Derecho (Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista)*, Universidad de Murcia, 1992, p. 98.

(8) Cfr. S. GLASER, «Le principe de la legalité en matière penale, notamment en droit codifié et en droit contumier», en *Revue de Droit penal et de Criminologie*, 1966, p. 108.

(9) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1965, p. 776.

to de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. No pocas críticas ha recibido esta formulación del principio de legalidad. Y, en efecto, no recoge todas las vertientes del mismo; de forma clara sólo cabe deducir la irretroactividad de las leyes penales; el término «legislación» es equívoco; no se mencionan las garantías jurisdiccional o de ejecución, ni se alude a las medidas de seguridad. Pese a todo —se ha dicho— no parece seriamente discutible la afirmación de que en el Texto constitucional se establece una reserva absoluta de ley en materia penal (10).

Un paso más en la materia se ha dado por nuestra doctrina en los últimos años y después de un extendido debate: con base en el artículo 81.1 de la propia Constitución, se estima mayoritariamente que las leyes penales han de ostentar la condición de leyes orgánicas y no la de simples leyes ordinarias, es decir, que su aprobación, modificación o derogación exigirá mayoría absoluta del Congreso (11). El precepto mencionado exige el rango de ley orgánica para las materias relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y las penas —se afirma— suponen siempre una limitación de alguno o algunos de estos derechos.

Ni la doctrina científica ni la del propio Tribunal Constitucional dudan con relación a las normas que establecen penas privativas de libertad. El dilema puede surgir —y así se ha producido— con relación a otras penas. Por ejemplo las pecuniarias. A través de la referencia al arresto sustitutorio por posible impago de la multa se han evitado los posibles obstáculos a aquella solución, derivados de la evidencia de que la propiedad no aparece configurada en nuestro sistema como un derecho fundamental.

Así zanjada la cuestión de forma relativamente pacífica, añade Muñoz Conde una argumentación profundamente esclarecedora: cuando se reclama que todas las leyes penales sean aprobadas como leyes orgánicas no se están utilizando exclusivamente razones formales; «la ley penal —afirma— expresa los intereses que la sociedad considera más importantes para la convivencia, destinando a su protección el instrumento más grave de que dispone. La legitimación exclusivamente atribuida al legislador para elaborar la ley penal debe ejercerse con el máximo consenso posible en torno a su elaboración y promulgación, lo que resulta favorecido por la exigencia de la mayoría cualificada propia de las leyes orgánicas» (12).

(10) Vid. G. LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal español*, tercera edición, Madrid, 1989, p. 88.

(11) Vid. por todos la fundamental aportación de L. ARROYO ZAPATERO, «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 8, 1983, pp. 26 y ss.

(12) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 95.

No cabe ignorar, empero, que en los últimos tiempos se han planteado otras cuestiones periféricas a la aludida. Se entiende que no afectan al principio de legalidad ni a ningún derecho fundamental determinadas materias contenidas en el Código penal y que, por ello, pueden ser reguladas por ley ordinaria: la responsabilidad civil, su extinción o la cancelación de antecedentes penales. Estas exclusiones materiales del ámbito de la ley orgánica —se argumenta— responden a que ninguna de ellas tiene que ver ni con los presupuestos del delito o del estado peligroso ni con sus consecuencias penales, de modo que su posible incidencia sobre la configuración del comportamiento ciudadano tiene un efecto, en todo caso, secundario (13).

Como ha subrayado Silva Sánchez, en el debate español de los últimos años sobre el principio de legalidad ha predominado la perspectiva *formal*, relativa al rango que deben ostentar las disposiciones penales; ello es natural —afirma— ya que se trataba de examinar las consecuencias de la entrada en vigor e inicial aplicación de los preceptos constitucionales sobre el ordenamiento jurídico-penal (14), sin embargo el principal problema que ha de afrontar la realización práctica del principio de legalidad no es en la actualidad la determinación del alcance —ya aludido— de la reserva constitucional de ley orgánica en materia penal, a pesar de su incuestionable trascendencia.

Lo realmente decisivo es la *taxatividad*, en cuanto exigencia de precisión en las normas ya que su ausencia, además de privar de contenido material al principio de legalidad, elimina —o al menos disminuye— la seguridad jurídica exigida por el artículo 9.3 de la Constitución. Y este mandato de certeza o de determinación se dirige al legislador (imponiéndole la exigencia de una *lex certa*) y al juz-

(13) Vid. J. J. QUERALT, «Código penal y ley orgánica», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1992, pp. 49 y ss. y bibliografía allí citada.

(14) Cfr. J. M.^a SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 253 y s. En este sentido ha llegado a afirmar E. BACIGALUPO que el mayor acontecimiento jurídico ocurrido en España en los últimos años ha sido la sanción de la Constitución de 1978, es decir, la introducción de una norma fundamental de aplicación directa por los tribunales que implicó una transformación sustancial del sistema del orden jurídico; de un sistema jurídico en el que las leyes ordinarias eran consideradas como normas últimas se pasó a un sistema en el que las normas legales ordinarias deben reconocer sus límites frente a las constitucionales; ello tiene una especial repercusión en el ámbito del Derecho penal, pues todo su contenido afecta a derechos fundamentales, a los valores superiores del ordenamiento jurídico y a los fundamentos del orden político y de la paz social, pues sus normas inciden de forma decisiva sobre la libertad de acción y pueden afectar del mismo modo a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad («Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa», en *Revista del Foro Canario*, núm. 87, 1993, p. 11).

gador (prohibiéndole, sobre todo, la aplicación analógica de la ley y obligándole a ceñirse a la *lex stricta*).

Obviamente, el logro de la máxima taxatividad y la real vinculación del juez a los términos de la ley deben ser objetivos irrenunciables para el Derecho penal, al menos en un sistema democrático. Deben, pues poscribirse todas las normas penales en cuya formulación no se determine con exactitud el ámbito de lo punible.

Como es sabido, el vigente Código penal español y a pesar de los retoques correctores sufridos en los últimos años —no siempre afortunados— contiene demasiadas «desviaciones» de tales planteamientos, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica.

Muchos son los ejemplos que pueden ser esgrimidos al respecto. Aludiré tan sólo a uno de los más llamativos. Con generalizado aplauso de la doctrina, la Ley Orgánica de 9 de junio de 1988 eliminó del artículo 431 del Código penal el hasta entonces denominado delito de escándalo público («el que de *cualquier modo* ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en las penas...»); sin embargo, la Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988, de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas, incrementó hasta límites insospechados el recurso a fórmulas de aquel tenor. En efecto, el artículo 344 *describe* la conducta de los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, «o de otro modo» promuevan, favorezcan o faciliten, etc., y se castiga en función de que se trate o no de sustancias o productos que «causen grave daño a la salud»; según precisa el artículo 344 bis a), se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior cuando —entre otros supuestos— la cantidad de droga «fuere de notoria importancia»; idéntica agravación respecto de las penas previstas en este último precepto prevé el artículo 344 bis b) cuando las conductas «fueren de extrema gravedad».

II. PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

La idea de exclusiva protección de bienes jurídicos como principio legitimador —y limitador— del Derecho penal se ha convertido en una de las cuestiones más debatidas de nuestra ciencia, sobre todo desde que hace unos treinta años (15) se sintió la necesidad de elaborar un concepto de bien jurídico que sustentase teóricamente el movimiento decididamente despenalizador entonces iniciado.

Hoy, supone una garantía fundamental del Derecho penal y supone que éste sólo debe intervenir si existe una amenaza de lesión,

(15) Vid. P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Basel, 1962.

o de peligro, para concretos bienes jurídicos. El Estado no puede castigar (por su inmoralidad o desviación) conductas que no lesionen o pongan en peligro, al menos, dichos bienes.

Sin embargo, la mera existencia de un bien jurídico no es suficiente para justificar su tutela penal; es necesario que, además, ostente determinadas características que le hagan merecedor de la misma. Un Derecho penal realmente democrático sólo debe reaccionar ante los atentados más graves contra los más relevantes bienes jurídicos; ante las agresiones especialmente graves.

Se conecta así el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con el carácter fragmentario del Derecho penal: la intrínseca gravedad de las penas impone su utilización, tan sólo, en aquellos supuestos de actuaciones especialmente nocivas para el colectivo social. Se invoca, pues, el uso más restrictivo posible del Derecho penal y un concepto político-criminal del bien jurídico que lo distinga —por ejemplo— de los valores puramente morales y facilite la delimitación de los ámbitos propios de la Moral y del Derecho. En el origen de la moderna formulación del concepto de bien jurídico se insistió, fundamentalmente, en este aspecto de la cuestión.

Hoy el problema no radica ya en la construcción de una teoría del bien jurídico, sino de una teoría del bien jurídico penalmente protegido (16). Sin embargo, la doctrina no desconoce la actual vigencia de las difundidas precisiones de M. E. Mayer sobre las características que deben concurrir en el bien a estos efectos: que sea merecedor de protección, que esté necesitado de protección y que resulte capaz de protección (17). Se alude, pues, a la importancia del bien y a la gravedad intrínseca del ataque al mismo y —también— a la idoneidad de su protección y a la falta de eficacia de otros medios de reacción previstos en el ordenamiento jurídico, menos drásticos que los punitivos.

En esta línea se mueve, por ejemplo, Mir Puig al examinar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en cuanto límite al *ius puniendi* estatal, si bien prefiere hablar de la «importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal» para que un bien jurídico pueda considerarse —además— un bien jurídico-penal (18).

La trascendencia social del bien merecedor de tutela jurídico-penal ha de estar en consonancia con la severidad de las consecuencias propias y exclusivas del Derecho penal y es preciso, además, que no

(16) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación del Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 277.

(17) Vid. M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, segunda edición, Heidelberg, 1923, p. 23.

(18) Cfr. S. MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*», en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, p. 162.

sean suficientes para una adecuada protección otros medios de defensa menos lesivos para los ciudadanos; si es suficiente la intervención administrativa o la civil —por ejemplo— no procederá elevar el bien al rango de bien jurídico-penal. En el supuesto de duda razonable sobre el merecimiento o necesidad de la pena de una conducta debe optarse por la respuesta despenalizadora. En cualquier caso, la problemática de la protección penal de los bienes jurídicos es, sobre todo, una cuestión político-criminal (19).

Con inspiración evidente en planteamientos abordados hace ya muchos años fuera de nuestras fronteras (20), desde algún sector doctrinal español se pretende que el Derecho penal se limite a la protección de valores constitucionalmente garantizados, de modo explícito o implícito; es decir, que el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegibles ha de hallarse en la Constitución (21).

Tal criterio ha sido acogido con simpatía en nuestro país, si bien es sometido a ciertas matizaciones muy razonables. En efecto, tomar la Constitución como punto de referencia para decidir si nos hallamos ante un bien fundamental para la vida social que reclama protección penal supone una pretensión de ciertas garantías y refuerza —además— la eficacia limitadora del concepto de bien jurídico; si bien es cierto que realidades que no hayan sido consagradas explícita o implícitamente en la Constitución deben quedar —en principio— ajenas a la protección penal, sería contrario al principio de proporcionalidad proteger penalmente todo ataque a bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos. Ello no quiere decir que el reconocimiento constitucional no deba tomarse en cuenta en orden a la tutela jurídico-penal de un bien; es preciso, además, tener presentes los principios político-criminales que inspiran de modo general el ejercicio del *ius puniendi* del Estado (22).

Haciéndose eco de la inteligencia de que todo bien jurídico merecedor de protección penal debe tener, al menos, una cierta relevancia constitucional, se precisaba en la Exposición de motivos del *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal* de 1992 (precedente inmediato del Proyecto de 1994) que la selección de los bienes jurídicos objeto de tutela penal en su texto articulado «ha partido del marco constitucional de los derechos y libertades fundamentales»; fuera de

(19) En este sentido, *vid.* G. FIANDACA, «Il “bene giuridico” come problema teorico o come criterio di politica criminale», *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1982, pp. 42 y ss.

(20) *Vid. por ejemplo* R. P. CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1974, pp. 131 y ss.

(21) *Vid. por todos* F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, «Bien jurídico y Constitución», en *Cuadernos de Política criminal*, 1991, pp. 5 y ss.

(22) En este sentido, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, *cit.*, pp. 273 y ss.; MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del «ius puniendi»*, *cit.*, pp. 163 y ss.

toda duda queda —se afirmaba— que los ataques a estos bienes, por la trascendencia de los mismos, entran «casi directamente» en el ámbito de lo punible; el marco constitucional —se concluía— es una «referencia inicial» que permite hacer la siguiente consideración: todos y cada uno de los bienes jurídicos que tutela el proyecto de Código penal encuentran una base constitucional y —lo que es más importante— no hay ni un solo delito en el mismo en el que no sea posible apreciar la vinculación con un valor constitucionalmente declarado.

III. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA, *ULTIMA RATIO* O CARÁCTER FRAGMENTARIO DEL DERECHO PENAL

La protección de la convivencia ciudadana puede conseguirse —como queda dicho— sin necesidad de recurrir a la enérgica reacción punitiva. Es cierto que la presencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal constituye un presupuesto irrenunciable para legitimar el ejercicio del *ius puniendi*, pero —en un sistema democrático— ello no es suficiente.

Es preciso, además, que la intervención penal sea necesaria; que el Derecho penal se conciba como el último recurso (*ultima ratio*) a utilizar cuando no haya otros menos lesivos y —por ello— más idóneos para resolver los conflictos sociales. Al margen de estériles querellas terminológicas, ésta es la idea que se invoca cuando se alude a los principios de subsidiariedad, accesoriedad e intervención mínima, o se subraya el carácter fragmentario del Derecho penal.

La intervención punitiva resulta innecesaria en aquellos casos en que la solución del conflicto puede alcanzarse recurriendo a otros sectores del ordenamiento jurídico o, simplemente, a medidas de naturaleza económica, social o cultural carentes del alto grado de lesividad que el ejercicio del *ius puniendi* supone; en estos supuestos debe renunciarse a la intervención penal (23). Esquemáticamente ha llegado a afirmarse que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos *por* el Derecho penal, sino también *ante* el propio Derecho penal.

La limitación de la respuesta jurídica más violenta frente a la conflictividad social es inherente a un Derecho penal realmente democrático y —con fórmula hoy ampliamente extendida— suele denominarse la «huida del Derecho penal». Por el contrario, la «huida hacia el Derecho penal», característica de los sistemas autoritarios,

(23) Vid. al respecto Arthur KAUFMANN, «Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht», en *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin-New York, 1974, pp. 89 y ss.

supone la falta de voluntad política o la incapacidad para desarrollar otras medidas alternativas a la represión.

Consecuentemente, de la lectura de un Código penal puede deducirse cuál es el signo de la estructura política del país de que se trate. Bien es cierto que —en no pocas ocasiones— las legislaciones constituyen un verdadero fraude, ya que la letra de la ley goza de una vigencia exclusivamente formal y encubre posiciones políticas inconfesadas e inconfesables. No faltan ejemplos históricos al respecto.

En cualquier caso, sobre las ideas de subsidiariedad, *ultima ratio* o carácter fragmentario antes aludidas debe construirse la decisión político-criminal de la esfera de lo típico. El proceso despenalizador, frecuente en la hora actual, es buena prueba de ello. Se prescinde así de la respuesta punitiva ante conductas que históricamente se ha entendido que la merecían (adulterio, blasfemia o imprudencias levísimas que plantean conflictos susceptibles de ser resueltos fuera del Derecho penal). También sirven aquellos planteamientos para abordar una ampliación perfectamente natural del ámbito de lo punible; es decir, para legitimar la criminalización de conductas nocivas para el colectivo social que necesitan hoy la amenaza penal, por ser ineficaces otro tipo de conminaciones. Con ciertos matices, suele citarse al respecto la problemática planteada por la adecuada protección del medio ambiente, la ordenación urbanística o el orden socioeconómico.

En la Exposición de motivos del *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal* de 1980 se contenían una serie de impecables reflexiones al respecto que, sin embargo, no se veían reflejadas en el texto articulado del mismo. En efecto, se afirmaba allí que el Derecho penal no debe ser instrumento de opresión en manos del grupo político dominante, que sirva para imponer determinadas ideas políticas o morales, sino —por el contrario— garantía que haga posible en una sociedad pluralista el ejercicio pleno de todas las libertades reconocidas en las restantes ramas jurídicas. El sistema penal aspira a conseguir un marco mínimo de convivencia.

En un Estado social y democrático de Derecho como es hoy el español —se afirmaba— el Derecho penal debe aparecer como la *ultima ratio*, debe encontrarse siempre en último lugar y entrar en juego tan sólo cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden jurídico y de la paz ciudadana. Por la dureza de sus sanciones, que afectan a los bienes más preciados de la persona y son las más drásticas con que cuenta el ordenamiento jurídico, el Derecho penal debe intervenir únicamente cuando resulten insuficientes otros remedios menos gravosos. Se habla así del principio de intervención mínima, que debe entenderse en un doble sentido: se han de castigar tan sólo aquellos hechos que necesiten ser penados, y para la sanción de tales hechos se deben preferir las penas que, sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten menos onerosas.

El principio de intervención mínima —se concluía— representa para el legislador una verdadera exigencia ética que los regímenes políticos dictatoriales acaban siempre quebrantando; por un lado, porque suelen utilizar el sistema penal como instrumento para eliminar o reducir al silencio al disidente político, criminalizando indebidamente la opinión discrepante; por otro, porque las dictaduras profesan una concepción autoritaria del Derecho penal que les lleva a exasperar la gravedad de la amenaza penal, en la que ven un remedio para reprimir todo aquello que no son capaces de resolver.

Pasados los años, otro texto prelegislativo español ya desechado insistía —también en su Exposición de motivos— en planteamientos semejantes, impecables desde el punto de vista teórico. Me refiero al *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal* de 1992, en el que se reproducía la idea de que el Código no debe proteger a los bienes jurídicos frente a cualquier ataque imaginable, sino únicamente frente a los que se considere más graves o peligrosos, sea por razones objetivas o subjetivas. Esto, «que se conoce como protección fragmentaria, se combina y complementa con el principio de intervención mínima».

Pero, también en este caso, tan prometedoras palabras aparecían desvirtuadas con frecuencia por el propio Proyecto en el que se mantenían no pocas opciones político-criminales que nada tienen que ver con aquéllas. Piénsese, por ejemplo, en las soluciones que el texto mencionado ofrecía respecto de la problemática de la voluntaria interrupción del embarazo, la insumisión, la eutanasia, los delitos contra el honor o el narcotráfico.

Como es sabido, en el Derecho vigente no faltan ejemplos de este divorcio entre los planteamientos político-criminales que se afirma suscribir y la realidad legislativa nacional. Uno de los más significativos viene representado por la dureza represiva que se reserva para los insumisos, es decir, para aquellos jóvenes que se niegan al cumplimiento del servicio militar obligatorio y de la prestación social sustitutoria del mismo. La conflictividad social generada al respecto es evidente y la solución no reside —para utilizar una fórmula muchas veces repetida— en lograr un Derecho penal mejor, sino algo mejor que el Derecho penal.

Nuestro sistema ha recurrido al Derecho penal para resolver situaciones conflictivas que pueden —y deben— resolverse menos traumáticamente *extramuros* del ámbito punitivo. Apostar, en definitiva, por la huida del Derecho penal. Y este criterio se va abriendo camino con decisión en la doctrina española, que propugna la paralela creación de un ejército profesional. Así, los problemas suscitados por la objeción de conciencia al servicio de las armas se evaporaran y, con ellos, los derivados de la insumisión, «con naturalidad y sin vencedores ni vencidos. El empecinamiento en mantener un servicio

militar obligatorio no es la solución más inteligente, ni la más justa» (24).

IV. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Con base en el principio de oportunidad (o de utilidad) el Derecho penal sólo puede —y debe— intervenir cuando resulte realmente eficaz para la prevención del delito y, por ello, resulta aconsejable renunciar a su intervención cuando sea político-criminalmente ineficaz, inadecuada o, incluso, contraproducente; en tales supuestos, deberá acudir a otros mecanismos que eviten tan indeseables consecuencias.

En último término, supone esta exigencia de utilidad una específica vertiente del principio de necesidad de la intervención punitiva.

Bien pudiera, por ejemplo, introducirse el mencionado principio de oportunidad en la persecución de los delitos que se imputan a la víctima de un chantaje. Con ello, al menos, se eliminaría uno de los obstáculos que impiden el justo castigo de los chantajistas, que se escudan —sobre todo en estos casos límite— en la evidente vulnerabilidad del chantajeadado. En efecto, y por razones obvias, ha llegado a decirse que en estos casos la víctima teme al proceso más que el propio chantajista (25) y de ahí la elevada *cifra negra* que ofrece tan deleznable delincuencia.

Hoy, con la criminalización del chantaje a través de los tipos de amenazas condicionales (arts. 493.1.º y 494), en no pocas oportunidades se produce la antes aludida ineficacia de la intervención penal; precisamente, por no estar prevista en nuestro Derecho la aplicación del principio de oportunidad, para permitir la impunidad del sujeto pasivo de un chantaje que se ve amenazado con la revelación o denuncia de algún delito por él cometido, si denuncia al chantajista.

Paso que, sin embargo, sí se pretendía dar con el Proyecto de Código penal de 1992, al precisarse en su artículo 178.3 que si el chantaje consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, el Fiscal podría, «para facilitar el castigo de la amenaza», abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que el hecho estuviere sancionado con pena de prisión superior a *cuatro años*; en este último caso, el Juez o Tribunal podrían rebajar —simplemente— la sanción en uno o dos grados.

(24) Cfr. G. LANDROVE DÍAZ, *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho penal*, Valencia, 1992, p. 120.

(25) Cfr. H. VON HENTIG, «El chantaje», en *Estudios de Psicología criminal*, IV, segunda edición, traducción y notas de J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, 1964, p. 308.

Menos generoso al respecto se muestra el *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal* de 1994, que recorta la pretendida operatividad en la materia del principio de oportunidad: el Fiscal sólo podrá abstenerse de acusar (art. 167.3) si el delito con cuya revelación se amenace por el chantajista estuviere sancionado con pena de prisión no superior a *dos años*; de rebasarse este marco punitivo el juzgador podrá rebajar discrecionalmente la pena en uno o dos grados. La filosofía del precepto sigue siendo la misma pero se recorta la eficacia del principio al mencionarse la entidad de la pena de privación de libertad prevista para el delito cometido por la persona que sufre la amenaza chantajista.

En cualquier caso, tal previsión ha sido criticada por algún penalista (26) y, con especial severidad, desde determinados sectores de la magistratura: que para facilitar la prevención de la amenaza de revelar un hecho punible se abstenga el Fiscal de formular acusación por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, «se presta a toda una gama de posibilidades interpretativas, ninguna de ellas edificantes. Produce sonrojo contemplar cómo se puede implicar al Ministerio Fiscal en un juego de intereses inconfesables. La medida —se afirma— fomentaría la perversión y se presta a simular la situación de haberse producido las amenazas para obtener la impunidad de determinados hechos delictivos». Incluso llegan a invocarse razones de moral pública para solicitar la supresión del precepto de referencia en el futuro Código penal español (27).

V. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, que impone un tratamiento desigual para los supuestos que efectivamente lo sean entre sí, informa todo el ordenamiento jurídico, pero en el ámbito penal significa —en esencia— que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido y que éste no puede ser sancionado con penas más graves que la propia entidad del daño representado por la infracción. Consecuentemente, no puede extrañar que al mencionado principio se vincule la idea de la *prohibición del exceso*.

La exigencia no es nueva. Por oposición a la hipertrofia represiva del antiguo régimen, ya proclamó solemnemente el artículo 12 de la Declaración de derechos y deberes del hombre y del ciudadano, de

(26) Cfr. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal (parte especial). Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, segunda edición, puesta al día por J. DÍAZ-MAROTO, Madrid, 1991, p. 132.

(27) Cfr. «Informe sobre el Anteproyecto de Código penal», elaborado por el Gabinete de Estudios y Documentación de la Asociación Profesional de la Magistratura, en *Cuadernos de Política criminal*, 1992, pp. 321 y s.

22 de agosto de 1795, que la ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y *proporcionales* al delito.

Por medio del principio de proporcionalidad se conectan los fines del Derecho penal con el hecho cometido por el delincuente y, así, se rechazan tanto el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad *abstracta*) como la imposición de penas (proporcionalidad *concreta*) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en su globalidad; obviamente, la mayor dificultad que plantea este principio radica en la necesidad de concretar tal relación valorativa y establecer que *ese* hecho merece *esa* pena, en abstracto y en concreto (28).

Así concebida la proporcionalidad su vinculación con los principios de intervención mínima o de exclusiva protección de bienes jurídicos resulta evidente, e incide tanto en el ámbito del injusto como en el de la culpabilidad. Efectivamente, ha de atenderse a la gravedad del delito cometido, a la entidad del bien jurídico lesionado por el mismo y a la mayor o menor reprochabilidad de su autor. También la pena más leve debe ser preferida a la más grave si con ello se restablece satisfactoriamente el orden jurídico perturbado.

Como subraya prácticamente la totalidad de nuestra doctrina, el principio de proporcionalidad de las penas tiene rango constitucional en España. Se invocan al respecto, no sólo el artículo 1 de la Ley fundamental (que proclama el Estado de Derecho y declara la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico), sino también —entre otros— los artículos 15 (que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes), 17.2 (que impone que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos) y 17.4 (que obliga a fijar por ley un plazo máximo de duración de la prisión provisional).

Destacado por la jurisprudencia constitucional el valor constitucional del principio, la Sentencia 65 de tan alto tribunal, de 22 de mayo de 1986, ha señalado que el juicio de proporcionalidad corresponde, en principio, al legislador. Ello no impide —se afirma— que la proporcionalidad deba ser tenida en cuenta por el juez en el momento de individualización de la pena, ni excluye que pueda plantearse la cuestión de inconstitucionalidad allí donde la ley señale penas desorbitadas (29).

Penas desorbitadas que —por otra parte— no escasean en nuestro Derecho positivo como se ha destacado hasta la saciedad, sobre todo en los últimos tiempos.

(28) *Vid.* al respecto SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit. p. 260.

(29) *Cfr.* M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, tercera edición, Valencia, 1990, pp. 71 y s.

Uno de los más llamativos ejemplos viene determinado por la escalada represiva hace años iniciada en materia de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. La Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988, de reforma en este ámbito, posibilitó el castigo de los que «de otro modo» promuevan, favorezcan o faciliten el ilícito tráfico, y la agravación de las sanciones en el supuesto de que la cantidad de droga «fuere de notoria importancia» o las conductas de «extrema gravedad». Expresiones todas que —como ya indiqué antes— suponen una flagrante vulneración de las más elementales garantías propias de un Estado de Derecho. Lo que ahora me interesa subrayar es que todo ello permite, en determinados supuestos, imponer penas que pueden llegar hasta la reclusión mayor en su grado mínimo (el marco penal abarca la privación de libertad entre cuatro meses y un día y veintitrés años y cuatro meses), es decir, una sanción reservada tradicionalmente en nuestro Derecho para los delitos contra la vida. No sólo nos encontramos ante una de las penas *arbitrarias* características de otros momentos históricos, sino que ello representa una grave violación del aludido principio de proporcionalidad y trastoca toda la escala de valores del propio Código penal (30).

Otro significativo ejemplo de vulneración del principio de proporcionalidad se encuentra en los últimos textos prelegislativos españoles respecto de la conducta de los insumisos. En efecto, ya el *Proyecto* de 1992 se movía en esa línea de exasperación represiva: el que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria, y sin haberse incorporado a las Fuerzas Armadas o a la referida prestación rehusare, sin causa legal, este cumplimiento sería castigado «con la pena de prisión superior a dos años y hasta tres años» (art. 583.1). Marco penal que suponía una pena *grave* (art. 30 del propio proyecto), derivándose de ello una serie de consecuencias no menos graves; por ejemplo, la imposibilidad de alcanzar los beneficios de la condena condicional (art. 81.1.º) o la sustitución de la pena de prisión por la de arresto de fin de semana o multa (art. 88.1).

Incluso, en el párrafo 2 del mencionado artículo 583 se establecía que, además, en estos casos sufriría *siempre* el sujeto la pena de «inhabilitación especial para el derecho de acceso a la función pública por tiempo de seis a diez años». En la actualidad, la inhabilitación absoluta abarca, tan sólo, el tiempo de la condena, según precisan los artículos 135 bis i) del Código penal y el artículo 2.3 de la paralela Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984.

(30) Cfr. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «¿Qué resuelve la reciente reforma del Código penal en materia de tráfico de drogas?», en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, 1989, pp. 263 y 269.

No puede extrañar, en suma, que las enmiendas de diversos grupos parlamentarios hayan incidido en la regulación que de esta problemática abordó el Proyecto de 1992. Por ejemplo, el Grupo Parlamentario Vasco propuso —simplemente— la supresión del artículo 583 porque «la conducta que se tipifica como delito en dicho precepto ni genera un rechazo social mayoritario, ni genera una jurisprudencia punitiva uniforme y constituye el objetivo legítimo de diversas organizaciones políticas y sociales». El CDS se inclinó por una suavización del rigor de las penas previstas para las distintas tipicidades; en concreto, respecto del art. 583 consideró suficiente la «pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a veinticuatro meses». El Grupo Parlamentario Catalán se limitó a proponer la supresión del último párrafo del artículo mencionado: «no debe imponerse en estos supuestos la inhabilitación especial para el acceso a la función pública» (31).

Ello no obstante, los redactores del *Anteproyecto de Ley Orgánica de Código penal* de 1994 han ido todavía más lejos: llegan a preverse penas de inhabilitación *absoluta* (incluyendo cualquier empleo o cargo en las administraciones, entidades o empresas públicas estatales, autonómicas o locales o en sus organismos autónomos) por tiempo de diez a catorce años, multa de doce a veinticuatro meses y una sorprendente privación del derecho de conducir vehículos de motor y de la tenencia y porte de armas de ocho a diez años. Además —y por si todo ello fuera poco— se pretende imponer al insumiso la «pérdida de la posibilidad de obtener cualesquiera subvenciones, becas o ayudas públicas por un tiempo de diez a catorce años». Eso sí, una vez cumplida la condena impuesta el penado quedará exento del cumplimiento del servicio militar (art. 595).

Al menos, en el *Proyecto* de 1994 han desaparecido del repertorio de penas previstas para los que se nieguen al cumplimiento de la prestación social sustitutoria las de privación de los derechos de conducir vehículos de motor y tenencia o porte de armas (art. 507).

VI. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Conocida es la problemática suscitada sobre el principio de culpabilidad (*nullum crimen nulla poena sine culpa*). Naturalmente, hoy no puede discutirse seriamente que en un Estado social y democrático

(31) En el *Informe* del Consejo General del Poder Judicial sobre el texto que habría de convertirse en el Proyecto de 1992 se opta por la vía del eufemismo; en efecto, respecto de la penalidad allí prevista para los insumisos, se afirma lacónicamente: «no siempre la dureza de las penas resulta eficaz en la práctica» («Anteproyecto del Código penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 11, 1992, p. 247).

de Derecho se impone la apuesta por un Derecho penal de culpabilidad. El problematismo al respecto tiene otras características. En efecto, se ha llegado a afirmar que el principio de culpabilidad no puede ser reducido a la consideración de uno más entre los límites del *ius puniendi* estatal, ya que representa la «síntesis» de las varias finalidades del propio Derecho penal (32) e informa todo el sistema de la teoría jurídica del delito.

En cualquier caso, el principio de culpabilidad se ofrece hoy como el resultado de un dilatado proceso histórico y supone notables garantías para los ciudadanos y límites estrictos para la intervención punitiva del Estado. Como esquemáticamente ha destacado Quintero Olivares, significa «tratar diversamente lo doloso y lo culposo; no castigar lo fortuito; perseguir el equilibrio entre el hecho y la pena; impedir que el modo de ser, o de vivir, o el carácter del sujeto, puedan influir en la reacción penal; intentar valorar cuál ha sido su vida y qué opciones se le ofrecieron, para entender cuál es su concepción de la realidad, aunque todo ello se haga de acuerdo con parámetros discutibles, pues en todo caso es mejor eso que renunciar a intentarlo» (33). Se vincula así el principio, entre otros, a los de proporcionalidad y necesidad de pena.

Consecuentemente, el principio de culpabilidad significa que la pena sólo puede basarse en la constatación de que al autor de la conducta típica y antijurídica se le puede reprochar personalmente la misma —la pena presupone culpabilidad— y que, además, la respuesta sancionadora no puede superar la medida de la culpabilidad (34).

Es, pues, un principio incompatible con un Derecho penal construido sobre la criminalización de la responsabilidad objetiva o basado en la peligrosidad del autor. Ha llegado a decirse que el principio de culpabilidad es una exigencia del respeto a la dignidad del ser humano: la imposición de una pena sin culpabilidad, o si la medida de la pena rebasa la medida de la culpabilidad, supone la utilización del hombre como un mero instrumento para conseguir fines sociales (en este caso preventivos), con lo que ello significa de grave atentado para su dignidad (35).

A pesar de los denodados esfuerzos ofrecidos por amplios sectores doctrinales obsesionados con la idea de encontrar una referencia

(32) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 262.

(33) Cfr. G. QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal. Parte general*, segunda edición, Madrid, 1989, p. 390.

(34) Vid. por ejemplo H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cuarta edición, traducción de J. L. MANZANARES SAMANIEGO, Granada, 1993, p. 19.

(35) Cfr. J. CEREZO MIR, *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código penal de 1992*, Universidad de Zaragoza, 1993, p. 16.

constitucional de todos los principios vigentes en nuestro Derecho penal, hay que reconocer que —de modo expreso— el principio de culpabilidad no ha sido recogido en la Constitución española, ni en las declaraciones de derechos suscritas por España que (de acuerdo con el artículo 10.2 de la propia Constitución) deben ser respetadas en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce el Texto constitucional.

En otros países la búsqueda de una relevancia constitucional del principio también ha planteado no pocos problemas, a pesar de una mayor expresividad en la materia de los respectivos textos fundamentales. Es el caso —por ejemplo— de Italia, cuya Constitución precisa en su artículo 27 que *la responsabilità penale e personale*; en aquel país es hoy mayoritaria la inteligencia de que el precepto invocado supone, en sentido estricto, la consagración del principio de culpabilidad y no sólo como en otros momentos se ha entendido, la prohibición de exigir responsabilidad criminal por los hechos ajenos (36).

En España, y desde hace ya varios años, goza de cierta difusión la idea de que el principio de culpabilidad se deriva de la proclamación del Estado social y democrático de Derecho y de la dignidad de la persona (arts. 1.1 y 10.1 de la Constitución). Esta solución, importada en gran medida de la ciencia alemana, resulta de escasa trascendencia práctica, habida cuenta que la forma más característica de lesionar el principio culpabilista o sus consecuencias viene constituida por las resoluciones judiciales y éstas sólo son atacables a través del recurso de amparo cuando lesionan derechos y libertades reconocidos —exclusivamente— en los artículos 14 a 29 de la Constitución; el reconocimiento de un principio que no puede hacerse efectivo en los casos más significativos de sus posibles violaciones carece de todo valor (37).

Por ello, precisamente, se ha tratado de fijar el rango constitucional de las *consecuencias prácticas* que se derivan del principio de culpabilidad construyendo el reconocimiento de cada una de ellas en derechos fundamentales cuyo contenido las alcance implícitamente. Así, la proscripción del *versari in re illicita*, la exigibilidad de conducta distinta a la realizada, la relevancia del error o la proporcionalidad de las penas se vincularían al principio de legalidad, proporcionalidad o igualdad, entre otros.

Con este planteamiento —que tiene mucho de subterfugio— se evidencia la confusión reinante acerca del precepto o preceptos de

(36) En este sentido, *vid.* por ejemplo T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1990, pp. 218 y s.

(37) Cfr. E. BACIGALUPO, «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», en *La Ley*, 1982, 2, p. 940. En términos semejantes, J. M. ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, tercera edición, Valencia, 1993, p. 244.

la Constitución que consagren el principio de culpabilidad, en cuanto límite del *ius puniendi* estatal.

Incluso, cuando se pretende derivar del principio de culpabilidad el límite de la pena en el ámbito de la individualización judicial suele vincularse esta garantía al artículo 15 de la Constitución, que plasma —entre otras— la exigencia de proporcionalidad de las penas.

Resulta sintomático al respecto la deliberada ambigüedad que adopta nuestro Tribunal Constitucional en la *Sentencia 150 de 4 de julio de 1991*: «la Constitución española consagra, sin duda, el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal *de autor* que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos». No seré yo quien discuta que la exigencia de culpabilidad constituye un principio básico de nuestro sistema penal, en el que no tiene cabida un Derecho penal de autor, pero estimo que tan alto tribunal en la sentencia invocada debió haber aludido al precepto concreto de la Constitución que —sin duda, como allí se afirma— consagra el principio de culpabilidad.

En cualquier caso, en la Exposición de motivos del *Proyecto de Código penal* de 1992 se calificaba al principio de culpabilidad de «garantía nuclear del sistema penal propio del Estado social y democrático de Derecho», por lo que se impone la proscripción de cualquier forma de responsabilidad objetiva, «como ya sucede en el Código vigente desde la Reforma de 1983». Es cierto que después de la reforma urgente y parcial de 25 de junio de 1983 ha mejorado la situación al respecto (38), pero la erradicación de la responsabilidad objetiva de nuestro Código penal es una tarea todavía no concluida.

VII. PRINCIPIO DE HUMANIDAD

La expresa referencia al principio de humanidad puede parecer a un observador de superficie rigurosamente innecesaria cuando se invoca su vigencia con relación a un sector del ordenamiento jurídico que trata de resolver los conflictos más graves que pueden producirse entre los seres humanos. Sin embargo, no faltan ejemplos históricos —alguno muy cercano en el tiempo— de sistemas penales inhumanos y crueles. El proceso de humanización del Derecho penal está plagado de estancamientos y, también, de espectaculares retrocesos.

(38) Vid. J. CEREZO MIR, «Principales reformas del Código penal español introducidas en 1983. Los progresos en la realización del principio de culpabilidad», en *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993, pp. 83 y ss.

El principio de humanidad, por lo que supone de respeto a la dignidad de las personas, extiende su influencia a momentos anteriores a la fase de ejecución de las penas, sin embargo, es frecuente —y también lógico— que se vincule a las consecuencias de la intervención penal; es decir, que se plantee como una exigencia de humanidad *de las penas*, a pesar de que —correctamente entendido— el principio de humanidad debe ser el principio rector de todo el Derecho penal y de la Política criminal (39), una barrera infranqueable en la hora actual.

No cometeré la ingenuidad —muy extendida, por otra parte— de considerar inhumanas las respuestas represivas de ordenamientos jurídicos muy lejanos en el tiempo. Lo son, sin duda, desde la óptica de un ciudadano de finales del siglo XX; quizá no tanto en el momento histórico en que surgieron y del que no pueden desvincularse.

Ello no obstante, en un momento decisivo para la historia de la humanidad se produjo una desarmonía evidente entre un sistema represivo anclado en el pasado y las nuevas concepciones políticas y filosóficas que habrían de cristalizar en la Revolución francesa. Lo que se ha dado en llamar «medievalismo penal» se extendió prácticamente hasta la segunda mitad del siglo XVIII: las penas, excesivamente rigurosas y crueles, no siempre guardaban la debida proporción con la entidad de los delitos que las determinaban, se usaba y abusaba de las penas corporales y de la pena de muerte que, en no pocas ocasiones, se acompañaba en su ejecución de atroces suplicios, o se recurría a la tortura para obtener una confesión valorada como la reina de las pruebas (40).

Como ha destacado Tomás y Valiente, la *humanización* del Derecho penal es algo que hay que anotar en el saldo positivo de la Ilustración. Humanización en el doble sentido de secularización del Derecho penal (alejándolo de consideraciones y propósitos pseudo-religiosos que no habían servido más que para endurecerlo) y, como consecuencia de ello, por la suavización que supuso del trato procesal y penal dado al reo (41).

Sobre aquellos postulados se inició un largo proceso —con recidivas en la situación anterior— que culminó con la desaparición de las penas corporales o de la capital en no pocos países. No obstante, en un primer momento no se puso en tela de juicio la justicia, conveniencia o utilidad de la pena de muerte, sino tan sólo de la frecuencia y la crueldad en su ejecución; los primeros pasos abolicionistas supusieron, simplemente, la humanización ejecutiva y la res-

(39) Cfr. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, p. 172.

(40) *Vid.* al respecto LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, tercera edición, Madrid, 1991, pp. 17 y s.

(41) Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, segunda edición, Madrid, 1992, p. 408.

tricción del repertorio de delitos considerados capitales. Alcanzada la abolición de la pena de muerte, su vacío fue ocupado —sobre todo— por las penas privativas de libertad.

También el proceso de humanización ha incidido en las penas de privación de libertad; por ejemplo, a través de su progresiva sustitución por otras menos lesivas para los ciudadanos, en la suspensión creciente de su cumplimiento o imposición, incluso en la fijación de límites máximos de duración de las mismas.

Hoy se propugna no sólo la desaparición de las penas perpetuas, sino también de las penas largas de privación de libertad que se estiman inhumanas, precisamente, por destructoras de la personalidad. En España, ya en 1975 los participantes en las III Jornadas de Profesores de Derecho penal celebradas en Santiago de Compostela incluyeron entre sus conclusiones que «debe establecerse legislativamente que ninguna pena privativa de libertad tendrá una duración superior a veinte años». Actualmente el tope máximo más frecuentemente invocado por nuestra doctrina es el de quince años (42).

Como es sabido, esta humanización de las penas largas de privación de libertad constituye todavía un *desideratum* en el sistema punitivo español, a pesar de los tibios intentos que en este sentido se contienen en los últimos textos prelegislativos elaborados. Concretamente, en el *Proyecto* de 1992 se situaba la duración máxima de estas penas en veinte años, aunque este límite ofrecía bastantes excepciones y —en algunos casos— podían llegar a tener una duración de treinta. Fórmula que se mantiene en el *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal* de 1994 (art. 77).

Con ello, parece haberse olvidado, en definitiva, que es la dignidad del individuo, «como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan a quienes las sufren. Aunque el Estado y hasta la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ello se opone el respeto a la dignidad de todo hombre —también del delincuente—, que debe asegurarse en un *Estado para todos*» (43).

En cualquier caso, el artículo 15 de nuestra Constitución prohíbe las penas inhumanas o degradantes, la tortura y la pena de muerte (salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra). También el artículo 204 bis del Código penal, definidor del delito de tortura, responde al principio de humanidad.

La *Sentencia 65 del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 1986* estima que la calificación de una pena como inhumana o degradante «depende de la ejecución de la pena y de las modalidades

(42) Vid. por ejemplo J. CEREZO MIR, *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código penal de 1992*, cit., p. 10.

(43) Cfr. S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, tercera edición, Barcelona, 1990, p. 105.

que ésta revista, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena».

Naturalmente, especial trascendencia entraña el respeto al principio de humanidad en el ámbito de la *ejecución* de las penas privativas de libertad, las más graves previstas en nuestro Derecho después de la abolición constitucional de la pena de muerte.

En este ámbito, proclama el artículo 25.2 de la Constitución que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados, que el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, y que —en todo caso— tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Se insiste en el art. 3 de la *Ley Orgánica General Penitenciaria*, de 26 de septiembre de 1979, en que la actividad penitenciaria se ejecutará con respeto de los derechos e intereses de los internos no afectados por la condena.

Sin embargo, ha llegado a afirmarse —no sin razón— que cuando en este país se envía a alguien a la cárcel se le está condenando a *algo más* que a una pena privativa de libertad (44): lo precario de las instalaciones, el hacinamiento, la falta de personal especializado, la incidencia del Sida, la violencia generada por las mafias carcelarias, las dificultades de los internos para incorporarse a la actividad laboral, etc., convierten —con demasiada frecuencia— a las privativas de libertad en esas penas inhumanas o degradantes que proscriben el artículo 15 de nuestro Texto constitucional. Todo ello al margen, por supuesto, de que la privación de libertad cumplida en otras condiciones sirva, realmente, para reeducar y reinsertar socialmente a los internos y no, simplemente, para su «domesticación».

En esta línea, no faltan planteamientos rusticistas en la materia. Por algunos, se pretende que la verdadera reforma penitenciaria sería *suprimir* la pena de privación de libertad (45), ya que esta sanción ha agotado su papel histórico de sustitución de la pena de muerte y de las corporales. Su fracaso —se afirma— no se debe a la inhumana ejecución que de la misma se hace con demasiada frecuencia: la

(44) Cfr. G. LANDROVE DÍAZ, «La victimización del delincuente», en *Victimología*, San Sebastián, 1990, fundamentalmente pp. 155 y s.

(45) Cfr. J. A. SAINZ CANTERO, «La sustitución de la pena de privación de libertad», en *Estudios penales*, II, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, p. 220.

nocividad reside en su propia naturaleza; por ello, no se trata ya de hacerla simplemente menos inhumana, sino de erradicarla de los sistemas punitivos. En definitiva, las críticas no se detienen ya en la denuncia de la inhumanidad de las penas excesivamente largas o en el carácter criminógeno de las cortas, que no favorecen la rehabilitación —y sí la corrupción— de quienes las padecen.

Hay que reconocer, sin embargo, que las prisiones no manifiestan el menor síntoma de desaparición en ninguna parte del mundo (46) y —por ello— las opciones más realistas apuntan la conveniencia de mantener la privación de libertad para los más graves delitos, esgrimirla como pena-choque para algunos supuestos de pequeña y mediana criminalidad y sustituirla en todos los demás supuestos. Como es sabido, los mecanismos de sustitución más frecuentes en la actualidad son —entre otros— el perdón judicial, la *probation*, la prohibición de ejercer determinadas actividades, el arresto de fin de semana, las penas pecuniarias bajo la fisonomía de días-multa o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Precisamente, el *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal* de 1994 pretende establecer para la pena de prisión un límite máximo de veinte años (con excepciones demasiado frecuentes) y otro mínimo de seis meses (art. 36.1). Con el límite mínimo se trata, al menos, de suprimir las penas cortas de privación de libertad. Además, se pretende introducir en nuestro sistema el arresto de fin de semana para cubrir la reacción ante delitos que merecen algo más que una multa, como se subrayaba en la Exposición de motivos del *Proyecto* de 1992, su precedente inmediato.

En el Texto prelegislativo de referencia está prevista la posibilidad de sustituir las penas de prisión que no excedan de un año —impuestas a reos no habituales— por multas o arrestos de fin de semana, aunque la ley no haya previsto estas penas para el delito de que se trate, atendidas las circunstancias personales del reo, su esfuerzo para reparar el daño causado, su conducta y la naturaleza del hecho; en estos casos, cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana y cada día de prisión por dos cuotas de multa (art. 89.1).

Constituyen una llamativa novedad respecto del *Proyecto* de 1992 las precisiones del artículo 89.2 del *Proyecto* de 1994: en los mismos términos previstos en el párrafo anterior, y previa conformidad del reo, los Jueces o Tribunales *podrán sustituir* las penas de arresto de fines de semana por multa o trabajo en beneficio de la comunidad; en este caso, cada arresto de fin de semana será sustituido por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo.

(46) En este sentido, vid. N. MORRIS, *El futuro de las prisiones*, México, 1978, p. 32.

El trabajo en beneficio de la comunidad, que se ubica entre las penas privativas de derechos, tendrá una duración diaria que no podrá exceder de ocho horas. Las circunstancias de su ejecución —precisa el art. 49— «se establecerán reglamentariamente».

Como es notorio, la pretensión de adoptar el sistema de los días-multa ha sido bien acogida en nuestra doctrina, precisamente, por responder al principio de igualdad en el sacrificio y obviar la desigualdad generada por la técnica de la multa global. Lo mismo puede decirse, en líneas generales, respecto del trabajo en beneficio de la comunidad; si bien conviene tener presente para el futuro desarrollo reglamentario del mismo la excesiva burocratización que en este campo se ha producido en otros países y que ha provocado una cierta desconfianza en la institución.

Con relación al arresto de fin de semana se ha producido un cierto rechazo, sobre todo por las dificultades que entraña la puesta en práctica del mismo, si bien no deja de reconocerse que desde un punto de vista exclusivamente teórico parece una solución idónea para encontrar un razonable equilibrio entre las indeseadas penas cortas de privación de libertad de corte tradicional y las multas. Este arresto de fin de semana (o de tiempo libre) tendrá una extensión mínima de un fin de semana y máxima de venticuatro; la duración de cada uno será de treinta y seis horas (art. 37). Esencialmente, supone el internamiento del condenado en el establecimiento penitenciario, depósito municipal o centro policial más cercano a su domicilio durante un número de horas a la semana que coincida con su tiempo de ocio (por regla general, sábados y domingos) y por tantas semanas como se establezca en la sentencia.

Con profundo realismo, ya se ha advertido en nuestra doctrina que para reducir o evitar el empleo de la privación de libertad no basta con introducir nuevas instituciones en el Código. Es imprescindible que las reformas en este ámbito sean fruto de una seria reflexión, de modo que las pretendidas alternativas no se traduzcan en una mera ampliación del arsenal punitivo del Estado y sirvan, paradójicamente, para una relegitimación de la cárcel y de su realidad (47).

(47) Cfr. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992», en *Política criminal y reforma penal*, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Madrid, 1993, p. 344.

«Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma»

FRANCISCO JAVIER DE LEÓN VILLALBA

Ayudante de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA:

1. Cuestiones previas.—2. Proyección en la propuesta de Reforma: a. Requisitos de aplicación: a.1. Destinatarios.—a.2. Penas objeto de suspensión.—a.3. Responsabilidad civil.—a.4. Audiencia del interesado.—a.5. Condiciones de cumplimiento. Probation.—a.6. Posible consideración del Trabajo de Utilidad Social dentro del sistema de prueba.—a.7. Supuesto especial del art. 87. b. Efectos de la Suspensión Condicional: b.1. Cumplimiento de las condiciones.—b.2. Incumplimiento de las condiciones. c. Organos encargados de aplicarla.

INTRODUCCIÓN (*)

Los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 constituyen un paso adelante en la búsqueda del llamado «Código Penal del siglo XXI» como instrumento que dé respuesta al cúmulo de problemas que en la actualidad se plantean en el campo de la criminalidad y, esencialmente, al problema de la ejecución de las penas privativas de libertad en establecimientos penitenciarios y la subcultura carcelaria, creando *alternativas al castigo y no castigos alternativos* (1), lo cual nos lleva de principio a resaltar la necesidad de establecer

(*) El presente trabajo fue elaborado sobre la base del Proyecto de Código Penal de 1992, no obstante la aparición de un nuevo Proyecto en 1994 durante el proceso de su publicación, nos ha inducido a introducir algunas notas que ponen de manifiesto, con carácter general, la continuidad de la regulación ofrecida por el Proyecto de 1992.

una infraestructura mínima, capaz de acoger las medidas propuestas y dotar a futuras reformas de inmediata eficacia práctica (2), superando conceptos desfasados de imposición y ejecución sancionadora (3), que si bien con evidentes progresos, arrastra las limitaciones materiales de una lenta evolución (4).

Ambos Proyectos surgen como fruto de la labor legislativa y doctrinal sobre la base de anteriores propuestas de reforma, de ahí que, en el tema de alternativas penales, observamos cierto continuismo, matizado con la introducción de cambios significativos que contribuyen a consolidar la tendencia hacia la reducción en la aplicación de las penas privativas de libertad, y la completa abolición de las temidas penas cortas (5).

(1) LARRAURI, ELENA: «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español», *ADPCP*, fasc. I, 1991. p. 53.

(2) En el mismo sentido ASÚA BATARRITA, A. señala que: «La extensión de las alternativas a la prisión en otros países ha sido posible por la existencia de una estructura asistencial organizativa a partir de la cual se diversifica el cumplimiento de las indicaciones o condiciones que acompañan a ciertos substitutivos de prisión», en «Alternativas a las penas privativas de Libertad y Proceso penal», *CPC*, núm. 39, 1989. p. 622.

(3) Sobre una nueva forma de abordar el tema de la ejecución de las penas privativas de libertad en establecimientos penitenciarios, *vid.* REDONDO, SANTIAGO: «Evaluar e intervenir en las prisiones. Análisis de conducta aplicado», ed. PPU, 1992, pp. 23 y ss. Respecto de la posible configuración de los medios no judiciales de reparación a la víctima como substitutivos de la pena, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Medios no judiciales de reparación a la víctima», *La Ley*, año LVII, núm. 75. Buenos Aires, 1993 y GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E.: «La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal», en *Papers d'estudis i formació*, núm. 8, 1992.

(4) Una muestra del panorama penitenciario actual y la posibilidad de introducir alternativas al sistema carcelario, se recoge en los debates y ponencias celebradas en el Simposio Internacional organizado por la Fundación Encuentro y la Asociación Horizontes Abiertos: *Posibles Alternativas al Sistema Carcelario Actual*, ed. Ramón Areces, Madrid, 1993.

(5) En este sentido, parece conveniente recordar algunas de las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, en la resolución (76) 10 sobre determinadas medidas penales substitutivas de las penas privativas de libertad, de 9 de marzo de 1976:

1. Revisar la legislación en orden a eliminar los obstáculos legales en la aplicación de las medidas substitutivas de las penas privativas de libertad;

2. Desplegar todo el esfuerzo posible para desarrollar las medidas substitutivas ya existentes, y particularmente:

- a) Examinar las nuevas modalidades de la medida de *probation*, incluyendo la utilización cada vez mayor de facilidades para el alojamiento de los sometidos a esta medida, experimentadas en algunos Estados miembros, en orden a su adopción eventual;

- b) Asegurar que las penas pecuniarias puedan ser ampliamente utilizadas como sanciones, que haya métodos que permitan adecuar estas penas a los medios eco-

Dicho continuismo se hace patente en el PCP del 92 que se traduce en la configuración de la suspensión condicional como alternativa, exclusivamente, de las penas privativas de libertad, dejando fuera al resto de penas, así como la posibilidad de sustitución por penas de arresto de fin de semana y multa que únicamente cabe respecto de la pena de prisión. No se recoge, en principio, la utilización del trabajo en interés social, introducido como alternativa a la pena privativa de libertad en la mayoría de los ordenamientos europeos (6), como medida de apoyo en la intervención de delincuentes. Esta omisión, sin duda alguna obedecía al gran número de dificultades que su puesta en práctica podría producir (7), si bien, la segura obtención

nómicos del condenado y que los métodos de ejecución sean susceptibles de evitar, en la medida de lo posible, el recurso a la prisión por deudas;

c) Examinar la posibilidad de aplicación de diversas interdicciones (como la privación del permiso de conducir) y de la confiscación como medidas independientes sustitutivas de las penas privativas de libertad;

3. Examinar nuevas y diversas medias sustitutivas de las penas privativas de libertad, en orden a su introducción eventual en las legislaciones respectivas, y especialmente:

a) Considerar la posibilidad de aplicación de medidas penales que revelen la constatación de la culpabilidad sin imponer una sanción sustancial al delincuente;

b) Considerar la oportunidad de la *suspensión de la sentencia* después de haber comprobado la culpabilidad, en orden a permitir el pronunciamiento de una sanción teniendo en cuenta la evolución operada en el delincuente después de su enjuiciamiento;

c) Examinar las ventajas del trabajo en beneficio de la comunidad y de un modo particular la posibilidad concedida:

— al delincuente de purgar su sanción prestando un servicio a la comunidad,
— a la comunidad de contribuir activamente a la resocialización del delincuente aceptando su participación en un trabajo llevadero;

d) Examinar la contribución de las medidas de semidetención como medios de mitigar el régimen de encarcelamiento total y que permiten al condenado no tener que cortar o reanudar de nuevo sus lazos con el entorno social;

4. Poner a disposición de los servicios responsables de la aplicación de las medidas sustitutivas los recursos necesarios y asegurar su empleo lo más eficazmente posible.

(6) *Vid.* sobre las últimas tendencias en materia de alternativas penales en ámbito comparado DÜNKEL, FRIEDER, «Alternativas a la pena privativa de libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparadas sobre las sanciones», *Papers d'estudis i formacio*, núm. 2. 1987. pp. 55 ss.

(7) Debemos tener en cuenta que uno de los principios que rige la redacción del nuevo Código es «el realismo y aplicación efectiva de las sanciones penales: El Código no puede tener una eficacia meramente simbólica, ni prever sanciones inaplicables o de ejecución desproporcionadamente costosa. Deberá perseguir la consecución de los fines preventivos propios de la pena, sin perjuicio del respeto al principio de resocialización». GARCÍA VALDÉS, C., *Temas de Derecho Penal (Penología, Parte especial. Proyectos de Reforma)*, Centro de Estudios Judiciales, Universidad Complutense de Madrid, 1992, p. 406.

de resultados positivos mereciera el esfuerzo de dotarle de personalidad propia en el ámbito de las alternativas, o bien configurarlo como un elemento más integrado en alguna de las ya previstas, posibilidad aquí planteada. Es por ello que el PCP del 94 da un gran paso adelante y lo incluye dentro de su regulación, no sólo como pena en sentido estricto sino también como sanción subsidiaria e incluso como medida sustitutiva de la pena de arresto de fin de semana.

Ambos Proyectos prescinden también de la figura de la suspensión del fallo (8), aunque introducen cambios importantes en la suspensión condicional que la acercan notablemente a dicha figura. Por contra regula, dentro del campo de las alternativas a la pena de prisión, la posibilidad o el deber (9) de sustituir ésta, por la expulsión del territorio nacional en el caso de extranjeros que no residan legalmente en España, así como la facultad de remitir totalmente la pena de aquellos sujetos que colaboren con la justicia en la persecución de delitos relacionados con el terrorismo, configurada al margen de la regulación general de la suspensión condicional aquí estudiada y, en concreto en el art. 57 bis b) 2.º del CP (10).

La suspensión condicional de la pena se constituye como una verdadera suspensión a prueba con la introducción de condiciones conductuales que el sujeto ha de satisfacer para la consecución de la remisión total de la pena y la cancelación de los antecedentes penales.

El arresto de fin de semana y la multa, en su modalidad de cuota-multa, completan el triángulo de alternativas que comprenden la propuesta realizada por los Proyectos de 1992 y 1994, si bien estas últimas ya han sido objeto de estudio en otro trabajo (11).

(8) *Vid.* sobre su configuración en anteriores Propuestas VALMAÑA OCHAITA, S., *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990. pp. 37 ss.

(9) El art. 89 del Proyecto de 1992, establece que las penas inferiores a dos años «serán sustituidas», mientras que las superiores a éstas si que podrían ser sustituidas. Precisamente por el carácter facultativo que preside en la aplicación de los sustitutivos, tanto la enmienda núm. 139 del Grupo Parlamentario Vasco, como la núm. 697 del Grupo IU-IC.

(10) Ambas figuras no serán objeto de análisis en este trabajo que sigue la configuración que de ésta hace GARCÍA VALDÉS, en «Alternativas legales a la privación de libertad clásica», *Poder y Control*, núm. 0, *Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas*, 1986, pp. 192 y ss.

(11) DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Sustitutivos penales: multa y arresto de fin de semana. Últimas propuestas», en *RJCLM*, núm. 19, 1994. pp. 243 ss.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA

1. Cuestiones previas

Los Proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 recogen la suspensión condicional de la pena dentro del Título III, Capítulo III «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad», sec. 1.^a —arts. 80 a 86 en el PCP del 92 y 81 a 88 en el PCP del 94— bajo la rúbrica «De la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad» (12), manteniendo la regulación de una figura que vio la luz dentro del ordenamiento penal español en 1908, con la Ley de 17 de marzo de Condena Condicional, complementada por el Real Decreto de 23 marzo del mismo año (13).

Según la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo (2 de abril de 1908), «lo que la Ley de 17 de marzo último pretende, con buen acuerdo, es erigir sobre la remisión de la pena asignada á la primera culpa la corrección del que comparece ante la justicia, más que como reo, como víctima de un momentáneo apartamiento de la senda del bien obrar. La inejecución de la pena en que incurre le llama al arrepentimiento por la gratitud y por el temor, previniéndole á la vez contra los riesgos del contagio con reclusos envilecidos en los hábitos del crimen» (14). Posteriormente, será regulada en el Código Penal de 1928 y en el de 1932 (15), en el que pasa a denominarse «Remi-

(12) Bajo la misma rúbrica, el Anteproyecto del 91 regulaba tal institución en los arts. 79 a 86, mientras que el Borrador de Anteproyecto del 90 denominaba al capítulo III «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas», que recoge en su sección primera «De la suspensión de la ejecución de la pena» en los arts. 77 a 82. Como tendremos ocasión de estudiar al analizar la naturaleza de las penas que pueden ser objeto de suspensión, el prelegislador da un giro importante desde la redacción del Borrador hasta la aprobación del Proyecto. Respecto del Anteproyecto —arts. 80 a 87— y Proyecto del 94 no son muchas las diferencias existentes salvo en algunos aspectos concretos que serán convenientemente señalados.

(13) Además la Circular de 5 de mayo de 1908, que fija el criterio que debe seguirse para la aplicación del texto legal referente «á las ofensas á la moral, á las buenas costumbres y á la decencia pública», la **Real Orden Circular de 8 de marzo de 1909**, dictando instrucciones a que deben ajustarse los libros-registro de condenas condicionales y la **Real Orden de 5 de julio de 1909**, dictando reglas para determinar los deberes de los Juzgados municipales en la aplicación de la condena condicional á las huelgas. CUELLO CALÓN establece su origen anterior a la citada regulación en Norteamérica y, en concreto, en Massachussets, donde se aplicó por primera vez en sujetos menores delincuentes en 1859, extendiéndose su aplicación a delincuentes adultos en 1879 en Boston. *Derecho Penal (Parte General)*, Librería Bosch, Barcelona, 1926.

(14) *Código Procesal Criminal*, Biblioteca Scaevola, año 1908, p. 243.

(15) Título III, capítulo VI, sección III, Arts. 186 a 190 y Título III, Cap. V, Sec. II. Arts 95 a 100 respectivamente.

sión Condicional», terminología utilizada en el Código Penal de 1944 y por el vigente texto refundido de 1973 (16).

Dentro ya del panorama jurídico actual, tanto el Proyecto de Código Penal de 1980 como la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 contemplaron esta figura, que no se ha visto sustancialmente modificada por las reformas penales que afectan a dicha materia (LO 81/1983 y LO 1/1988), en las que únicamente se extiende el ámbito de su aplicación (17).

El Derecho penal español desde sus orígenes, y con las variaciones evolutivas lógicas, configura la suspensión condicional como una medida de sustitución de la ejecución de la pena impuesta en sentencia condenatoria (18), bien por ministerio de la Ley, bien como facultad motivada del órgano sentenciador, en base al cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas, considerando asimismo las circunstancias objetivas y subjetivas del supuesto juzgado, de cara a la imposición de medidas de prueba por parte del órgano judicial durante un período de tiempo en el que la ejecución de la pena queda en suspenso.

Tanto el Proyecto del 92 como el del 94 —arts. 80.1 y 81.1— mantienen el carácter facultativo de la concesión de la suspensión, que en cualquier caso habrá de ser motivada (19), pero suprimen la

(16) Sobre los antecedentes históricos y evolución de la suspensión condicional, *vid.* YAÑEZ ROMÁN, P. L., *La condena condicional en España*, Madrid, 1973, pp. 17 ss.

(17) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C., «Las reformas de la Legislación Penal», *Documentación Jurídica*, núms. 27-40, vol. I, pp. 24 y 25.

(18) Si partimos de la regulación realizada por el Proyecto del 94, debemos replantearnos la definición de la suspensión condicional de cara a ampliar su aplicación a las medidas de seguridad, tal y como establece el propio art. 97 que deja en suspenso la ejecución de la medida ya iniciada, en atención al resultado obtenido con su aplicación, condicionada a que el sujeto no delinca o la no concurrencia de las circunstancias que motiven la medida de seguridad.

(19) Es decir, que a través de auto deberán constatarse de forma expresa, clara y precisa los fundamentos racionales que, a juicio del Tribunal Sentenciador, existen para decretar aquélla (art. 1.º, Real Decreto 23 de marzo de 1908, que complementa la Ley sobre Condena Condicional). En el mismo sentido, la STC 224/1992, de 14 de diciembre, de la que transcribimos parte de su fundamento tercero: «Estiman los recurrentes que la discrecionalidad en que se ampara el Auto de 22 de febrero de 1989 no constituye una motivación suficiente de la decisión emitida en sentido denegatorio, por lo que a su juicio, no puede sino concluirse que dicha resolución ha supuesto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Y ciertamente no les falta razón, ya que la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse

posibilidad que prevé el artículo 94 del actual CP de aplicación por ministerio de la Ley, lo cual resuelve toda la controversia generada en torno a su puesta en práctica (20).

Por su parte el artículo 80.2 mantiene la regulación del borrador y el Anteproyecto, conservando el plazo de suspensión entre dos y cinco años, si bien amplía el número de circunstancias que habrán de ser valoradas por el órgano judicial, de manera que la decisión deberá tomar en cuenta tanto las condiciones objetivas como las subjetivas que concurren en el caso concreto, incluyendo el estudio de la personalidad del sujeto, la perpetración del ilícito y el conjunto de factores criminógenos que puedan añadir datos relevantes para su estudio (21). Esta idea conecta con los arts. 81.2 y 82.2 de los Proyectos, en el sentido de requerir los informes pertinentes que faciliten la labor mencionada. El Proyecto del 94, aunque parte del análisis de los mismos elementos, rompe el criterio tradicional de establecer un límite inferior y otro superior del período de suspensión y, señala dos períodos distintos en función del tipo de pena al que se aplique, correspondiendo a las penas menos graves —con el límite en los dos años— un período de dos a cinco años, mientras que en el caso de penas leves se reduce el período de tres meses a un año.

En cualquier caso, se requiere la previa audiencia del Ministerio Fiscal como una medida de carácter informativo, así como de complemento de cara al estudio y fundamentación de su concesión o denegación (22), sin ningún tipo de eficacia vinculante.

A partir de esta breve introducción, el objeto del trabajo se va a centrar en el estudio de la regulación que sufre la suspensión condicional (23) en las diferentes propuestas legislativas realizadas desde el borrador de Anteproyecto de 1990 hasta el Proyecto de 1994.

a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad que, por lo demás, vendría prohibida por el art. 9.3 de la Constitución».

(20) Vid. MAQUEDA ABREU, M. L., «Suspensión Condicional de la pena y Probation», Ministerio de Justicia, *Temas penales*, Madrid, 1985, p. 136.

(21) En el mismo sentido vid. BERNAL VALLS, J., «Consideraciones sobre la Condena Condicional», *ADPCP*, fasc. I, 1971, pp. 114 y 115.

(22) Debemos tener en cuenta que el art. 6 de la Ley de Condena Condicional de 1908 establece, como requisito previo a la adopción de su aplicación el informe previo del Ministerio Fiscal. Por su parte, la enmienda núm. 130 del Grupo Vasco al PCP de 1992 introduce la necesidad de que la audiencia previa se extienda a todas las partes personadas en el proceso, motivada en el mantenimiento del principio de igualdad de las partes. El Grupo Popular en la enmienda núm. 923 impone como necesaria la audiencia previa de la víctima, de cara a reforzar el efecto rehabilitador de la medida.

(23) Sobre su evolución histórica, naturaleza, derecho comparado y características en general, vid. VALMAÑA OCHAITA, S., *ob. cit.*, pp. 69 ss. y MAQUEDA ABREU, M. L., *ob. cit.*

2. Proyección en la propuesta de reforma

a. REQUISITOS DE APLICACIÓN

Ambos Proyectos siguen la línea de evolución marcada por las anteriores propuestas de reforma de 1980 y 1983, de manera que no sólo reproducen las innovaciones de éstas, sino que introducen aspectos nuevos que contribuyen a reforzar el carácter de esta figura, así como a potenciar el cumplimiento de los fines que a través de su imposición se intentan conseguir.

En este orden, se aprecia una identidad sustancial en la regulación ofrecida por ambos Proyectos (24), que en primer lugar mantienen el criterio de la primariedad delictiva, si bien aumentan el número de sujetos que pueden ser objeto del beneficio al no considerar reincidentes —a efecto de su aplicación— a todos aquéllos cuyas condenas hayan recaído por la comisión de un hecho delictivo imprudente, superando notablemente no sólo la regulación actual y la propuesta de 1980, sino también la realizada en el Anteproyecto de 1983, que limitaba su aplicación, en este tema concreto, a aquellos sujetos que hubieran sido culpados por imprudencia en una primera condena.

(24) El PCP del 92 mantiene la misma configuración que se le dio en el art. 80 del Anteproyecto del 90 y art. 78 del Borrador del 91, si bien en este último, el apartado 4.º tenía un contenido más impreciso en cuanto que disponía: 4.º *Que se hayan satisfecho en lo posible las responsabilidades civiles que se hubieren originado*. El tenor literal del artículo establece: «Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1.º Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tales efectos no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o pudieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 142 de este Código.

2.º Pronóstico favorable de que el condenado no cometerá delito en el futuro, emitido por el Juez o Tribunal sentenciador, previos los informes que estimare convenientes.

3.º Que la pena impuesta no sea grave o consista en privación de libertad subsidiaria por insolvencia en caso de impago de multa.

4.º Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo los supuestos de imposibilidad total o parcial de hacer frente a las mismas, apreciada por el Juez o Tribunal con la previa conformidad del Ministerio Fiscal.»

Respecto del Proyecto de 1994, únicamente la redacción del punto tercero sufre una alteración en cuanto que establece: «que la pena impuesta no rebase los dos años de privación de libertad».

El requisito del pronóstico favorable (25), que se introduce en el artículo 77 de la PANCP de 1983 (26), se recoge en ambas propuestas aunque con una variación importante, en cuanto que no exigen la valoración de un informe criminológico.

Respecto de la tercera condición, se mantiene el espíritu del PCP de 1980 y de la PANCP (27), modificando respecto de la regulación actual la determinación del límite temporal, así como la naturaleza de las penas a remitir. Por último, es necesario destacar la introducción de un nuevo requisito al establecer la necesidad de satisfacer previamente las responsabilidades civiles que se hubieran originado, salvo en supuestos de manifiesta imposibilidad para su cumplimiento, precepto que de alguna forma complementa la previsión realizada por el artículo 80.3 que prohíbe expresamente la aplicación de la suspensión condicional a las responsabilidades civiles derivadas del delito o falta penados.

Se reproduce el supuesto especial de aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para aquellos condenados, cuyo hecho delictivo haya sido ejecutado por su dependencia de las drogas tóxicas o estupefacientes en general, regulación en la que la postura del legislador va, desde la inaplicación para sujetos reincidentes de la regulación actual, a la posibilidad de aplicarla a estos sujetos en el Proyecto del 92 y, la discrecionalidad otorgada en el Proyecto del 94 según el cual el Juez o Tribunal, motivadamente, habrá de conceder o no el beneficio en función de las circunstancias del hecho y del autor.

Tanto el Proyecto del 92 —art. 67.2— como el del 94 —art. 568.2— regulan un supuesto especial de remisión de la pena para casos de colaboración activa en la lucha contra el terrorismo, sometido, esencialmente, a tres condiciones: a) la colaboración activa y trascendente del reo, b) que no se le impute al sujeto en concepto de autor la producción de la muerte de alguna persona o lesiones de los arts. 157 y 158, y c) que el reo no vuelva a cometer hechos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, durante el plazo de prescripción del delito. La única diferencia sustancial destacable es la diferente ubicación del precepto dado que pasa de considerarse una regla más de aplicación

(25) *Vid.* una crítica sobre la necesidad y utilidad del juicio pronóstico en: MÓNACO, L., «Las penas sustitutivas entre sistema penal “legal” y sistema “real”. Particularmente, discrecionalidad y prognosis judicial en el artículo 58, Ley 689/1981», pp. 416 ss. Traducido por DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, núm. 29, 1986.

(26) «77.1. Pronóstico favorable de que el condenado no cometerá delito en el futuro, emitido por el Juez, previos informes que estimare convenientes y, en todo caso, uno de carácter criminológico.»

(27) *Vid.* sobre su configuración en la citada propuesta a VALMAÑA OCHAITA, *ob. cit.*, pp. 83 ss.

de la pena en el primero, a tener un tratamiento propio dentro de un conjunto de reglas específicamente dirigidas a actividades terroristas en el segundo.

Sin duda alguna esta regulación, que establece notables variaciones al régimen general aquí estudiado, supone una traslación al campo judicial y, en concreto, al momento de ejecución de la pena de un problema cuyo enfoque, hasta ahora, había sido esencialmente político (28).

Una vez planteado el estado de la cuestión, pasamos a considerar individualmente los cambios introducidos en las nuevas propuestas de cara a evaluar el grado de adecuación como alternativa a las actuales penas privativas de libertad, cuya crisis progresiva (29) plantea la necesidad urgente de proponer medios de actuación y tratamiento de los fenómenos delictivos, que supongan verdaderas medidas de intervención y ayuda a los individuos, así como del resto de penas que pudieran ser también objeto de remisión (30).

a.1. *Destinatarios*

I. En primer lugar, se establece como condición la primariedad delictiva del sujeto (31), es decir, que éste haya delinquido por primera vez.

(28) En tal sentido, la justificación de la enmienda al art. 67 del Proyecto del 92, núm. 916 del Grupo Popular y la presentada al art. 66, núm. 686 del Grupo IU-IC.

(29) *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., «Derecho Penal y Control Social». Fundación Universitaria de Jerez, 1985; pp. 89 a 118; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la Pena*, ed. Tecnos. Madrid, 1987, pp. 156 a 165; NEUMAN, *Prisión abierta. Una nueva experiencia penológica*, Buenos Aires, 1984. pp. XXIX, XXX.

(30) No se estudia aquí, la posibilidad de suspender la ejecución de las penas privativas de libertad en aquellos supuestos en que, presentada la correspondiente solicitud de indulto, el sujeto no ha ingresado todavía para iniciar el cumplimiento, esencialmente por dos razones; en primer lugar, porque ambos Proyectos no la recogen en su articulado, y lo que es más importante, que en realidad dicha suspensión no puede considerarse una verdadera alternativa a la pena de privación de libertad, y más concretamente como una forma de aplicación de la suspensión condicional, en cuanto que no se trata de una suspensión a prueba del individuo, sometido al cumplimiento de unas condiciones que le llevarán a la apreciación judicial de la remisión de su pena, sino que se configura como una medida provisional en tanto el Consejo de Ministros, y no un órgano judicial, adopta una decisión de carácter político sobre la concesión del indulto a un sujeto. No obstante difiere de esta opinión RÍOS MARTÍN, J. C., «Alternativas a la prisión en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Revista Tapia*, núm. 70, mayo de 1993.

(31) Requisito introducido en el Código de 1928 y que se ha mantenido hasta la actualidad.

Dada por aceptada la tesis que aboga por una interpretación restrictiva del término delinquir (32), en el sentido de entender que el único hecho cometido con antelación al supuesto que motiva la presente aplicación de la suspensión condicional fuese constitutivo de delito, no incluyendo, por tanto, los hechos generadores de falta que consten como antecedentes penales del individuo. En apoyo de esta idea podríamos aducir que de tener intención de introducir dentro del concepto «delinquir» las acciones constitutivas de faltas, el legislador hubiera debido hacer mención expresa tal y como lo hace en el apartado segundo, cuando establece que «la pena ha de consistir en privación de libertad... y esté impuesta como principal del delito o falta...», de forma que su no introducción nos lleva a una interpretación restrictiva del precepto en favor de considerar únicamente la comisión de hechos calificados como delitos. Podríamos pensar que si el legislador deja fuera los delitos cometidos imprudentemente, en atención a la gravedad del hecho, con mayor motivo habrán de quedar fuera las faltas. De esta forma, el Proyecto va más allá y amplía ostensiblemente el número de posibles beneficiarios (33), de forma que no se circunscribe a considerar como requisito la presencia de una única condena por delito imprudente, sino que lo generaliza al conjunto de condenas que con anterioridad el sujeto tenga con esta calificación, excluyendo de forma genérica su aplicación a todos

(32) A lo largo de la evolución de estos preceptos han sido múltiples los problemas de interpretación que se han planteado para determinar el contenido del término delinquir, en el sentido de entender incluida únicamente la comisión de delitos, o bien desde una concepción amplia, abarcar todo tipo de infracción penal conteniendo también las faltas. Incluso se ha planteado la cuestión de determinar si la expresión **delinquir por primera vez...**, requería la presencia de condena anterior, llegando en alguna ocasión a pretender incluir aquellos supuestos en que se diera la comisión de un hecho calificado legalmente como ilícito, sin la necesidad de que exista condena sobre él. Parece claro que el espíritu con el que fue redactada la Ley de 1908, hace alusión a la comisión de delitos, dejando de lado las faltas. *Vid.* al respecto la argumentación realizada sobre el término, en base a una interpretación histórica MAQUEDA ABREU, M. L., *ob. cit.*, pp. 92 ss.; otros autores como BERNAL VALLS, *ob. cit.*, p. 108, y GARRIDO GUZMÁN, L., «Nuevas perspectivas de la Remisión Condicional de la pena», *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, col. I, ed. Edersa, Madrid, 1985, pp. 528 ss., o en *Estudios Penales y Penitenciarios*, ed. Edersa, 1988, mantienen una interpretación restrictiva, que deja fuera la comisión de faltas. Como muestra de una visión amplia del término, que incluye la comisión de faltas *vid.* QUINTANO RIPOLLÉS, «Compendio de Derecho Penal», t. I, pp. 470 ss. Por su parte, la doctrina de la Fiscalía del Tribunal Supremo vertida en «Cincuenta años de doctrina de la Fiscalía del Tribunal Supremo», t. I, Memorias: 1926-1975, al analizar el problema de la consideración del delincuente primario en su Orden de 30 de diciembre de 1947, establece que no han de tener acceso al Registro Central «más que determinadas condenas por faltas y no otras», con lo cual no contribuye mucho a aclarar el problema.

(33) Tal y como pone de manifiesto VALMAÑA OCHAITA, S., *ob. cit.*, p. 77.

aquellos individuos que, al menos una vez, han sido sentenciados por un delito doloso.

Mantienen la misma postura sobre la no consideración de los antecedentes penales, a los efectos de establecer la primariedad delictiva, si hubiesen sido cancelados o pudieran serlo con arreglo al artículo 142 del Proyecto del 92 —art. 136 del PCP del 94— (previsión introducida por la reforma de 1983), garantizando así la equiparación del delincuente rehabilitado con el primario (34). Esto podría plantear problemas de interpretación que ya han sido objeto de crítica (35) al no poner de manifiesto la posibilidad de aplicación de este beneficio en varias ocasiones o restringirlo a una sola concesión, en cuyo caso y, manteniendo una posición interpretativa de carácter amplio, se dejaría de lado la facultad de decidir al órgano judicial en cada caso lo que estime conveniente conforme a las circunstancias del hecho.

II. El artículo 80.2.º del Proyecto de 1992, al igual que el Proyecto del 94, siguiendo la línea establecida por anteriores propuestas de reforma introduce la necesidad de emitir un pronóstico favorable de que el condenado no cometerá delito en el futuro por parte del órgano sentenciador, previos los informes que estime convenientes.

De esta forma, el legislador viene a reforzar la facultad discrecional de otorgamiento de tal beneficio por parte del Juez, en cuanto que tal precepto no vincula de ninguna forma la decisión del órgano decisor respecto de los resultados que ofrezcan los informes que pueda requerir, indicando únicamente la necesidad de realizar un estudio del condenado y la emisión de un juicio pronóstico acerca de la probabilidad de reincidir en conductas delictivas.

En esta línea se apunta la omisión de la exigencia de previa valoración de un informe criminológico (36). Suprimido éste, la emi-

(34) De nuevo el legislador mantiene la denominación de condena condicional en el apartado 4.º del art. 140, sin duda alguna motivado por la constante utilización de dicha denominación, obviando las críticas de algunos autores como MAQUEDA ABREU, M. L.: *ob. cit.*, p. 42, o NÚÑEZ BARBERO, R.: *Suspensión condicional de la pena y «probation» (Problemática acerca de su naturaleza jurídica)*, Salamanca, 1970, p. 31, y VALMAÑA OCHAITA, S., *ob. cit.*, p. 73, que califica su utilización como de «técnica legislativa obsoleta e imprecisa».

(35) *Vid.* por todos MAQUEDA ABREU, M. L., *ob. cit.*, p. 100.

(36) Con ello parecen reflejarse las críticas de carácter práctico realizadas por DEL TORO MARZAL, A.: «La paralización de la pena en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal», *Documentación Jurídica*, núms. 37-40, vol. 1.º, 1983, pp. 199 ss. Si bien dichas críticas son, desde el punto de vista práctico y de aplicación, admisibles, la carencia de personal suficiente en número y cualificación no deja de ser un problema de administración y funcionamiento de la Justicia, y por lo tanto completamente deseable desde el punto de vista de propuesta de futuro, de ahí que su supresión adolezca de un excesivo pragmatismo. Es evidente la necesidad de realización de un estudio de carácter criminológico, que abarque todo el conjunto

sión del pronóstico queda a la libre valoración del Juez que tendrá plena potestad para requerir cualquier tipo de informe.

Ante esta omisión, debemos adoptar una postura crítica que parte de la propia naturaleza de la institución que nos ocupa, íntimamente relacionada con la personalidad del sujeto y su forma de actuación. En gran parte, son valoraciones de tipo subjetivo acerca de la personalidad del sujeto, las que van a motivar la concesión de dicho beneficio, de forma que en todo caso ha de considerarse necesario un estudio que, independientemente de la constatación efectiva de sus resultados, puesto que hablamos de circunstancias futuras, ofrezca una garantía mínima de éxito. Esta labor necesariamente ha de ser llevada a cabo por especialistas de la conducta, que no pueden ser suplidos por el buen hacer de un órgano judicial que, en todo caso y tras la constatación del cumplimiento de los requisitos legales, tendrá en su mano la concesión o denegación de la suspensión.

De ahí que parecería lógico mantener una relación de carácter vinculante entre la decisión judicial y los resultados extraídos de los informes, partiendo evidentemente del carácter obligatorio de la realización de un estudio previo llevado a cabo por especialistas, en orden a determinar posibles comportamientos delictivos futuros del individuo.

Incluso si partimos de la interpretación ya asentada, de que la suspensión condicional es una forma de suspensión de la ejecución —o del cumplimiento, desde el punto de vista del condenado— de la pena impuesta, parece sensato admitir que la realización de un estudio previo estuviese basado en los principios que dirigen la observación y tratamiento penitenciarios (37) y, en concreto, los contenidos en el artículo 62 de la LOGP y 240 RP, que establecen la necesidad de realizar un estudio científico de la personalidad del sujeto en cuestión (38), como paso previo a la realización del diagnóstico y pronóstico, respetando en todo caso los derechos constitucionales de todo individuo. Esto último nos llevaría a plantearnos un problema importante como es la aceptación por parte del penado de la realización de los estudios, si bien, puesto que la institución aquí estudiada se configura como un beneficio que se concede al sujeto

de circunstancias socio-culturales y ambientales que conformen la conducta del individuo a través de estudios del historial clínico, familiares, tests psicológicos, entrevistas individualizadas con especialistas, valoración de las relaciones del individuo en su medio social..., todo ello dirigido a detectar las verdaderas deformaciones y carencias cognoscitivas del individuo, así como el planteamiento de un pronóstico, cuando menos razonado.

(37) En el mismo sentido VALMAÑA OCHAITA, S.: *ob. cit.*, p. 81, nota 49.

(38) De manera que las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho habrán de ser valoradas en un doble momento: a) en el momento de estudiar la posibilidad de otorgar la suspensión condicional y, b) en el momento de establecer las condiciones a imponer durante el periodo de prueba.

en base a sus circunstancias particulares, parece que la aceptación de la suspensión debería llevar implícita también la de sus condiciones siempre y cuando estén dentro de los límites de legalidad.

a.2. *Penas objeto de suspensión*

Tanto el Anteproyecto de Código Penal del 91, como el borrador del 90 y el propio Proyecto, no difieren en las características que han de reunir las penas, cuya ejecución va a ser objeto de suspensión y que serán recogidas por el Proyecto del 94.

En relación con la naturaleza de la pena, el Proyecto de 1992 limita su aplicación, conforme al criterio tradicional (39), a las penas privativas de libertad, rompiendo la línea establecida en la PANCP que la ampliaba a otro tipo de penas, incluso a penas de carácter accesorio (40). En este punto concreto, la omisión de cualquier referencia podría ser interpretada como la aceptación del legislador de la posibilidad de suspensión de las penas accesorias, independientemente de su naturaleza, que acompañan a las penas privativas de libertad. Por el contrario, si existiera una voluntad clara de limitar su aplicación a las penas accesorias, el legislador hubiera debido hacerlo de forma expresa tal y como lo hace en el artículo 97 del CP.

El Título de la sección 1.^a del Capítulo III del borrador de 1990 «De la suspensión de la ejecución de la pena» llevó a entender que la suspensión condicional pudiera ser aplicada a cualquier tipo de pena, tal y como ha interpretado Mir Puig al decir que «sigue siendo, no obstante, más amplio que el Código vigente en cuanto a que permite condena condicional en penas distintas a las de prisión —por ejemplo, en una de multa—...» (41). Una valoración diferente en base al artículo 77.1.º (42) lleva a restringir de nuevo la aplicación de la suspensión condicional a las penas privativas de libertad, negando la posibilidad a cualquier otra (43). Además, el Proyecto del 92 introduce un nuevo Título que deja clara cualquier duda sobre el tema

(39) Sobre la evolución histórica *vid.* MAQUEDA ABREU, M. L., *ob. cit.*, pp. 102 ss.

(40) *Vid.* MAQUEDA ABREU, M. L., *ob. cit.*, pp. 107 a 109, y VALMAÑA OCHAITA, S., *ob. cit.*, pp. 83 y 84.

(41) «Alternativas a la prisión en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990», *Papers d'estudis i formació*, núm. 7, 1991, p. 61.

(42) El art. 77.1 —Borrador de Proyecto de 1990— confiere a los Jueces y Tribunales la atribución de otorgar motivadamente la condena condicional, que deja en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad.

(43) DE SOLA DUEÑAS, A., «Formas sustitutivas de la ejecución de las penas en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990», *Papers d'estudis i formació*, núm. 7, 1991, p. 25.

«De la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad» (44), que se reproduce en el Proyecto del 94.

Tampoco parece plantear ningún problema su extensión a los hechos constitutivos de faltas (45), si bien con relación al Texto del 92 se planteaba el problema de cuál debía ser el tratamiento de aquellos supuestos en que el cumplimiento de un período de prueba fuera más gravoso para el individuo (dado que el límite inferior es de dos años), que el propio cumplimiento de la pena impuesta a la falta. Por ello señalábamos la posibilidad de que el sujeto pudiera renunciar a tal beneficio o, dicho de otra forma, valorar hasta qué punto tal institución una vez adoptada se configura como un deber insoslayable para el individuo o existe la posibilidad de su renuncia (46).

Dado que el legislador, en ninguna de las sucesivas regulaciones que la suspensión condicional ha tenido hasta ahora, ha previsto de forma expresa tal cuestión, el problema debe ser solucionado por la vía interpretativa, lo que nos llevaría a pensar, en base a los fines que mueven tal institución, que en aquellos supuestos en los que la suspensión pueda provocar efectos, si cabe, de mayor perjuicio para el individuo, éste pudiera renunciar a su aplicación acatando la pena impuesta por mandato lógico derivado de la prevención especial.

Sin duda alguna, los órganos encargados de su concesión son el punto clave de solución de estas posibles situaciones, en cuanto que del estudio de las circunstancias del individuo y de la pena a imponer, habrán de valorar la necesidad de conceder tal beneficio, evitando así supuestos que pudieran plantear estos problemas.

En el Proyecto de 1994 esta cuestión se soluciona a través de la adecuación del período de suspensión al tipo de pena al que se aplica, distinguiendo, como, ya se puso de manifiesto, entre la suspensión

(44) El Grupo Vasco propone, de cara a incluir en este beneficio a las penas menos graves, en su enmienda núm. 129 al PCP del 92, la adición al art. 80.1 de la expresión «... o de derechos». Coherentemente con dicha enmienda debiera haberse introducido la modificación del Título III, así como el correspondiente a su sección primera.

(45) El art. 81.3 del Proyecto del 92, al establecer: «Que la pena impuesta no sea grave o consista en privación de libertad subsidiaria por insolvencia en caso de impago de la multa», parece incluir de forma expresa todas las faltas que consistan en privación de libertad. Recordemos que en su art. 12.3 indica que son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve, y por lo tanto subsumible dentro del artículo anterior.

(46) Cfr. enmiendas núms. 350 y 565 del Grupo Parlamentario Catalán y el Grupo CDS al Proyecto de CP de 1992 respectivamente. La primera establece en el apartado segundo que: «El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas menos graves y de un mes a un año para las penas leves, y se fijará por los Jueces y Tribunales...» de forma que se reduce el plazo para las penas leves. Por su parte, la segunda acorta el plazo de suspensión de uno a cinco años, de forma que puedan otorgarse a las condenas menores.

de penas privativas de libertad cuya duración oscila entre seis meses y dos años y arresto de siete a veinticuatro fines de semana y, la concedida a aquellas otras de carácter leve que se concreta en el arresto de uno a seis fines de semana. Para las primeras, el período de suspensión será de dos a cinco años, mientras que las segundas quedarán suspendidas entre tres meses y un año.

Respecto de la posibilidad de aplicación de la suspensión condicional a las penas de privación de libertad subsidiaria por impago de la multa, el Anteproyecto de 1994 las incluía expresamente en el artículo 81.3.º, todo lo contrario que el Proyecto del 94 que guarda silencio sobre el tema. No obstante, de la interpretación conjunta de los artículos 53.1, 33.5 y 81.2 del citado cuerpo legal, podríamos llegar sin duda alguna a concluir que este tipo de penas pueden, y creemos que deben (47), ser objeto de suspensión hasta el límite legal.

El artículo 53.1 establece la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que podrá ser calificada de menos grave o leve conforme el artículo 33.5 y, por lo tanto, reúne las cualidades requeridas en el apartado segundo del artículo 81, es decir, se trata de una privación de libertad dentro de los límites establecidos.

De forma general, podríamos considerar que ambas propuestas, configuran la suspensión condicional como una alternativa aplicable, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, a las penas privativas de libertad, que conforme a la clasificación realizada por el artículo 30 (48) del Proyecto del 92 no sean penas graves, así como por vía omisiva, a las accesorias que acompañen a la pena principal privativa de libertad y entren en el límite temporal establecido por la norma. Omite la posibilidad de suspensión de penas de carácter económico (49), idea que parte del espíritu de la Ley de 1908 (50) y que *a priori* parece adecuada a la naturaleza y fundamento de la

(47) Vid. DE LEÓN VILLALBA, F. J.: *op. cit.*, pp. 254 y 255.

(48) El artículo 30 de la propuesta de Proyecto del 92 establece como penas privativas de libertad no graves, tanto las previstas en sus apartados 3.º y 4.º (reproducido en el Proyecto del 94 en el art. 33. 3.º y 4.º):

- prisión de seis meses a dos años
- el arresto de siete a veinticuatro fines de semana
- el arresto de uno a seis fines de semana.

(49) Lo cual va a restringir notablemente el número de supuestos en que la remisión condicional se va a poder poner en práctica, dado que en la actual propuesta del 92 son muchos los delitos y las faltas cuyas penas tienen carácter económico. De ahí que sean trasladables las críticas realizadas al PCP de 1980 por varios autores. Vid. ANTÓN ONECA, J.: «*Derecho Penal*», p. 564, y GARRIDO GUZMÁN, L., *ob. cit.*, p. 536.

(50) Vid. MAQUEDA ABREU, J. L., *ob. cit.*, pp. 105 a 107.

alternativa, tendente a preservar al sujeto de los efectos nocivos de la prisión (51).

Otro problema importante, que queda sin resolver, es la vieja polémica suscitada en torno a la posibilidad de otorgar la suspensión en supuestos de concurso de delitos y penas conjuntas, configurándose la interpretación como única vía de solución al problema.

Respecto al supuesto concursal, la tesis que parece más aceptada, tanto a nivel teórico como práctico, parece ser la mantenida por Maqueda Abreu que propugna la apreciación conjunta de las penas en concurso, otorgando la suspensión en bloque a todas las penas si su suma no excede del límite temporal legalmente establecido (52), solución que debería extenderse a supuestos en los que la privación de libertad se acompañe de una multa que no ha sido satisfecha, convertida en prisión subsidiaria.

a.3. Responsabilidad civil

Superada la redacción del borrador de 1990 (53), el Proyecto del 92 mantiene la regulación introducida por el art. 80.4 del Anteproyecto. El actual artículo 81.4.º no solamente exige la apreciación judicial sino que además establece la necesidad de contar con la conformidad del Ministerio fiscal, si bien la mención a la satisfacción total o parcial genera cierta dificultad interpretativa que, en cualquier caso y de cara a su proyección práctica, necesitaría de una mayor

(51) En palabras recientes del Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de junio de 1993, fundamento quinto: «... Una vez comprobada la ineficacia de las penas cortas de privación de libertad para conseguir la corrección del reo e incluso el riesgo de contagio que conlleva la convivencia de quien ha delinquirado ocasionalmente con los delincuentes habituales o profesionales, se arbitró como “ensayo” en su día que se ha demostrado positivo, la suspensión del cumplimiento de la condena impuesta, si se trata de “primarios” (una primera vez), para conseguir así, mediante la doble presión de la gratitud por el beneficio y el temor de su pérdida, la rehabilitación, con una función profiláctica de la criminalidad.» Si bien inicialmente dicha fundamentación deriva directamente de la realizada por el propio legislador en el momento de la promulgación de la Ley de 1908, recogida por la propia Fiscalía del TS en una circular de 1908 (p. 4), la pretendida función profiláctica señalada por la sentencia del TC, añade una duda sobre su interpretación, en tanto que la función de preservar, es decir, de poner a cubierto anticipadamente a una persona o grupo de personas, frente algún daño o peligro, no se deja claro si busca la defensa del grupo social frente al fenómeno de la criminalidad, o lo que parece más acertado, la preservación del sujeto ante los más que probables males que podrán afectar al sujeto en el supuesto de ser internado en un centro penitenciario, en cuyo caso se considera incorrecto aludir al fenómeno más general de la criminalidad.

(52) *Ob. cit.*, p. 116.

(53) Art. 78.4: «Que se hayan satisfecho en lo posible las responsabilidades civiles que se hubieren originado.»

concreción. El Proyecto del 94 únicamente se diferencia en la intervención del Ministerio Fiscal que al igual que los interesados habrá de ser oído por el Juez o Tribunal con carácter previo a la concesión de la suspensión.

La satisfacción de la responsabilidad civil derivada del hecho, se considera como un requisito previo más para la concesión del beneficio aquí estudiado que se exceptúa, únicamente, tras la apreciación judicial de la imposibilidad de cumplimiento total o parcial del sujeto (54).

Únicamente, apuntar en todo caso que la suspensión nunca podrá extenderse a los efectos derivados de la responsabilidad civil, tal y como establece el artículo 97 del CP, norma tradicional en nuestra legislación que se mantiene sin alteración alguna hasta la última propuesta de reforma. Una vez más, debemos acudir a la naturaleza de la institución para señalar que la finalidad buscada es la evitación de los males derivados de la ejecución de la pena y no la reparación del daño causado.

Con el contenido de este apartado, el legislador puede haber buscado un medio de reforzar el cumplimiento de las responsabilidades derivadas del delito de manera que el sujeto conoce de la imposibilidad de recibir tal beneficio, sin el cumplimiento de este paso previo, pero no profundiza en la utilización de la responsabilidad civil como instrumento de carácter complementario e incluso alternativo, desde el punto de vista político-criminal (55).

a.4. Audiencia del ofendido

La audiencia del ofendido o su representante, aunque ubicada fuera de las condiciones de concesión —arts. 86 y 87 de los PPLOCP del 92 y 94 respectivamente—, se presenta como un requisito previo para la concesión del beneficio en aquellos supuestos en que el delito sólo pueda ser perseguido previa denuncia o querrela del ofendido (56).

El problema es determinar hasta qué punto dicho requisito se configura como una condición indispensable para la concesión de la suspensión.

En primer lugar debemos señalar el carácter restrictivo de tal precepto desde la reforma del 89, que hace alusión únicamente a las calumnias e injurias y a los delitos contra el derecho a la propia imagen. Por otro lado, parece que su apreciación en artículo separado

(54) No obstante esta excepción no tiene nada de novedoso puesto que ya se recogía en la Ley de 1908, art. 4.º

(55) MIR PUIG, S., *ob. cit.*, p. 63.

(56) Sobre los delitos que requieren previa denuncia o querrela del ofendido, *vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, I., «Código Penal comentado, artículo 94», ed. Akal, y STS de 12 septiembre 1991.

del régimen general de condiciones cuyo cumplimiento sí que parece imprescindible, así como una interpretación coherente con los principios que rigen tal institución —facultad que se otorga al tribunal, una vez derogada la apreciación por ministerio de la Ley—, nos lleva a concluir que la no concurrencia de tal requisito no impide su concesión, y en última instancia que su no realización debiera ser subsanable. Su mantenimiento parece obedecer a la necesidad de contar con la apreciación de la parte ofendida en aquellos procesos en que, solamente la iniciativa del particular actúa como estímulo judicial.

Firme la sentencia y comprobado el cumplimiento de las condiciones que establecen los artículos 81 y 82 de ambos Proyectos, se establece que el Juez o Tribunal sentenciador se pronuncie sobre la concesión o no con la mayor urgencia, no debiendo comunicar los antecedentes penales derivados del caso durante el período de espera (57), lo cual supone una loable novedad que afirma la voluntad del legislador de convertir esta figura en un instrumento ágil y eficaz. Una vez acordada la suspensión de la ejecución de la pena, la inscripción se llevará a cabo en una sección especial, separada y reservada del Registro, a la que sólo podrán acceder los Jueces y Tribunales.

a.5. *Condiciones de cumplimiento. Probation*

La Ley de 1908 prevé la imposición de condiciones de cuyo cumplimiento depende el éxito de la suspensión como son la recogida en el artículo 14 que impone la abstención de cometer delito durante el plazo probatorio (58) y la obligación de comunicar a las autoridades competentes todo traslado de residencia (art. 9 en relación con el 10) (59). Con posterioridad ningún Código ha recogido éstas u otras condiciones de forma expresa hasta la actualidad, en que las diferentes propuestas de reforma establecen una serie de condiciones que podrán ser impuestas en función de cada caso concreto (60).

(57) Los instrumentos legislativos aquí estudiados, prevén una redacción semejante, con la excepción del Borrador del 90 —art. 79— que no restringe la comunicación de antecedentes.

(58) Siguiendo la regulación tradicional el Borrador de Anteproyecto de 1990 imponía esta única condición en el art. 80.1.º

(59) MAQUEDA ABREU, M. L., *ob. cit.*, p. 153.

(60) Únicamente la PCP de 1980 introduce una cláusula general en el art. 94, que venía a decir que «El tribunal podrá imponer al reo la observancia de reglas de conducta y la realización de tareas tendentes a evitar la recaída en el delito y a favorecer su reinserción social, así como disponer que se le preste ayuda por los organismos asistenciales de Instituciones Penitenciarias», condicionando la remisión de la pena a que el sujeto no delinca y observe las reglas que le sean impuestas. Posteriormente, la PANCP del 83 se separa de esta dirección manteniendo únicamente la comisión de hechos delictivos. El Proyecto del 92, en el art. 83, establece:

De entre las dos opciones que ofrecen por un lado el PCP de 1980 y de otro el PANCP de 1983, el Proyecto del 92 se inclina por la dirección asumida por el primero en tanto que prevé la posibilidad de que el órgano judicial pueda imponer unas normas de conducta al sujeto como condiciones de obligado cumplimiento de cara a mantener vigente, hasta completar el período de prueba, la suspensión de la ejecución de la pena. Para ello establece dos regímenes diferentes:

a) Para supuestos en que la pena no supere el año de duración, la única condición impuesta y que debe ser objeto de cumplimiento, es la de no delinquir durante ese período.

b) En aquellos casos en que la pena sea superior al año, además de la condición general mencionada el Juez o Tribunal podría fijar, en cada caso, las condiciones pertinentes (61).

El Anteproyecto del 90 y el Proyecto del 91 mantenían la misma regulación con una única diferencia respecto de la primera regla de

«1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará condicionada a que el reo no delinca en el período de prueba que se señale en la resolución judicial y a que, en las penas de prisión superiores a un año, cumpla las reglas de conducta que le podrá fijar, en cada caso, el Juez o tribunal sentenciador, de entre las siguientes:

1.^a Prohibición de acudir a determinados lugares.

2.^a Prohibición de ausentarse del lugar donde resida sin autorización del Juez o Tribunal.

3.^a Comparecer, personal y obligatoriamente, ante el Juzgado o Tribunal o lugar o Servicio de la Administración que éstos señalen, para informar y justificar sus actividades.

4.^a Reparar, si no hubiere sido posible hacerlo anteriormente, los daños y perjuicios ocasionados por el delito, salvo que se demuestre a satisfacción del Juez o Tribunal y con la conformidad del Ministerio Fiscal, estar el reo en imposibilidad de hacerlo.

5.^a Los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.»

(61) A simple vista esta norma podría plantear el problema, diferente al de la aceptación del beneficio de la remisión, de determinar hasta qué punto el cumplimiento de las conductas impuestas por el órgano sería obligatorio, o bien, de libre aceptación. Si partimos de que la idea fundamental de dichas reglas de conductas es la de conseguir la resocialización del individuo a partir de la aplicación de medidas adaptadas a las necesidades de cada supuesto, podemos establecer un claro paralelismo con el tratamiento propuesto dentro de los centros penitenciarios para sujetos penados, siendo éste de libre aceptación por parte del sujeto sin que pueda ser obligatorio. De ahí la necesidad de fundamentar el carácter imperativo de dichas conductas, que no podría ser otro que la naturaleza de la suspensión condicional como una alternativa dejada en su aplicación a la libre consideración de Jueces y Tribunales, y por lo tanto, como un beneficio que se le otorga al sujeto, que en caso de su aceptación, lo será con el compromiso de cumplimiento de las condiciones impuestas, y de cuyo incumplimiento se produciría una ruptura de la situación que devendría en la aplicación de la pena sometida a suspensión.

conducta, ya que el primero hacía mención a la prohibición de frecuentar determinados lugares, mientras que el Proyecto establece la prohibición de acudir a determinados lugares, concepto este que anula la posibilidad de acceder allá donde recaiga la prohibición, mientras que el término frecuentar parecía permitir la entrada, si bien de una forma no usual.

El sistema establecido en el Proyecto del 94 se distingue esencialmente en la no diferenciación de trato en función de la duración de la pena, de forma que todos los sujetos quedan sometidos al mismo régimen de condiciones. En el fondo, la cuestión era la necesidad de buscar una solución al problema de las faltas ya mencionado. El sometimiento de un régimen de condiciones y durante un período de dos años podría suponer en muchos casos una situación más gravosa para el individuo que el propio cumplimiento de la pena, de ahí que el Proyecto del 92 intenta solventarlo a través de la reducción de las condiciones a respetar durante el período de suspensión. Por el contrario, en el Proyecto del 94, el legislador opta por ofrecer la solución al problema dividiendo dicho período y procediendo a una considerable reducción para las penas inferiores, aun debiendo de cumplir las mismas condiciones.

Estas condiciones tienden a limitar las posibles conductas del individuo restringiendo su libertad de movimiento, y en tal sentido las dos primeras reglas que aluden a la prohibición de acudir a determinados lugares, así como la de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal, del lugar donde resida (62).

La tercera de las condiciones impone al sujeto un deber de presentación ante el órgano establecido en el auto de suspensión, ante el cual deberá justificar y poner de manifiesto sus actuaciones. Es de hacer notar que no necesariamente ha de ser el Juzgado o Tribunal el órgano encargado de realizar el control de la situación del indivi-

(62) Condición ésta que recoge de forma expresa la limitación de traslado de residencia habitual establecida en la Ley de 1908. En esta ocasión, el legislador ha utilizado una técnica diferente de cara a evitar los problemas planteados por el requisito todavía vigente de la citada Ley, y en concreto, aquellos supuestos en que el individuo no traslada su residencia, sino que se ausenta temporalmente de ella, o bien aquellos otros en que, sin tener una residencia habitual, existe una ausencia del individuo, situaciones ambas que acababan con la revocación de la remisión condicional, en cuanto que el individuo no había puesto en conocimiento de las autoridades sus desplazamientos, derivando de ello el incumplimiento de la condición. Como han puesto de relieve algún autor como DEL TORO MARZAL (*Comentarios al Código Penal*, ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 506), una interpretación correcta de tal precepto no obliga al individuo a poner de manifiesto ausencias de su residencia, sino el cambio de ésta. Con la redacción del Proyecto, cabría la solución de ambos problemas, aunque también se podrían suscitar otros con aquellas personas cuya residencia no coincide con el lugar donde está siendo juzgado el hecho, como puede ser el caso de un extranjero.

duo, sino que se extiende tal posibilidad a la Administración y, en concreto, a los servicios de asistencia social, los cuales pudieran prestar una ayuda más acorde con las necesidades del sujeto.

En cuarto lugar, se establece la obligación de reparar los daños causados en el caso de que no lo hubieran sido en el momento de conceder el período de prueba, salvo que quede demostrado para el órgano judicial decisor la imposibilidad de hacerlo, y el Ministerio Fiscal preste su conformidad, en coherencia con el artículo 83.1.4.º (63). Si anteriormente se establecía la satisfacción de la responsabilidad civil como condición previa para el otorgamiento del beneficio, ahora nos encontramos con que la reparación del daño se podría convertir en cada caso en una condición de cumplimiento en orden a conseguir la remisión definitiva de la pena (64). Tal medida podría tener una doble lectura, en el sentido de restituir a la víctima del daño causado y de otro lado, la de considerar tal medida como una acción terapéutica de cara al responsable (65); de ahí el carácter facultativo de esta condición que, en cualquier caso, el órgano judicial habrá de imponer valorativamente en cada supuesto, juzgando tanto la necesidad como la posibilidad de realizar tal restitución.

(63) Parecen muy aceptables las enmiendas presentadas al PCP de 1992 que modifican la necesidad de conformidad, por la simple audiencia del Ministerio Fiscal, en orden a no condicionar con su decisión la facultad que se otorga al órgano jurisdiccional: motivación de la enmienda núm. 566 presentada por el Grupo CDS. Aún fue más allá la propuesta del Grupo Parlamentario Vasco, que propuso la previa audiencia de todas las partes en su enmienda núm. 134. El Proyecto de 1994 parece asumir la postura del grupo CDS y así establece únicamente la audiencia del Ministerio Fiscal.

(64) En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M., *ob. cit.*, p. 6. Sobre la posibilidad de configurar la restitución del daño como una figura autónoma en el Derecho penal, o como una alternativa a las penas privativas de libertad, destacando la actual evolución en el Derecho continental, a diferencia del ordenamiento del Common Law que tiene larga tradición en la utilización del resarcimiento con una función punitiva, a configurarla como alternativa que atiende a finalidades de carácter preventivo tanto general como especial, *vid.* MANNA, ADELMO, «Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale», *L'indice Penale*, núm. 3, 1991, pp. 560 ss.

(65) Para LANDROVE «estos incentivos se utilizan no sólo para satisfacer las legítimas pretensiones de la víctima, sino también para implicar al victimario en la reparación... Los defensores de estos programas insisten en subrayar que al implicar a los culpables en los mismos se les obliga a constatar el daño real producido por su conducta, lo que —por lo menos en principio— debe repercutir muy favorablemente en su rehabilitación... Se presenta así la restitución como una respuesta al delito razonable y humanitaria que beneficia tanto a la víctima como al delincuente y llamada —además— a otorgar una nueva dimensión a la justicia penal, superando criterios simplemente retributivos». En *Victimología*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 78 y 79.

Al margen de estas condiciones, el Proyecto del 92 deja al Juez o Tribunal la posibilidad de establecer cualquier tipo de deber que pueda contribuir a la rehabilitación social del penado, con el único límite de que éstos no constituyan un atentado contra su dignidad, lo cual podría plantear problemas de compatibilidad con el principio de legalidad en la imposición y ejecución de penas y, por lo tanto, ha de regir en la previsión y ejecución de sus substitutos (66).

El Proyecto del 94 incluye una condición más, en concreto, la participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Puede afirmarse el carácter francamente positivo de la admisión en nuestro ordenamiento de este tipo de medidas (67), en base a la evolución sufrida en el campo de las teorías de la criminalidad, que estudian al delincuente no como algo aislado sino en relación con la sociedad que le rodea, y que en la mayoría de las ocasiones lo configuran como el resultado de la interacción de causas externas a él, que influyen enormemente en sus comportamientos (68).

Si tenemos en cuenta que la aplicación de estas condiciones son potestad del Juez o Tribunal y las posibilidades que otorga este último apartado —es decir, la adopción de todos aquellos deberes que se estimen convenientes para la rehabilitación social del penado—, podemos entender que el órgano judicial tiene suficientes elementos para utilizar esta institución como un verdadero instrumento rehabilitador (69), cumpliendo al mismo tiempo funciones de carácter preventivo general y especial. Mir Puig señala «la conveniencia de una intervención asistencial, tan favorable para la evitación de la reincidencia y, por tanto, para la prevención especial como vía de protec-

(66) En este mismo sentido, la enmienda núm. 135 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco y la núm. 691 del Grupo IU-IC al PCP del 92, que proponen la supresión del apartado 5.º del art. 83 motivada por la vulneración del principio de legalidad. Por su parte las enmiendas del Grupo Mixto (Sra. Garmendia) núms. 275 y 276, que tratan de determinar, muy vagamente, algunos criterios para la adopción de reglas de conducta.

(67) Para GARCÍA ARÁN el establecimiento de condiciones no debe suponer restricciones a la situación actual, en que el único requisito es el no volver a delinquir, en cuanto que se faculta únicamente en penas privativas de libertad superiores a un año. DE SOLA, GARCÍA ARÁN, H. HORMAZÁBAL, «Alternativas a la prisión», Instituto de Criminología de Barcelona, 1986, p. 183.

(68) *Vid.* sobre las diferentes teorías que estudian la relevancia de factores ajenos a la persona del delincuente, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Manual de Criminología», ed. Espasa Universidad, 1988, p. 461 ss.

(69) Si desde el plano teórico puede mantenerse esta afirmación, mayor dificultad se observa a la hora de valorar su proyección práctica, dada la carencia de medios como instituciones especializadas y personal cualificado que completasen dichas previsiones, de ahí que pueda mantenerse cierto escepticismo sobre la eficacia que pueden llegar a tener estas medidas.

ción de los bienes jurídico-penales como también para el propio delincuente, cuya necesidad de algún tipo de ayuda suele ser demasiado evidente» (70).

Esto supone que el Juez, a partir del caso, podrá prescribir una serie de reglas para cuya determinación deberá contar con los conocimientos adquiridos en la realización del juicio pronóstico, requisito previo a la concesión de la suspensión condicional, que permite individualizar correctamente las medidas más acordes a la situación, graduando la rigidez y carácter del tratamiento a seguir.

En conjunto estas condiciones parecen responder, al menos parcialmente, a las críticas de indeterminación de anteriores propuestas, fijando los deberes que pueden ser establecidos de forma general, dejan que abierta una puerta a la discrecionalidad del Juez o Tribunal respecto del caso concreto en orden a cubrir las necesidades o carencias del individuo, estableciendo un límite general que requiere una mayor delimitación, sobre todo en cuanto pueden quedar afectados valores fundamentales del individuo.

Con estas medidas la suspensión condicional parece acercarse al sistema anglosajón de probation (71), en el que la aplicación de aquellas se lleva a cabo de forma individualizada (72) previa la realización de un completo estudio y posterior control sobre el sujeto, si bien todavía existen determinadas diferencias que hacen difícil una total asimilación de tales figuras, faltando, por ejemplo, la incorporación de uno de los elementos más importantes de la probation como es la figura del «oficial de prueba» (73) o la suspensión del pronunciamiento de la pena. De esta forma, parece más preciso calificar la propuesta de ambos Proyectos como un sistema tendente en su con-

(70) *Ob. cit.*, p. 61.

(71) *Vid.* MAQUEDA ABREU, M. L., *ob. cit.*, pp. 48 a 68, hace un esbozo acerca del origen tanto de la probation como de la suspensión condicional, estableciendo el desarrollo paralelo y a la vez distante de ambas instituciones. En la actualidad parece darse el fenómeno contrario en el sentido de aproximar el sistema continental al anglosajón, aunque manteniendo determinadas características propias de sistemas de principios más legalistas.

(72) Recoge en éste, uno de los principios que inspira a la institución de la probation de que la adopción de medidas ha de tener un carácter estrictamente individualizado para cada sujeto, si bien no hemos de dejar de lado la idea de que el resultado positivo de la prueba a que se somete al individuo depende no sólo de la actitud de tal individuo, sino que lleva implícita la asunción de la comunidad de una labor de asistencia y seguimiento del sometido a ella, no ya como forma concreta de control, sino como corresponsabilización de la sociedad en la labor preventiva. DE SOLA, GARCÍA ARÁN, H. HORMAZÁBAL, *ob. cit.*, p. 71.

(73) Sobre su conformación, funciones y relación con el Juez de Vigilancia, *vid.* DE SOLAS DUEÑAS, A., «Alternativas a la prisión», *Papers d'estudis i Formació*, núm. 5 (núm. especial), 1990, pp. 148 y 149.

figuración a la probation anglosajona (74), pero que se acerca notablemente al «sursis avec mise a l'épreuve» (75), estableciendo no sólo medidas dirigidas al tratamiento del sujeto en cuestión (recoge una serie tasada de éstas) (76), sino también aquellas tendentes al control del individuo por parte del órgano designado a tal efecto (77).

Respecto del control del cumplimiento de las condiciones impuestas al sujeto el Proyecto del 92 —art 83.1.º— otorga amplios márgenes a la hora de establecer el control obligatorio del individuo. En primer lugar, dejaba a la decisión del Juez o Tribunal, la designación del órgano que habría de realizar el control de éste, introduciendo la posibilidad de que recayese sobre un *servicio* de la Administración, de carácter asistencial y de tratamiento del individuo, o bien ante el Juzgado o Tribunal. Esta idea se complementa con la previsión del punto segundo del mismo artículo, que establece la obligación de informar del cumplimiento de las reglas impuestas al Servicio correspondiente del Ministerio de Justicia o Administración autonómica. Un aspecto esencial en el desarrollo de este tema es la coordinación de las diferentes actuaciones que se van a realizar sobre el individuo, así como un seguimiento puntual sobre el nivel de cumplimiento y evolución del sujeto sometido a control. Pensamos que en este aspecto es esencial la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, como órgano encargado de la aplicación de las penas y por tanto de las medidas sustitutivas de éstas (78). El Proyecto del 94 utiliza una fórmula más sencilla remitiendo a los Servicios competentes del Ministerio de Justicia o Administración autonómica a observar el cumplimiento de las condiciones, informando al órgano judicial con una periodicidad máxima de seis meses.

(74) Para un exposición breve sobre el tema *vid.* ORTET I FABREGAT, G., «La Probation como medida alternativa a la prisión: experiencias sobre la aplicación de técnicas cognitivo-conductuales», en *Papers d'estudis i formació*, núm. 10, 1992.

(75) Tal y como señala VALMAÑA OCHAITA respecto al Proyecto de 1980, *vid. ob. cit.*, p. 86.

(76) Con lo cual queda cubierta la parte asistencial de tal figura, dirigida esencialmente a cubrir los fines de prevención especial que le son asignados, en el sentido de intentar eliminar las causas que le han llevado a delinquir, manteniendo al mismo tiempo la pretensión de evitar los posibles efectos criminógenos que las penas cortas de libertad pueden acarrear a los sujetos y, sobre todo, cuando tienen la condición de primarios. Por todos DE SOLAS, GARCÍA ARÁN, HORMAZÁBAL MALAREE, *ob. cit.*, p. 13.

(77) De esta forma, se da una situación similar a la planteada en el Ordenamiento penal alemán. Sobre su regulación *vid.* ampliamente ECHANO, J. I.: «Crítica de la suspensión condicional de la pena a la luz del Código Penal alemán», *CPC*, núm. 25, 1985.

(78) En tal sentido, enmienda núm. 692 al PCP de 1992, redactada por el grupo IU-IC.

a.6. *Posible consideración del Trabajo de Utilidad Social dentro del sistema de prueba*

Al igual que en propuestas de reforma anteriores, el Proyecto de 1992 no recoge la figura del Trabajo de Utilidad Social o en provecho de la comunidad, ni como sustitutivo penal con autonomía propia (79), ni como pena autónoma, ni bajo ninguna de las formas que dicha figura adopta en los diferentes ordenamientos que lo recogen (80). Sin embargo, el apartado 5.º del art. 83.1.º parece dejar una puerta abierta a su introducción (aunque como veremos a continuación puede plantear serios problemas), no como medida con carácter autónomo, sino como una regla de conducta a seguir por el sujeto beneficiario de la suspensión condicional (81), tal y como ocurre en el ordenamiento alemán (82). Dicha configuración vendría a reforzar su carácter preventivo en sus dos vertientes, tanto especial por su talante regenerador, como general por la reparación del daño causado a la sociedad que llevaría implícito (83), lo cual nos conecta con la obligación establecida en el artículo 83.1.º en su apartado 4.

(79) Por el contrario, sí que dan esa consideración las enmiendas al PCP de 1992, núms. 341, 342 y 358 del Grupo Parlamentario Catalán, 280 del Grupo Mixto (Sra. Garmendia), 681 y 696 del Grupo IU-IC.

(80) *Vid.*, en relación con las diferentes opciones de configuración de su naturaleza jurídica, VALMAÑA OCHAITA, S., *ob. cit.*, pp. 173 y 174. DONATE MARTÍN, A., ofrece una panorámica de la «Community Service Offenders» en la «Suspensión con puesta a prueba» y el «Trabajo social al servicio de la comunidad» (Algunas consideraciones en la perspectiva de su posible incorporación a nuestro ordenamiento), III Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Sevilla, 1987. También DE LA CUESTA ARZAMENDI ofrece una sucinta exposición sobre su configuración en los ordenamientos inglés, alemán y francés, destacando la necesidad de crear «junto a un movimiento ciudadano asociativo de carácter voluntario de cierta entidad que precise de personal para tareas socialmente provechosas, la adecuada estructuración de su servicio dedicado a la colaboración con el poder judicial en orden a la ejecución de la sanción y la ayuda y asistencia social del condenado, algo económicamente costoso y que no se puede improvisar de la noche a la mañana» en «La Sanción de Trabajo en provecho de la Comunidad», *La Ley*, núm. 1194, 1985. p. 1075 (1067 ss.).

(81) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C., «Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)», Ministerio de Justicia, 1989, pp. 313 a 318.

(82) El Código Penal alemán establece en su parágrafo 56.b II, 3 la posibilidad de que el Tribunal pueda imponer al condenado «cualquier otra prestación de interés colectivo», expresión en la que se incluyen servicios de ayuda a hospitales, asilos, servicios forestales, etc. Al respecto *vid.* ECHANO, J. I., *ob. cit.*, pp. 149 y 150. Hay que distinguir esta figura de la reparación del daño a través de la conciliación entre el delincuente y la víctima. Sobre la configuración de esta última *vid.* G. HERZ, R., «Arreglo delincuente-víctima en la República Federal de Alemania. Proyecto "Die Waage Köln" (La Balanza de Colonia)», en *Papers d'estudis i formació*, núm. 8, 1992.

(83) Tal y como pone de manifiesto ROXIN, Cl., «El desarrollo de la Política

El Proyecto del 94, fruto de una continuada evolución en gran parte motivada por la labor insistente de la doctrina científica, sí que recoge la figura del trabajo en beneficio de la comunidad, en el artículo 33.5, como medida de responsabilidad subsidiaria en casos de impago de multas —art. 53— de carácter menos grave o leve, transformando cada día de privación de libertad en una jornada de trabajo, y como medida sustitutiva de la pena de arresto de fin de semana —art. 89.2— (84). No obstante, no se hace mención expresa de la posibilidad aquí apuntada de consideración del trabajo en beneficio de la comunidad como una condición más dentro del régimen general de la suspensión condicional.

A priori, ésta podría constituir uno de los medios de apoyo y reinserción del individuo más eficaces (85) de cara al futuro, pero que plantea problemas importantes y en concreto como regla de conducta:

— *Respecto de la iniciativa del propio interesado*, debemos considerar tal posibilidad como una opción que podrá ser ofrecida al sujeto por el órgano judicial, siempre que lo considere necesario para la rehabilitación social del penado, que encontrará como límite esencial la necesidad de aceptación explícita por parte del interesado así como prohibición genérica derivada del art. 25.2 de la CE que niega la posibilidad de convertir las penas privativas de libertad en trabajos forzados (86), y por tanto, tampoco las medidas alternativas a éstas, de ahí que se requiera la refundición de ambas ideas en un único objetivo, la ayuda e integración del sujeto en el ámbito social del que ha quedado desplazado.

Parece que cuando el legislador constitucional incluye la prohibición de los trabajos forzados no está pensando en la figura que ahora tratamos (87), basada en los principios de reinserción y reso-

Criminal desde el Proyecto Alternativo», *La Reforma del Derecho Penal*, Bellatera, 1990, p. 97.

(84) El art. 49 define el contenido esencial del mismo. Este artículo establece la voluntaria cooperación del sujeto para la realización de actividades de utilidad pública en jornadas que no podrán exceder de ocho horas, sin retribución alguna.

(85) *Vid.* en general «Posibles alternativas al sistema carcelario actual», *Cuadernos de la Fundación Encuentro*, ed. Ramón Areces, 1993. Y, en concreto, la exposición del Prof. Wolfgang Schöne, pp. 90 ss.

(86) Tal y como pone de manifiesto DE SOLA DUEÑAS, el consentimiento se convierte en elemento esencial, que pasa por el previo conocimiento del sujeto, del tipo de trabajo, duración y por supuesto su capacidad de renuncia. En «Formas sustitutivas de la ejecución de las penas en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal de 1990», p. 31.

(87) La Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, firmada en Roma, en su art. 4.2.º establece que: «Nadie puede ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio». Además «No se considera como “trabajo forzado u obligatorio” en

cialización del individuo, que utiliza la productividad del sujeto en orden a reparar el daño causado al orden social (88), y el sometimiento a una medida que le haga valorar la vulneración de la norma infringida, con el límite esencial del respecto a los derechos del individuo que no han quedado conculcados por la resolución judicial. De ahí la imposibilidad de imponer trabajos que no cumplan la doble finalidad mencionada, con el debido respeto de las garantías y derechos del penado, en cuanto que vulnerarían el límite fundamental mencionado.

— *Determinación del trabajo a realizar.* No ofrece ninguna duda el carácter no retribuido del trabajo —tal y como establece el art. 49—, que se debería enmarcar dentro de la labor de instituciones públicas o privadas no lucrativas y de carácter asistencial, benéfico, cultural o recreativo (89).

— *Duración de la regla de conducta.* Otro problema importante es la determinación de la duración del trabajo en beneficio de la comunidad como regla de conducta, y la extensión de la jornada laboral, en caso de estimarse válida de cara a la resocialización del penado. Varias serían las posibilidades; así, que la duración fuese la misma que la de la pena que se deja en suspenso, que durase todo el período de prueba, o solamente un intervalo del período establecido (90).

Cabría preguntarnos si la indeterminación que se da en estos puntos podría ser salvada por la intervención del Juez (91) a través de la individualización al caso concreto, o si éste debería venir impuesto por el legislador, mediante el establecimiento de unos márgenes flexibles, y en ningún caso ser objeto de libre disposición por el órgano judicial. Parece que una respuesta acorde con el principio de legalidad en la ejecución de las penas llevaría implícita la necesidad de que sea el legislador quien de forma expresa regule las actividades

el sentido del presente artículo: a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona sometida a pena de privación de libertad, en las condiciones previstas en el art. 5.º de la presente Convención o durante su puesta en libertad condicional...».

(88) Recordemos que el art. 49 del PCP del 94 concreta el contenido del trabajo en actividades de utilidad pública, de forma que se configura como una medida de reparación a la sociedad y al orden jurídico vulnerado, para conseguir una mayor conexión e integración con el medio social.

(89) CERVELLÓ DONDERIS, V., «La reforma sancionatoria en el marco del sistema punitivo español», *Poder Judicial*, núm. 28, diciembre de 1992.

(90) Al respecto *vid.* VALMAÑA OCHAITA, S., *ob. cit.*, pp. 184 y 185.

(91) El art. 105.1.º de la Ley 689/1981 de Modificaciones al Sistema Penal italiano, regula el trabajo en beneficio de la comunidad como sanción subsidiaria por impago de multa. Asimismo cabe imponerlos, como medida de carácter resocializador en delincuentes drogodependientes. En cualquiera de ambos casos, corresponde al órgano judicial el proceso de individualización.

que puedan ser desarrolladas, estableciendo unos límites o módulos concretos de aplicación, con un mínimo margen de flexibilidad, que propicie la imposición y ejecución de las sanciones penales de una forma clara y taxativa, evitando incluso problemas de armonización en la interpretación respecto de los casos concretos (92).

a.7. *Supuesto especial del artículo 87 (93)*

El artículo 87 del PCP del 92 mantiene en gran parte la regulación establecida en el vigente artículo 93 bis (94), redactado por LO

(92) Parece interesante reproducir en relación con el tema tratado la enmienda núm. 280 del Grupo Mixto, presentada por la Sra. Garmendia, que trata de puntualizar más la regulación de dicha institución, concretando algunos de los extremos comentados:

Enmienda de adición: Se propone la inclusión de un nuevo artículo 88 bis, en concreto:

«Art. 88 bis 1. Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa conformidad del Ministerio Fiscal, vistas las posibilidades efectivas de cumplimiento, en la forma en que reglamentariamente se determine, las penas de prisión que no excedan de dos años u otras no graves por un servicio de utilidad social.

88 bis 2. El Servicio de Utilidad Social consistirá en la prestación de una colaboración o trabajo en centros asistenciales, educativos o sanitarios de carácter no lucrativo. Las características de esta prestación se establecerán a través de las reglamentaciones correspondientes del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas con competencias.

88 bis 3. El Servicio de Utilidad Social supondrá un mínimo de veinte horas y un máximo de sesenta para las penas leves y un mínimo de sesenta y una y un máximo de seiscientos para las menos graves.

88 bis 4. La imposición de esta pena sustitutiva deberá contar con la previa aceptación de esta prestación por parte del condenado.»

(93) Tanto el Borrador de Anteproyecto del 90, como el Anteproyecto del 91 y Proyecto del 92, recogen la misma regulación, con una única diferencia respecto a la duración del período de prueba que se establece de dos a cinco años en el Borrador, mientras que en las otras propuestas es de tres a cinco años. En lo demás, dicha regulación sigue igual:

— Aun cuando no concurrieren las condiciones previstas en el artículo 81, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena a los condenados a penas privativas de libertad inferiores a tres años que hubiesen cometido el hecho delictivo por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que se den las siguientes circunstancias:

1.º Que se acredite la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación.

2.º Que se certifique suficientemente, por centro o servicio, público o privado, debidamente acreditado u homologado, que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de concederse el beneficio.

La autoridad judicial requerirá al condenado o a los centros o servicios que participen en su tratamiento de deshabitación lo necesario para comprobar el co-

1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas (95), de ahí que podamos considerar sin respuesta algunos de los problemas de interpretación puestos de manifiesto en la aplicación práctica de éste, como la delimitación del concepto de *toxicomanía*, o el de «cometer el hecho delictivo *por motivo de su dependencia*» (96), que «se declare *probado en sentencia* la situación de drogodependencia del sujeto», etc. (97), así como

mienzo y la continuación del mismo, así como para controlar su evolución y las modificaciones que hubiere de experimentar.

La suspensión de la ejecución de la pena quedará condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años, así como a que no abandone el tratamiento.

Cumplido lo anterior, una vez transcurrido el plazo de suspensión y acreditada la deshabitación del reo, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena. De lo contrario, ordenará su cumplimiento.

(94) Sobre los diversos comentarios emitidos en relación con dicho art. *vid.* LARRAURI, E., *ob. cit.*, pp. 50 a 52.

(95) Dicha regulación se complementa con la previsión recogida en el art. 25.2 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que se desarrolla en el RD 1079/1993, de 2 de julio, por el que se regula la remisión de las sanciones administrativas en materia de drogas. El citado artículo establece que: «*Las sanciones impuestas por estas infracciones podrán suspenderse si el infractor se somete a un tratamiento de deshabitación en un centro o servicio debidamente acreditado en la forma y por tiempo que reglamentariamente se determine.*» Por su parte, el RD desarrolla la posibilidad de remisión de la sanción administrativa para aquellos sujetos que, habiendo cometido una infracción grave por consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefácidas o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituyan infracción penal, o el abandono en los lugares mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo, soliciten por propia iniciativa o previo ofrecimiento del órgano administrativo sancionador la suspensión de la sanción correspondiente. Para la aplicación de esta suspensión se requiere que el sujeto sea consumidor frecuente o habitual de dichas sustancias, y que esté sometido o manifieste el propósito de someterse a un tratamiento de deshabitación en centro o servicio debidamente acreditado. La suspensión se tramita por el mismo órgano que impuso la sanción, pudiendo utilizar en su caso los informes que estime convenientes. Una vez aprobada la suspensión, el sujeto permanecerá internado o sometido a visitas periódicas durante el tiempo indispensable, con la obligación por parte del órgano que la concedió de fijar un período mínimo, que podrá ser prorrogado, cumplido el cual y constatado el cumplimiento del compromiso, la autoridad competente acordará la remisión total o parcial de la sanción o sanciones administrativas.

(96) Como alternativa a dicha expresión, y dado que la prueba de los motivos resulta difícilmente apreciable por un Tribunal, la enmienda núm. 8 del Grupo Mixto (Sr. Luis Mardones) al PCP del 92 propone su sustitución por la expresión «bajo los efectos».

(97) *Vid.* FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J. M., y SOLA RECHE, E., «La suspensión condicional de la condena del toxicómano delincuente», *Poder Judicial*, 1989, p. 102. También LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *ob. cit.*, pp. 239 a 241.

la necesidad de atemperar la aplicación de la prisión provisional como medida previa cautelar a las circunstancias y necesidades del caso concreto.

Dos son las modificaciones que afectan a elementos de carácter temporal. De un lado, amplía el número de penas cuya ejecución puede ser objeto de suspensión, ya que se establece para penas privativas de libertad inferiores a tres años con lo cual se eleva de dos a tres el límite superior de la pena. La segunda modificación consiste en un aumento del límite inferior del período de prueba que el órgano sentenciador puede imponer al sujeto, en cuanto que pasa de estar comprendido entre dos y cinco años (tanto en el vigente art. 92, como en el art. 80 del Proyecto) a estarlo entre tres y cinco años.

La primera de ellas, tiene una clara fundamentación en la idea de extender el número de casos que puedan ser objeto de utilización, ampliando notablemente el tratamiento atenuado con el que ya cuentan estos supuestos, recordemos que será de aplicación aunque no concurren las condiciones del artículo 81.

Respecto de la segunda, en contraposición con la anterior, lleva implícita una mayor carga respecto del sujeto en cuestión, ya que limita el margen que ha de considerar el órgano sentenciador a la hora de imponer el sometimiento a prueba. Ello puede obedecer a la necesidad de garantizar un período mínimo de aplicación de un tratamiento adecuado en aras a solventar la posible eventualidad de un período insuficiente para conseguir tal fin (98) que diera lugar al incumplimiento del requisito que se establece en el último párrafo del artículo «... y acreditada la deshabituación del reo...», lo que llevaría a la revocación de la suspensión condicional (99).

Parece correcto el criterio adoptado por el legislador de requerir que el sujeto **no abandone el tratamiento**, lo que junto a la no realización de un nuevo delito, se convierten en las condiciones que debe cumplir el sujeto que recibe el beneficio. Pero inmediatamente se introduce la necesidad de que para su concesión quede acreditada

(98) Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *ob. cit.*, p. 241.

(99) La realidad criminológica contrastada con este requisito llevaría a un fracaso de esta institución. Para crear una institución realmente acorde con las finalidades buscadas, ha de adaptarse a esta realidad sobre la que trabaja, lo que sin duda se plantea como una ardua labor que se resume en las siguientes palabras: «Lo que intentamos es que los adictos dejen de consumirla. Cuando lo conseguimos empleamos la muy dudosa palabra curación. Muy dudosa pues nadie nos asegura que tras un cierto tiempo no volverá a la droga. No hay curación, únicamente puede producirse su apartamiento temporal...». ALFONSO SANJUÁN, M., e IBÁÑEZ LÓPEZ, P., «Todo sobre las drogas legales e ilegales. (Incluido alcohol y tabaco)», ed. Dykinson, Madrid, 1992, p. 119. Estos autores resaltan algunas cifras significativas, que en resumen vendrían a decir: en EE.UU. se dan entre un 2 ó 3 por 100 de personas que podríamos llamar definitivamente curadas, puesto que no se se reenganchan. En España, del total de toxicómanos tratados esa cifra se eleva a un 6 por 100.

la deshabitación del reo. Ello viene a añadir una tercera condición que puede dificultar la eficacia práctica de dicho precepto. Parece lógico que, en aquellos casos en que el sujeto requiera de un tratamiento más largo, el período de prueba pueda ampliarse de manera que el cumplimiento de la pena no se decida de forma automática, sino valorando la posibilidad de otorgar una prórroga que permita su finalización (100). Una interpretación acorde con la filosofía de la norma debería mantener únicamente la necesidad de cumplir con el tratamiento otorgando cierta flexibilidad respecto de su cumplimiento, dado que se considera normal que el sujeto pueda incurrir en recaídas temporales, lógicas en su evolución, y que no deberían hacer fracasar el conjunto de las medidas (101). El Proyecto del 94 recoge esta situación y soluciona el problema posibilitando una prórroga del plazo de suspensión hasta un máximo de dos años en aquellos supuestos en los que la autoridad judicial constate la continuidad del tratamiento, previos los informes correspondientes.

Junto a estas tres condiciones, cuyo cumplimiento conecta con el comportamiento futuro del sujeto-beneficiario, el artículo 87 del Proyecto del 92 establece otras que afectan a la situación del sujeto tanto en el momento de realización del ilícito penal (la acreditación de que la conducta delictiva fue realizada por motivo de la situación de dependencia), como en el momento de la concesión del beneficio (que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento), si bien tales condiciones podrían ser definidas como de aplicación, en cuanto que su concurrencia abre la posibilidad de obtener el beneficio, frente a las inicialmente señaladas, que serían de cumplimiento, en cuanto que de su observación depende la consecución de la remisión de la pena.

Sin duda alguna, la innovación más importante que supuso esta regulación en el Proyecto del 92 fue la supresión del apartado 3.º del actual 93 bis, precepto que supone importantes restricciones a la aplicación práctica de dicho artículo (102). De esta forma, ni el haber gozado con anterioridad del beneficio de la suspensión condicional, ni el hecho de ser reincidente conforme al artículo 10.15 del CP, pueden ser obstáculos que limiten la aplicación efectiva del precepto que queda sustancialmente ampliado en su campo de aplicación, lo

(100) En tal sentido la enmienda núm. 471 del Grupo Socialista del Congreso al PCP del 92.

(101) SOTO NIETO señala la necesidad de conjugar dos plazos diferentes, uno el concerniente a la no comisión de nuevos delitos y otro, de duración indeterminada, en cuanto al tratamiento necesario hasta alcanzar la deshabitación. *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando*, ed. Trivium, 1989.

(102) Díez RIPOLLÉS, J. L., «*Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupeficientes y sustancias psicotrópicas*», Madrid, 1983, p. 119.

cual parece totalmente congruente con la finalidad última de la suspensión. No obstante, el Proyecto del 94 da un paso atrás y, si bien es cierto que no vuelve a la situación actual en la que el carácter de reincidente impide la consecución de la suspensión, adopta una postura intermedia; ésta consiste en que el órgano judicial, en aquellos supuestos en los que el sujeto sea reincidente, podrá otorgar la concesión o no tras un análisis de las circunstancias objetivas y subjetivas del caso. En todo caso, la resolución habrá de ser motivada.

Otro problema, puesto de manifiesto por Valmaña Ochaíta (103), es el alcance mínimo de este beneficio respecto de conductas realizadas por los llamados traficantes-consumidores en anteriores propuestas, en cuanto que se imponían penas privativas de libertad superiores a cuatro años, alcanzando únicamente a supuestos de realización de los mismos hechos con sustancias o productos que no causen grave daño a la salud (104). Por el contrario, el PCP del 94 no plantea el problema en los mismos términos, ya que en general establece una rebaja importante de las penas y la aplicación de arrestos de fin de semana, en algunos casos con extensiones que son perfectamente subsumibles en el marco de la suspensión condicional.

Un segundo problema práctico, que se da en la actualidad y que mantiene la regulación de las propuestas, es la posibilidad de plantear un concurso de leyes entre el artículo 93 y 93 bis —trasladable en los mismos términos a la regulación que realizan ambos Proyectos—. En concreto, se plantea qué artículo será de aplicación en aquellos supuestos en que el sujeto presente los requisitos exigidos en el 93 bis, y por lo tanto el Juez pueda optar entre aplicar éste o el régimen general. Recordemos una vez más que la suspensión se configura como una potestad discrecional del órgano judicial en ambos supuestos. ¿Podemos hablar de concurso aparente de leyes? Según el principio de especialidad «existe concurso de leyes cuando de los varios preceptos aparentemente concurrentes uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, y tal concurso de Leyes debe resolverse aplicando sólo la ley más especial... Un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por este segundo, algún otro presupuesto adicional...» (105). Parece claro que en este caso no existe tal relación

(103) *Vid.* VALMAÑA OCHAÍTA, S., *ob. cit.*, p. 98.

(104) En orden a solucionar el citado problema, la enmienda núm. 18 del Grupo Mixto al PCP del 92 (Sr. Antonio Moreno) propone la elevación de el límite de los tres años a seis de forma que se abarquen penas privativas de libertad más amplias.

(105) MIR PUIG, S., «*Derecho Penal. Parte General*», ed. PPU, Barcelona, 1990, pp. 737 y 738.

de especialidad entre el artículo 93 y el 93 bis (106), ya que el segundo no parte necesariamente de las condiciones establecidas en el primero para su aplicación, sino que éste puede considerarse independientemente de dichos condicionamientos. La fórmula del 93 bis se conforma como una alternativa de la suspensión condicional completamente potestativa por parte del órgano otorgante (107), guiada únicamente por razones de prevención especial que aconsejan la aplicación para el sujeto de las medidas de tratamiento y desintoxicación pertinentes. Esto nos lleva a concluir que no existe una intersección directa entre ambas normas, de forma que si el sujeto no es drogadoependiente, el Juez podrá acudir únicamente al artículo 93, mientras que, en el caso contrario, podrá elegir entre ambas propuestas la que mayor garantía de adecuación al caso ofrezca.

Debemos tener en cuenta que la aplicación del 93 bis, aun configurada como una propuesta más amplia que ofrece teóricamente una mayor facilidad de acceso, resulta más gravosa para el sujeto, en cuanto que no solamente requiere la no realización de nuevos hechos delictivos, sino que establece la necesidad de deshabitación del reo. La situación cambia con la configuración que ambos Proyectos realizan de la suspensión, en cuanto que la introducción de las condiciones de obligado cumplimiento y la puerta abierta que deja al Juez o Tribunal para la adopción de las medidas más necesarias para el caso, posibilita la imposición de aquéllas similares al tratamiento de deshabitación, lo que nos lleva a plantearnos la necesidad de mantener una regulación especial para drogodependientes.

b. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL

Los artículos 85 y 86 del Proyecto del 94 recogen de forma literal la redacción ofrecida por los artículos 84 y 85 del de 1992 (108), estableciendo las consecuencias que derivan del transcurso del plazo de suspensión y paralelo cumplimiento de las condiciones impuestas,

(106) En el mismo sentido FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J. M., y SOLA RECHE, E., *ob. cit.*, p. 103.

(107) Esta idea se apoya en el propio tenor literal del art. 93 bis que comienza diciendo: *Aun cuando no concurrieren las condiciones previstas en el artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional...*, de forma que admite la posibilidad de que tanto si concurren o no el órgano otorgante podrá, en primer lugar, decidir su aplicación o negarla, y en segundo, decantarse por una de las dos posibilidades, siempre que el sujeto cumpla las condiciones establecidas.

(108) Esta redacción parte de los arts. 83 y 84 del Anteproyecto del 91, separándose de la ofrecida por el Borrador del 90, ya que la única previsión al respecto establecida en el art. 80.2 dice: *«Transcurrido el plazo de suspensión fijado, sin*

así como el supuesto de incumplimiento y consecuente revocación de la suspensión (109).

b.1. *Cumplimiento de las condiciones*

El art. 86.2 señala que el efecto inmediato del cumplimiento de las condiciones establecidas es la remisión de la pena o, dicho de otra forma, la suspensión definitiva del cumplimiento de la pena impuesta, que supone incluso la cancelación de la inscripción en la sección especial del registro. Consecuencia posterior, que extiende sus efectos en el tiempo, es el hecho de que tal antecedente no tendrá acceso al Registro Central de Penados y Rebeldes (110), de lo cual deriva que no gozará trascendencia jurídica de cara a una valoración posterior por parte de otro órgano judicial, es decir, que el penado será rehabilitado. Este supuesto alteraría la situación vigente, en que,

haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena». Por su parte, los citados artículos establecen:

Art. 85.1. Si el sujeto delinquire durante el plazo fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la pena.

2. Si el sujeto infringiere las reglas de conducta impuestas durante el plazo de suspensión, el Juez o Tribunal podrá, según los casos:

a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.

b) Prorrogar el período del plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.

c) Revocar la suspensión de la pena.

Art. 86.1. Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena, así como la inscripción de la Sentencia en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

2. Transcurrido el plazo de suspensión fijado, sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éstos acordarán la remisión de la pena, ordenando la cancelación de la inscripción de la Sentencia en la Sección especial. Este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto.

(109) Hasta el momento, ningún Código Penal ha señalado disposiciones semejantes, salvo la PCP de 1980, que preveía la revocación en caso de incumplimiento de las reglas de conducta o por la comisión de un nuevo delito. La Ley de 1908 en su art. 10 prescribe que en caso de que el reo cambiare la residencia sin personarse ante el Juez de instrucción o el municipal quedará sin efecto la suspensión. Asimismo, el art. 14 establece: «Si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso...». El art 15, respecto del cumplimiento de las condiciones recoge que: «No mediando causa en contrario al terminar el período de la suspensión, el Tribunal sentenciador notificará al reo la remisión de la condena. De ello se hará la oportuna anotación en el Registro de Penados, en el del Tribunal y en el de los Juzgados respectivos.»

(110) Lo cual pudiera interpretarse como una forma de compensar la renuncia que supone la no introducción de la Suspensión del Fallo como medida alternativa en ambos Proyectos.

según el artículo 15 de la Ley de 1908, aunque la condena queda remitida, los antecedentes permanecerán vigentes a todos los efectos hasta el momento de su rehabilitación conforme al artículo 118 del CP.

b.2. *Incumplimiento de las condiciones*

El artículo 85 prevé dos soluciones diferentes en función de la causa que genere el incumplimiento:

a) Si el sujeto delinque durante el plazo fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la pena.

b) Para el caso de que se hayan infringido las reglas de conducta impuesta, se otorga al órgano judicial la posibilidad de adoptar tres soluciones diferentes:

1.^a Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.

2.^a Prorrogar el período del plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.

3.^a Revocar la suspensión de la pena.

La comisión de un nuevo hecho delictivo lleva necesariamente a la revocación de la suspensión. Este precepto mantiene su vigencia desde la Ley de 1908, basado en la pérdida de la confianza depositada en el sujeto que supone la suspensión, además de que la comisión de un nuevo delito arrastra el fracaso de la medida rehabilitadora y, por lo tanto, su mantenimiento está fuera de lugar.

Pero, ¿cómo llega el órgano sentenciador a conocer las actividades del sujeto?: *«una vez declarada la firmeza de una Sentencia condenatoria, y decidida por el Organismo Sentenciador la aplicación del beneficio, se comunicara al condenado.(...) Una vez transcurrido el plazo de suspensión de la pena (...) el Tribunal deberá reclamar los antecedentes penales del Sentenciado, para ver si el mismo delinquirió o no. Si lo hubiera hecho, se dejará sin efecto la concesión del beneficio, debiendo procederse al ingreso del condenado en prisión para cumplir la pena»* (111). Es decir, que en los supuestos en que el sujeto sometido a prueba cometa un hecho delictivo, dada la falta de coordinación entre los diversos órganos judiciales, habrá de esperar hasta el momento en que haya transcurrido el plazo y el Juez tenga conocimiento del hecho para empezar a cumplir la pena suspensa, con lo cual podría contravenirse lo establecido en el art. 14 de la Ley de Condena Condicional, que viene a decir *que si antes*

(111) Vid. ROBLES FERNÁNDEZ, M., «La ejecución de las penas privativas de Libertad. Tramitación según la competencia otorgada a los Organismos Jurisdiccionales que en ella intervienen. Tribunal Sentenciador y Juez de vigilancia Penitenciaria», Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario, *Cursos del Centro de Estudios Judiciales*, núm. 90, p. 217.

de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional el sometido a ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso.

Es evidente, por tanto, que la emisión de un fallo condenatorio en una causa en la que es enjuiciado el mismo sujeto sea inmediatamente puesto en conocimiento del Juez, a los efectos de que éste ejecute la pena suspendida sin ningún tipo de dilación, lo cual podrían solventar determinados conflictos en aquellos supuestos en que los hechos delictivos pudieran ser cancelados antes de la finalización del período de prueba, e incluso para el caso de injurias y calumnias podría haber prescrito el delito (art. 113 CP).

Este problema llevado a la regulación ofrecida por el Proyecto, y en concreto el art. 85.1.º en relación con el 84.2.º, ha de llevar a la conclusión de que los servicios encargados de la asistencia al sujeto, así como el órgano de control, deberán poner en conocimiento del órgano sentenciador de forma inmediata cualquier incumplimiento de las condiciones impuestas de cara a la adopción de la medida que se estime conveniente. Apoya esta idea la expresión utilizada en el propio artículo 85.1 que impone la revocación de la ejecución de la pena ante la comisión de un nuevo hecho delictivo *durante el plazo fijado*, es decir, a lo largo del plazo y no *en el plazo fijado*.

El apartado 2.º de este artículo supone una auténtica innovación en nuestro ordenamiento con el establecimiento de medidas que intentan, por encima de todo, favorecer el carácter preventivo y rehabilitador de tal institución, otorgando discrecionalidad al Juez o Tribunal para aplicar en cada caso la que estime más oportuna.

En su apartado a) se establece la posibilidad de sustituir la regla de conducta incumplida por otra distinta, con lo cual faculta al órgano judicial para llevar a cabo aquellas otras que puedan generar una mejor aceptación por parte del sujeto al que se le imponen, manteniendo las que sí hayan sido aceptadas por el individuo. La aplicación de pautas conductuales beneficiosas al individuo responden a la necesidad de potenciar los fines preventivos especiales, frente a los preventivos generales, de manera que el individuo cuente con el mayor número de posibilidades que le permitan superar el período de prueba (112).

(112) En el mismo sentido DE LA CUESTA ARZAMENDI señala que «... no debería ser consecuencia automática del incumplimiento del período de prueba, sino que, ampliando lo dispuesto por el art. 84 del Proyecto sobre la infracción de las reglas de conducta, habría que autorizar a Jueces y Tribunales para la fijación de sistemas intermedios como la amonestación y la imposición de multas o de nuevas cargas y obligaciones con seguimiento y asistencia por los delegados del Juez de Vigilancia...». En «Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992», en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, AA.VV., ed. Edersa, 1993.

El apartado b) refuerza la idea antes expuesta concediendo una ampliación de los plazos de vigencia de aquellas medidas que requieren un mayor período de aplicación, siguiendo la línea establecida anteriormente para el caso de suspensión en relación con los sujetos que muestran dependencia a sustancias tóxicas.

En cuanto al apartado c), establece en última instancia la posibilidad de revocar la suspensión en aquellos sujetos en que el órgano lo considere oportuno por no entender suficiente las adoptadas anteriormente. Tanto en este supuesto como en el de la comisión de un nuevo hecho delictivo, la suspensión de la revocación lleva implícita la anotación definitiva de la Sentencia en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

c. ÓRGANOS ENCARGADOS DE APLICARLA

Para el estudio de este apartado parece conveniente realizar una división de las diferentes etapas en que tiene singular relevancia la intervención de los diferentes órganos de la Administración de Justicia, así como de la Administración autonómica, a los que se les asigna, o puede asignarse, el cumplimiento de tareas esenciales en el desarrollo de tal institución. Señalar, con carácter previo, la identidad de la regulación prevista en las diferentes propuestas aquí analizadas.

I. Emisión de pronóstico favorable

Como ya hemos visto con anterioridad, el artículo 82 del PCP del 94 establece como requisito para la concesión de la suspensión, la emisión de un pronóstico favorable. El propio artículo determina el órgano que ha de llevarlo a cabo, señalando que deberá ser «emitido por el Juez o Tribunal sentenciador» eliminando cualquier tipo de dudas que pudieran suscitarse al efecto, tal y como ha ocurrido con anteriores propuestas (113). Así, el informe deberá ser emitido por el órgano judicial que dicte la sentencia; previsión esta motivada posiblemente en la presunción de que tal órgano debe haber adquirido un conocimiento de la situación y características del penado tras la valoración del procedimiento en su conjunto y emisión de la sentencia, completado por la valoración libre de los informes que estime convenientes.

No obstante, si es cierto que el órgano que realiza el pronóstico queda perfectamente delimitado, no aparece tan clara la justificación de tal atribución ya que *a posteriori* va a ser este mismo órgano el

(113) Sobre este tema *vid.* VALMAÑA OCHAITA, S., *op. cit.*, pp. 63 y 64.

encargado de emitir la decisión sobre la concesión o no de la suspensión condicional, lo cual conecta con el problema de la predeterminación judicial en relación con la concesión del beneficio, lo que lleva en determinados casos a solicitar la separación de órganos que lleven a cabo las diferentes funciones en el desarrollo del proceso para el otorgamiento de la suspensión condicional (114).

Entendemos que éste no es un supuesto equiparable al planteado por la necesidad de separación de órganos en las funciones instructora y juzgadora del procedimiento penal. La razón de la no equiparación se basa en que, si bien al término de ambas fases el Juez o Tribunal ha de establecer la culpabilidad o no del individuo, en el caso concreto de la concesión de la suspensión condicional la culpabilidad ya está determinada y lo que se pone en juego es el otorgamiento facultativo de una paralización de la ejecución de la pena privativa de libertad a cambio del cumplimiento de unas obligaciones. No olvidemos que no se configura como un derecho del sujeto, sino como una medida alternativa que evite los efectos negativos que pudieran provocar al individuo la ejecución de la pena dictada y, esencialmente, aquéllas que lleven implícita la privación de libertad, derivado todo ello del conocimiento que el órgano decisor ha adquirido a lo largo del proceso. No puede afirmarse aquí que la decisión sobre la concesión o no del beneficio *pierda virtualidad o se empañe su imagen externa* por tratarse de un mismo órgano, antes bien, dicha concesión se encuentra directamente vinculada al conocimiento del hecho que la motiva, de ahí que quien mejor puede aventurar un juicio sobre las futuras conductas del individuo y, puesto que la concesión de la suspensión significa un acto de confianza respecto al sujeto, sea el órgano que ha emitido la sentencia el más indicado. Precisamente, la confianza depositada en el sujeto, que significa la concesión de la suspensión, genera la necesidad de que el Juez que la aprueba se sienta identificado y **motivado** hacia la imposición más favorable de la consecuencia jurídica para el penado.

Incluso podríamos hablar de una relación de necesidad entre la imposición de una pena, a través de resolución firme, y la posibilidad de aplicación de la suspensión condicional que nos lleva a determinar la unidad de órgano judicial respecto a su otorgamiento. Esta relación de necesidad se manifiesta en la vinculación directa que supone, respecto de la posibilidad de aplicación del beneficio, la aplicación de una pena determinada al supuesto concreto, que en cualquier caso ha de ser motivada, abriendo las puertas para posteriores recursos.

(114) Otros autores como VALMAÑA OCHAITA, entienden, en base a dicho argumento, que corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria la emisión del pronóstico, *ibidem.*, pp. 63 y 64.

II. Concesión del beneficio

Tampoco parece plantear ningún problema la determinación del órgano que habrá de conceder la suspensión de la pena, así como el establecimiento de condiciones. Para ello, se entiende legitimado al Juez o Tribunal que conozca y emita un dictamen sobre el caso.

Aparte de no existir previsión expresa, parece clara la determinación del artículo 83 del PCP del 94, en cuanto que producida la firmeza de la sentencia, los Jueces o Tribunales que la han dictado se pronuncien sobre su concesión.

Paralelamente, la competencia para establecer las condiciones que el sujeto debe cumplir como requisitos de mantenimiento y consecución de la remisión definitiva, queda perfectamente delimitada en la prescripción del artículo 84.1.º al señalar al Juez o Tribunal sentenciador como órganos legitimados para su imposición.

III. Control del cumplimiento de las condiciones

El artículo 84.2 del PCP del 94 —al igual que el 83 del PCP del 92— indica que:

«De la observancia de estas reglas de conducta impuestas, informarán al Juez o Tribunal sentenciador los Servicios correspondientes del Ministerio de Justicia o Administración autonómica, con una periodicidad máxima de seis meses.»

Únicamente señalar que del precepto citado resulta la necesidad de que, en aquellos casos en que las reglas de conducta lleven implícito algún tipo de labor asistencial, dirigida a la aplicación de programas de carácter terapéutico o de desintoxicación que tengan asignados los servicios sociales, normalmente autonómicos, su control se realizará mediante informes emitidos por éstos con una periodicidad máxima de seis meses ante el órgano judicial.

Respecto de la previsión que realiza respecto a los «servicios correspondientes del Ministerio de Justicia», sin duda alguna la figura del Juez de Vigilancia es el órgano llamado al cumplimiento de esta labor de inspección, de modo que, una vez establecidas las condiciones, tendría todas las competencias en materia de control y coordinación en su aplicación.

No obstante, una vez constatado el incumplimiento de las condiciones impuestas, lo que en algunos casos lleva como resultado a la revocación de la suspensión e inmediata ejecución de la pena, será el órgano sentenciador el encargado de decidirla y llevar a cabo la ejecución de la pena.

Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad

(Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias
y de contenido comunitario) (*)

Dra. Barbara Huber

Wissenschaftl. Referent del Instituto Max-Planck
Friburgo-Alemania

1. INTRODUCCIÓN

Cuando recibí la invitación para referirme en España a algún aspecto relacionado con el sistema de sanciones penales, comencé por indagar en la literatura española vinculada al tema y de este breve repaso surgió mi decisión de centrarme en ciertas alternativas de la pena que hasta el momento prácticamente no han sido introducidas en la discusión de este país. Para mi gran sorpresa, da la impresión, en efecto, que el tema de la pena no es objeto de polémica en la ciencia y la práctica de este país, aun cuando en otros lugares (como Inglaterra, Alemania, Estados Unidos o Escandinavia) la limitación de la pena privativa de libertad y su sustitución por otras alternativas ocupa, desde hace decenios, el centro de la discusión. Aunque ningún Código europeo contiene una lista tan extensa de sanciones como el art. 27 del Código penal español y el art. 5 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, lo cierto es que no se encuentra allí una amplia gama de sanciones adecuadas a los muy diversos tipos de autor y de hechos, sino una única pena descrita de

(*) Traducción de *Patricia Laurenzo Copello*. Texto de la conferencia pronunciada por la autora en las Facultades de Derecho de Huelva, Jerez de la Frontera y Málaga en noviembre de 1993.

modos diferentes: la pena privativa de libertad en sus diversos grados de duración y ejecución. De este modo, y a pesar de la reforma de 1973, el Código penal vigente parece anclado todavía, por lo que al sistema de sanciones (1) se refiere, en la primera mitad del último siglo. Las propuestas de reforma de 1980 (2) y 1983 (3) no ofrecieron novedades decisivas que pudieran acercar el sistema de sanciones al nivel internacional. Y el Proyecto de 1992 (4) no hace más que repetir los postulados de aquéllos, contemplando como única novedad, al igual que sus predecesores, el arresto de fin de semana y el sistema de días multa para la escala penal inferior. Con ello se pretende que la privación de libertad —aunque sólo durante los fines de semana— sustituya las penas cortas de prisión no superiores a seis meses (5). La alternativa consiste, entonces, en lo mismo, sólo que con una ejecución distinta.

Este sistema de sanciones tradicional, con predominio de la pena privativa de libertad, se aleja notablemente del proceso mundial que tiende a restringir esta pena y a sustituirla por otras sanciones sin privación de libertad, dirigidas a mantener al condenado en su propio entorno, a preservar sus contactos sociales y a fortalecer su responsabilidad de cara a su vida futura.

2. TENDENCIAS INTERNACIONALES A LA RESTRICCIÓN DE LAS PENAS (CORTAS) PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Desde hace más de un siglo nuestro pensamiento penológico ha estado dominado por las penas privativas de libertad. Cualquier pena que no sea de inmediato cumplimiento es catalogada como sanción leve, cuando no como «ausencia de pena». Incluso la suspensión de

(1) QUERALT, J. J., «Spainsch-deutsches Seminar über die Reform des Strafrechts», *ZStW* 92 (1980), p. 845; MIR PUIG, S., «Alternativen zur Freiheitsstrafe im spanischen Strafrecht», en J. VAN DIJK (ed.), *Criminal Law in Action*, Arnhem, 1986, p. 341. Sobre el sistema de sanciones *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., «Das Sanktionensystem in der spanischen Strafrechtsreform», en H. J. HIRSCH (ed.), *Deutsch-spanisches Strafrechtskolloquium 1986*, Baden-Baden, 1987, p. 107. Sobre el sistema de alternativas *vid.* DEL ROSAL BLASCO, B., «Alternatives to imprisonment in the Spanish criminal justice system: The current situation and outlook for the future», *Papers on crime policy* 2, Heuni publication series núm. 10, Helsinki 1986, pp. 179 y ss.

(2) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, 1980, núm. 108-1.

(3) Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 2.ª ed., Madrid, 1984.

(4) Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1992.

(5) Algo más avanzado parece, en cambio, el Proyecto de 1994, en el que se introduce el trabajo en beneficio de la comunidad como sustitutivo del arresto de fin de semana y donde se menciona, además la idea de reparación del daño.

la pena privativa de libertad, detrás de la cual pende siempre la amenaza de ejecución, es frecuentemente considerada por la opinión pública como una «vía de escape» para el condenado.

Sorprendentemente esto es así aun cuando desde hace más de cien años se duda sobre la utilidad de la pena privativa de libertad, en particular, de las de corta duración (6). De hecho, desde época muy temprana, y sobre todo bajo la influencia de v. Liszt y la AIDP (7), se discutieron e incluso se introdujeron en el Derecho positivo, alternativas a las penas cortas privativas de libertad, como sucedió en España con la condena condicional, incorporada a la legislación en 1908 o aun antes —en 1907— con la *probation* en Inglaterra (8). Una institución, esta última, por la que el condenado era puesto bajo la vigilancia de un asistente que le apoyaba amigablemente para mantenerse en el camino de la licitud. Por otra parte, los esfuerzos por quitar protagonismo a las penas cortas de prisión y por mantener la privación de libertad únicamente como *ultima ratio* se vieron fuertemente incrementados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, proceso que desembocó —sobre todo después del reconocimiento del dudoso efecto resocializador y rehabilitador de la prisión— en la búsqueda aún más imperiosa de alternativas no relacionadas con la privación de libertad. En los últimos dos decenios esta búsqueda de sanciones más humanas, menos lesivas y menos costosas ha vuelto a ocupar el centro de la atención política y social en los ámbitos internos e internacionales, una reacción explicable si se tiene en cuenta que, desde principios de los años setenta y en conexión con la crisis económica y otras causas (fuerte crecimiento de la criminalidad, desmitificación de la ideología del tratamiento), se observó una utilización excesiva de las penas cortas privativas de libertad.

Pero, en contraste con lo sucedido en la primera mitad del siglo, actualmente la búsqueda de alternativas se ha convertido en tarea de las más importantes organizaciones internacionales que fomentan grandes investigaciones y plasman sus resultados en valiosos programas políticos y político-criminales. En este proceso desempeñan un rol importante, al menos desde 1980, los argumentos pragmáticos y económicos.

(6) Un panorama histórico al respecto puede verse en JESCHECK, H.-H., «Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung», en H.-H. JESCHECK (ed.), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, Baden-Baden, 1989, pp. 1939 y ss.

(7) *Vid.* al respecto JESCHECK, H.-H., «Der Einfluss der IKV und der AIDP auf die internationale Entwicklung der modernen Kriminalpolitik», *ZStW* 92 (1980), pp. 997 y ss.

(8) Cfr. HUBER, B., *Die Freiheitsstrafe in England und Wales*, Colonia, 1983, pp. 108 y ss.

Ya en 1976 las exigencias de humanización y desinstitucionalización, por una parte, y la necesidad de reducir los costos en el sistema de aplicación del Derecho penal, por otra, condujeron a la elaboración de algunas propuestas en el *Consejo de Europa*. En la resolución «Sobre medidas alternativas a la pena privativa de libertad» de 1976 los legisladores nacionales fueron exhortados no sólo a profundizar en el desarrollo de las medidas ya existentes —como la *probation* o la multa—, sino también a encontrar nuevas alternativas, por ejemplo, a introducir la declaración de culpabilidad sin imposición de pena, a probar la eficacia del aplazamiento del fallo, a atender a las ventajas de la pena de prestación de servicios (reparación a través del trabajo en favor de la comunidad, contribución de la sociedad en la rehabilitación del condenado) o a reflexionar sobre los beneficios de la semidetención (9). Poco después, el *Sexto Congreso de la ONU* sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Caracas en 1980, se ocupó monográficamente del tema de la desinstitucionalización de las penas y de su efecto sobre los reclusos (10). La asamblea parlamentaria del *Consejo de Europa* formuló recomendaciones en 1981 que proponían, como principio rector de la política criminal de los países miembros, la sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración por otras medidas con iguales efectos pero sin sus desventajas (11). Por su parte, el informe del *Consejo de Europa* sobre «medidas alternativas a la pena de privación de libertad», atendiendo al alto coste económico de esta sanción y a la frecuente superpoblación carcelaria, reforzó los argumentos criminológicos (reincidencia, carácter afflictivo) con criterios socioeconómicos (costos financieros y sociales de las sanciones, su efecto en la sociedad) que, en tiempos de recesión, resultan de aplicación generalizada (12).

(9) La Resolución (76) 10 «On some Alternative Penal Measures to Imprisonment» fue adoptada por el Consejo de Ministros el 9 de marzo de 1976. Recomendaciones similares formuló también el *Economic and Social Council de la ONU*; *vid.* Ecosoc Resolution 1984/46 «Alternatives to Imprisonment» de 25 de mayo de 1984 y Ecosoc Resolution 1986/10 (XI) «Alternatives to Imprisonment» de 21 de mayo de 1986.

(10) United Nations Secretariat, «Alternatives to Imprisonment», *International Review of Criminal Policy*, núm. 36, 1980, New York, 1983: «Junto a los tradicionales argumentos relativos a las contradicciones inherentes a la función de custodia y rehabilitación de la prisión, otros factores —tales como los aspectos de deshumanización del encarcelamiento, el impacto debilitador de la total institucionalización sobre la personalidad humana, la creciente toma de conciencia de que la prisión es (un medio) impropio para favorecer las posibilidades del delincuente de llevar una vida respetuosa de la legalidad o para reducir el número de delitos— han dado un nuevo ímpetu al movimiento dirigido al tratamiento del delincuente “fuera” de la prisión o “sin” la prisión» (p. 3). *Vid.* igualmente las Resoluciones 6 y 8 de este Congreso, así como la Resolución 16 del 7.º Congreso de la ONU, Mailand, 1985.

(11) Recommendation 914 (1981), *On the Social Situation of Principles*. La resolución fue adoptada por la Asamblea parlamentaria el 29 de enero de 1981.

(12) RENTZMANN, W./ROBERT, J. P., «Alternative Measures to Imprisonment»,

Las recopilaciones de la ONU de 1985 y del Consejo de Europa de 1986 sobre las propuestas llevadas a efecto hasta ese momento para evitar o reducir la prisión durante la instrucción, el proceso y la ejecución de la pena, mostró una destacable actividad reformista por lo que a su cantidad se refiere: se presentaron veinte sanciones alternativas. En su mayoría no se trataba, sin embargo, de auténticos *sustitutivos* de la pena privativa de libertad, sino de variaciones de esa misma pena: detención periódica, semidetención, semilibertad, cumplimiento durante el fin de semana, libertad diurna para la realización de actividades laborales fuera del centro penitenciario, suspensión de la pena con sometimiento a prueba. Sí constituían, en cambio, *auténticas alternativas* a la prisión: la privación de derechos —introducida en el Code pénal francés en 1975 como alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración—, la reprensión, el aplazamiento del fallo (*deferment of sentence*) (13), la dispensa absoluta o condicionada de la pena (*discharge*) (14), la pena de prestación de servicios (15) y la reparación.

Los países de la Unión Europea han recogido con distinta intensidad las propuestas de diversificación de sus sistemas de sanciones. *Inglaterra* constituye un ejemplo típico de legislación con una amplia gama de posibilidades: ya en los años setenta se introdujeron aquí, junto a las tradicionales pena de multa, suspensión de la pena privativa de libertad y sistemas de prueba, muchas otras consecuencias jurídicas no vinculadas a la privación de libertad (aplazamiento de la sentencia, dispensa de pena absoluta y condicional, orden de compensación, servicio en favor de la comunidad, suspensión parcial de la sentencia). Desde entonces la gama se ha visto aún más enriquecida por nuevas variaciones, tales como la prohibición de salida (*curfew order*) (16) —inicialmente prevista para jóvenes y a partir de 1991 también para adultos—, la consideración de la *probation* como una auténtica pena (17), o la posibilidad de combinar diversas penas no privativas de libertad [por ejemplo, sometimiento a prueba

Report of the 7th Conference of Directors of Prison Administration. Council of Europe, Estrasburgo, 1986.

(13) Aplazamiento del fallo con el fin de observar el comportamiento del condenado durante el período intermedio (Powers of Criminal Courts Act 1972 ap. 1); sobre esta sanción del Derecho penal inglés *vid.* HUBER (nota núm. 8), pp. 115 y s.

(14) Dispensa de pena con o sin condiciones (Power of Criminal Courts Act 1972 ap. 7); sobre esta sanción del Derecho penal inglés *vid.* HUBER (nota núm. 8), pp. 116 y ss, 125.

(15) Por ejemplo, trabajo en favor de la comunidad, pena de prestación de servicios o de trabajo. Powers of Criminal Courts Act 1973, ap. 14, *vid.* HUBER (nota núm. 8), pp. 126 y ss; HUBER, B., «Community Service Order» como alternativa a la pena privativa de libertad en Inglaterra, *ADPCP*, 1983, pp. 35-48.

(16) Criminal Justice Act 1982 y 1991, ap. 12; sobre esta sanción *vid.* ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*, Londres, 1992, pp. 265 y s.

(17) Criminal Justice Act 1991; *cf.* ASHWORTH (nota núm. 16), pp. 259 y ss.

con pena de multa o con prohibición de salida (18)]. Así, los jueces ingleses tienen a su disposición una amplia gama de sanciones de contenido comunitario, severas y cargadas de exigencias en sus requisitos y suficientes, por su variedad, para satisfacer los fines de rehabilitación individual y retribución de la pena.

En el otro extremo se encuentra *Alemania*, donde el sistema de sanciones no ha sufrido ampliaciones esenciales desde las dos leyes de reforma del Derecho penal de 1969 (19). Por entonces se introdujo la pena privativa de libertad unitaria y el sistema de días multa, se fijó con fuerza de ley la primacía de la pena de multa sobre las penas cortas privativas de libertad, se reestructuró el sistema de medidas de protección y seguridad y se introdujo la amonestación con reserva de pena. Hoy encontramos aquí, como principales (20) sanciones alternativas, la suspensión de la pena (parág. 56 StGB), la multa —que es la sanción aplicada con mayor frecuencia— (parágs. 40 y ss.), la amonestación con reserva de pena vinculada a la suspensión de la multa (parágs. 59 y ss.) y la dispensa de pena (parágs. 60 y ss.). Junto a ellas, existen también la prohibición de conducir como pena accesoria (parág. 44), así como la privación del permiso de conducir, la vigilancia de la conducta y la inhabilitación profesional como medidas (parágs. 69 y ss.; 68 y ss.; 70 y ss.). El Código penal recoge igualmente la pérdida de derechos, la confiscación y el comiso (parágs. 73 y ss.), medidas que, por cierto, también se encuentran en el derecho inglés. La reducción del número de penas privativas de libertad efectivamente ejecutadas y el correlativo aumento de sanciones ambulatorias impuestas, permite concluir que la jurisprudencia alemana hizo suyo el nuevo programa sancionatorio (21).

Por lo demás, en los últimos años se detecta en Alemania, tanto en el ámbito científico como desde los órganos políticos —por las iniciativas del SPD—, un serio interés por alcanzar una **ampliación del sistema sancionatorio**: en particular, es de destacar el lugar preponderante que ocupó este tema en el 59.º «Deutsche Juristentag» celebrado en 1992 (22).

(18) Criminal Justice Act 1991; cfr. ASHWORTH (nota núm. 16), pp. 271 y s.

(19) StrRG de 26-6-1969 y StrRG de 4-7-1969; los fines fundamentales de la reforma consistieron en ese momento en la restricción de las penas cortas de prisión (parág. 47), estructuración de la suspensión condicional de la pena (parágs. 56 y ss.), limitación de las medidas privativas de libertad y nueva configuración de la pena de multa siguiendo el sistema de días multa (parágs. 40 y ss.).

(20) Vid. KAISER, G., *Kriminologie -Ein Lehrbuch*, 2.ª ed., Karlsruhe, 1988, parág. 115, Rn. 10 y 24.

(21) KAISER (nota núm. 20), pp. 909 y s.

(22) Cfr. SCHÖCH, H., «Gutachten», en *Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages*, Munich, 1992, t. 1, C 1-C 138.

3. LAS SANCIONES ALTERNATIVAS

Expondré a continuación las más relevantes sanciones no privativas de libertad, partiendo para ello de las iniciativas de reforma presentes en la discusión alemana, pero sin dejar de prestar atención a instituciones paralelas existentes en otros sistemas penales, en particular, en el sistema inglés.

Pero antes, una breve referencia a la *terminología* que en los últimos años viene utilizándose en el ámbito internacional. Dado que la pena privativa de libertad sigue ocupando el papel central en nuestras ideas sobre la pena —y ello a pesar de que sólo una fracción de los procesados son condenados a esta pena y todavía menos son los que efectivamente deben cumplirla (23)—, se explica que las otras sanciones se describan con frecuencia como *penas no privativas de libertad*. Junto a éste existe, sin embargo, el concepto más específico de *penas alternativas*, con el que generalmente se quiere hacer referencia a alternativas a la prisión (aun cuando en verdad se trata de penas autónomas y no de sustitutivos de aquélla). Ultimamente es usual también el concepto de *penas vinculadas a la comunidad* (community sanctions) (24), explicable porque el autor del delito permanece, durante el cumplimiento de la condena, en su propio entorno social y, a lo sumo, sufre un recorte en sus derechos o en su libertad de movimiento. Por último, se habla también de las llamadas *penas intermedias* (intermediate sanctions), término con el cual se engloban todas las sanciones intermedias entre las consecuencias jurídicas más leves y la pena privativa de libertad (25). En la literatura alemana se distingue además entre consecuencias jurídicas de internamiento y ambulatorias.

3.1. La eficacia de las sanciones privativas de libertad y ambulatorias

¿Qué argumentos existen para distanciarse del dominio de las penas privativas de libertad y para transferir sus funciones a otras consecuencias jurídicas? ¿Podemos permitirnos renunciar a esa pena

(23) En la práctica sancionatoria alemana la porción de condenados al cumplimiento inmediato de la pena privativa de libertad impuesta sólo alcanza el 5,6 por 100; cfr. SCHÖCH (nota núm. 22), p. C 21 y Tab. 1. Distinto es el caso de Inglaterra y Gales, donde en el mismo año todavía fueron condenados a cumplimiento inmediato el 16 por 100, *vid.* Home Office, «A Digest of Information about the Criminal Justice System», HMSO, Londres, 1991, p. 44.

(24) El Canadian Sentencing Commission Report de 1987 introdujo expresamente este concepto, cfr. MORRIS, N./TONRY, M., *Betwe en Prison and Probation*, New York, 1990, p. 4.

(25) MORRIS/TONRY (nota núm. 24), p. 4.

en un amplio espectro precisamente en una época de aumento de la criminalidad? Estas preguntas se plantearon hace ya mucho tiempo y han sido objeto de discusión en las investigaciones y propuestas internacionales. Las dudas sobre el sentido y función de la pena estatal se ven alimentadas desde diversas fuentes: así, los presupuestos metafísicos que antes eran aceptados como fundamento de la *idea de retribución*, han desaparecido en un mundo orientado a la funcionalidad inmanente. La *idea de tratamiento*, de otra parte, perdió vigencia en el momento que no pudieron constatarse resultados positivos de carácter general derivados del cumplimiento de la pena en un centro de detención (26).

Frente a ello, la idea de respeto de la autonomía personal del delincuente, así como la necesidad de mantener vigente el principio de igualdad de oportunidades en la superación de dificultades sociales —propio de un Estado social y democrático de Derecho—, se convierten en criterios esenciales en el fomento de las modernas sanciones ambulatorias orientadas a la personalidad del autor (27). Además, desde puntos de vista preventivo-generales y atendiendo a los resultados de la investigación en el ámbito sancionatorio, parece deducirse el carácter intercambiable de las reacciones penales por lo que a su efectividad se refiere (28). Existen, por otra parte, suficientes apoyos en las estadísticas criminales para afirmar que la atenuación de las sanciones por regla general no influye negativamente sobre la evolución de la criminalidad. Presupuesto de todo ello es, sin embargo, que el sistema jurídico-penal de control social, esto es, la persecución y castigo de los delitos, funcione adecuadamente (29).

Las condiciones inhumanas de cumplimiento de condenas por el envejecimiento y superpoblación de los establecimientos penitenciarios, los mayores costos de esta forma de ejecución penal frente a otras sanciones, las dudas en cuanto a su eficacia rehabilitadora y resocializadora, son, pues, las principales razones que llevan a buscar otras formas de reacción frente al comportamiento merecedor de pena.

(26) Por lo demás, la orientación del Derecho penal a la prevención especial es discutida de modo general, *vid.* ALBRECHT, P. A., «Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen», en *ZStW* 97 (1985), p. 831.

(27) *Vid.* en detalle SCHÖCH (nota núm. 22), C 40.

(28) KAISER (nota núm. 20), pp. 224 y ss. Sobre los resultados empíricos de la amplia intercambiabilidad de las sanciones en el ámbito de la pena de multa *vid.* HEINZ, W., «Neue Formen der Beisälerung in Freiheit in der Sanktionspraxis der Bundesrepublik Deutschland», en *Festschrift für H.-H. Jescheck*, Berlin, 1985, pp. 957, 974; DÖLLING, D., «Die Weiterentwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsentzug im deutschen Strafrecht», en *ZStW* 104 (1992), pp. 259 y ss.

(29) KAISER (nota núm. 21), parágs. 35 y s.; con más detalles, SCHÖCH (nota núm. 22), C 37.

3.2. Consecuencias jurídicas que no implican privación de libertad

De la amplia gama de consecuencias jurídicas que ofrecen los ordenamientos europeos como respuesta a las distintas formas de criminalidad, en particular las menos graves, quiero referirme aquí a dos de ellas, concretamente a aquellas en las que adquieren preponderancia la idea de reparación y los intereses de la víctima. Se trata de la pena de prestación de servicios o trabajo en favor de la comunidad, cuyo destinatario es la comunidad jurídica idealmente lesionada y la reparación en sentido estricto, que concierne a la víctima individual (30).

3.2.2. LA PENA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La pena de prestación de servicios o de trabajo en favor de la comunidad parece haberse impuesto en la práctica, entre todas las sanciones que no implican privación de libertad, como el auténtico sustitutivo de las penas cortas de prisión (31). En los años sesenta, diversas propuestas de reforma en Alemania, Holanda e Inglaterra recogieron la idea de convertir el trabajo en favor de la comunidad en sanción aplicable al ilícito penal (32). También los órganos europeos asumieron la idea y recomendaron a los legisladores de los países miembros que incorporaran esta sanción como alternativa a la pena de prisión (33). La mayoría de los Estados han seguido esta recomendación después de realizar profundas investigaciones político-criminales y, en muchos casos, de someterla a una fase de prueba. Sin embargo, por lo que se refiere a su configuración concreta, existen particularidades prácticamente en cada uno de los Estados.

En Inglaterra, esta sanción se configura en la actualidad como pena autónoma, aunque inicialmente se incorporó a la legislación

(30) Vid. BRUGHELLI, R., «Alternativen zur Freiheitsstrafe: Gemeinnützige Arbeit und Wiedergutmachung», en K. L. KUNZ, *Die Zukunft der Freiheitsstrafe*, Berna, 1989, pp. 5 y s.

(31) VAN KALMTHOUT, A. M./TAK, P. J. P., *Sanctions-Systems in the Member States of the Council of Europe*, Part 1, Arnhem, 1988, p. 10. Sobre el desarrollo histórico de las penas de prestación de servicios pp. 10 y ss.

(32) BAUMANN, J., y otros, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs*, Allgemeiner Teil, Tübingen, 1966; *De Vrijheidsstraf, rapport van de Wiardi Beckman Stichting*, Amsterdam, 1969; *Non-custodial and semicustodial penalties. Report of the Advisory Council on the Penal System*, Wootton Report, HMSO, Londres, 1970; sobre el desarrollo y configuración del modelo inglés vid. también HUBER (nota núm. 8).

(33) European Committee on Crime Problems, Report on alternative penal measures to imprisonment, Estrasburgo, 1976; Resolución (76) 10 of the Committee of Ministers of the Council of Europa (nota núm. 9).

(en 1972, como *community service order*) como alternativa a la pena corta de prisión (34). Consiste en que el autor es condenado a la prestación de determinados servicios durante un período que oscila entre cuarenta y doscientas cuarenta horas, siendo necesario su consentimiento. Esta última exigencia se explica, entre otros motivos, porque la imposición de un trabajo contra la voluntad del condenado se considera poco adecuada desde un punto de vista resocializador (35). El mal de la pena reside en la privación del tiempo libre del delincuente. Junto a ello se llama la atención, también, sobre el carácter reparador que el trabajo social representa para la comunidad. Por otra parte, se entiende que esta pena facilita la resocialización en la medida que el delincuente permanece en su entorno social, fomentándose un comportamiento favorable al trabajo mediante la realización de una actividad habitual. Además, se espera que por esta vía el condenado consiga una mayor confianza en sí mismo y desarrolle el sentido de la responsabilidad social.

Pero a pesar de estos ideales, especialmente en Inglaterra, los argumentos que sirven de sustento a esta sanción han sufrido un cambio importante en los últimos tiempos. Se ha tomado distancia, en efecto, de los ambivalentes fines de retribución, reparación simbólica y rehabilitación. En la actualidad el servicio en favor de la comunidad se impone, sin ambigüedades, como una reacción punitiva, lo que se demuestra tanto porque la cantidad de horas de trabajo depende de la gravedad del hecho cometido, como porque el incumplimiento de las condiciones del trabajo conduce, consecuentemente, a la imposición de otras penas. Cerca de un tercio de las órdenes no cumplidas acaban en una pena privativa de libertad (36). Se la considera una pena vinculada a la comunidad relativamente severa, aplicable a delitos de mediana gravedad, es decir, aquellos en los que la multa aparece como una consecuencia jurídica demasiado leve y la pena privativa de libertad como demasiado grave (37). Los tribunales la utilizan como la más grave de las sanciones no privativas de libertad, aplicándola, por ejemplo, en casos donde se han visto implicadas grandes cantidades de dinero, en aquellos en que se han utilizado armas o en los que la consecuencia del hecho reside en una grave lesión corporal (38). Con especial frecuencia se aplica a jóvenes entre 17 y 21 años (39), incluso reincidentes.

(34) Sobre los requisitos legales y su configuración *vid.* Powers of Criminal Courts Act 1973; ap. 14. *Vid.* también HUBER (nota núm. 8).

(35) El art. 4 IIIª de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos prohíbe los trabajos forzados.

(36) ASHWORTH (nota núm. 16), p. 267.

(37) ASHWORTH (nota núm. 16), p. 269; Criminal Justice Act 1991.

(38) MOXON, D., *Sentencing Practice in the Crown Court*. Home Office Research Study núm. 103, HMSO, Londres, 1988, p. 45.

(39) *Vid.*, por ejemplo, el Caso Mole (1991), CrimLR 220.

Por otra parte, Bélgica, Dinamarca, Holanda y Noruega también han introducido recientemente la prestación de servicios como pena principal autónoma y como alternativa a las penas cortas de prisión. Esta sanción igualmente se prevé en el Anteproyecto suizo (40), cuya legislación penal vigente ya la hace aplicable a los jóvenes. Tanto el nuevo Código penal portugués (1982) como el Code pénal francés (1993) la transformaron de sustitutivo por incumplimiento de la pena de multa en pena principal, seguramente con el fin de aumentar su importancia y fomentar su uso más frecuente (41).

En otros casos se la utiliza como *condición* (en relación a la suspensión de la pena), lo que sucede, por ejemplo, en el Derecho penal juvenil alemán y también en el austriaco (42). Con relativo éxito (43) se contempla asimismo esta sanción en los dos países indicados para *evitar la ejecución del arresto sustitutorio* en caso de impago de la pena de multa (44). En efecto, especialmente en Alemania, donde se hace amplia utilización de la multa, últimamente se viene imponiendo con fuerza la idea de que es preciso buscar alternativas a la ejecución del arresto sustitutorio. Así, sobre todo en una época de creciente empobrecimiento de amplios sectores de la población (criminal), se piensa que el servicio en favor de la comunidad podría jugar un rol importante y reducir el excesivo número de reclusos que hoy ocupan casi todos los centros penitenciarios. En Portugal se la utiliza con este fin desde 1929 (45). Incluso en Suecia, donde esta sanción se contemplaba hasta hace poco con escepticismo, se ha introducido últimamente a modo de prueba. Si se tiene en cuenta que esta pena también forma parte del catálogo de sanciones en Italia, Luxemburgo e Irlanda, da la impresión que el ordenamiento jurídico-penal español (junto con Grecia) es el único que no se ocupa del trabajo en favor de la comunidad como sanción propia del Derecho penal de adultos.

Es preciso añadir, de todos modos, que para el buen funcionamiento de esta sanción, cualquiera sea la forma en que se la contemple, se hace indispensable contar con una infraestructura adecuada. Así, debe existir una oferta suficiente de puestos de trabajo; los jueces deben estar informados sobre la disponibilidad y las relaciones

(40) Como pena principal en el art. 40, como alternativa de cumplimiento en el art. 34.

(41) Para más detalles *vid.* los correspondientes informes en ESER, A./HUBER, B. (eds.), *Strafrechtsentwicklung in Europa (2)*, Friburgo, 1988; *Strafrechtsentwicklung in Europa (3)*, Friburgo, 1990; *Strafrechtsentwicklung in Europa (4)*, Friburgo, 1993. También los informes nacionales en KALMTHOUT/TAK (nota núm. 31), t. 1 y 2.

(42) Parág. 10 I 3 núm. 4 JGG; MELNITZKY, en «Verhandlungen des 10». ÖJT, Viena, 1988.

(43) *Vid.* al respecto SCHÖCH (nota núm. 22) C 28, con más detalles.

(44) Art. 293 EGStGB.

(45) Parág. 47 PC.

personales del inculpado para tomar una decisión que resulte exitosa; y la normativa debe prever una conveniente estructuración de los órganos del trabajo social y su correspondiente apoyo a través de instituciones de carácter socio-pedagógico y psicológico.

3.2.3. LA REPARACIÓN Y LA COMPOSICIÓN AUTOR-VÍCTIMA

La reparación en la discusión político-criminal

En la actual discusión político-criminal ocupa un papel preponderante la idea de la reparación (46) como sanción no custodiada. Este movimiento internacional en torno a la reparación es considerado como una de las más importantes iniciativas político-criminales de nuestro tiempo (47). Su punto en común con la pena de prestación de servicios, también vinculada a la comunidad, reside en el intento de alcanzar una ampliación en la concepción de las sanciones penales capaz de incluir la perspectiva de los intereses de la víctima. En ambos casos el delincuente es orientado a una actividad constructiva y llena de sentido en lugar de verse obligado a soportar la represión.

El «Renacimiento de la víctima» lleva ya una larga andadura. Comenzó en los países anglosajones con la creación de los *fondos estatales de compensación a la víctima*, a través de los cuales quienes han sido objeto de delitos violentos obtienen una indemnización financiada con fondos públicos. Con el tiempo, numerosos Estados de la Unión Europea han desarrollado instituciones semejantes (48). También en los ordenamientos procesales de los distintos países, la víctima ha adquirido mayor atención y significación. Entre ellos cabe destacar la ley alemana de protección de la víctima de 1986, que concede al ofendido el carácter de parte procesal autónoma, algo similar a lo que sucede en Holanda. En la normativa procesal inglesa existen, por su parte, medidas de protección a las víctimas que deben declarar en juicio como testigo, algo frecuente, en particular, en los procesos relativos a delitos sexuales (49). También en Suiza ha entrado en vigor en 1993 una ley de tutela de la víctima. En Dinamarca y Suecia se ha elaborado un sistema de apoyo procesal a las víctimas

(46) Denominada también compensación, restitución o mediación.

(47) Así ROXIN, C., «Grundzüge des Alternativ-Entwurfs Wiedergutmachung», en ESER/KAISER/WEIGEND (eds.), *Von totalitären zum rechtsstaatlichem Strafrecht*, Friburgo, 1993, p. 389.

(48) Por ejemplo, Gran Bretaña (Criminal Injuries Compensation Scheme), Alemania (Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten 1985), Francia (art. 706 CPP), Bélgica (Loi de 1.8.1985), Suecia (Deliktsschadensgesetz). Sobre las particularidades *vid.* los informes nacionales en ESER/HUBER (nota núm. 41).

(49) *Vid.* también la «Victim's Charter», con las pautas generales para el tratamiento de las víctimas y la proclamación de sus derechos.

mediante asesoramiento jurídico. Todas estas iniciativas han abierto camino a un *movimiento general en favor de la restitución*, a partir del cual el Derecho penal —hasta ahora orientado al hecho y al autor— se ha visto ampliado por perspectivas victimológicas (50). Entretanto, se considera ya aceptada la idea de que la víctima de un delito poco grave no experimenta la necesidad de una pena como castigo, pero le interesa, en cambio, la reparación del daño (51).

Modelos vigentes en los diferentes ordenamientos jurídicos

La compensación del daño en el ámbito del proceso penal puede tener lugar de diversas formas. Así, desde un punto de vista material, la composición autor-víctima puede obtenerse mediante una *pena autónoma* si la sanción se paga a la víctima como compensación del daño en lugar de pagarse al Estado (52). Esto es lo que prevé la «compensation order» inglesa incluida en el catálogo de sanciones desde 1972 y que, gracias a una serie de modificaciones, ha mejorado su estructura y ha aumentado su importancia (53). En todos los casos vinculados con una muerte, una lesión o daños, el tribunal debe comprobar, ante todo, si es posible dictar una orden de reparación; si el juez opta por otra pena, debe fundamentar su decisión. Incluso los tribunales de menor jerarquía pueden dictar una orden de restitución de hasta 5.000 libras y ésta es siempre de cumplimiento preferente a la pena de multa. En caso de no aplicarse como pena principal, es posible utilizarla como sanción accesoria con el fin de complementar la pena adecuada a la culpabilidad con un elemento de reparación (54).

La reparación del daño también puede contemplarse como *condición (Auflage)*. El catálogo alemán de sanciones la prevé como condición no autónoma en relación a la suspensión condicional de

(50) Vid. al respecto JUNG, H., «Viktimologie», en KAISER y otros, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3.ª ed., Heidelberg, 1993.

(51) Desde un punto de vista empírico vid. en Inglaterra, SHAPLAND, J./WILMORE, J./DUFF, P., *Victims in the Criminal Justice System. Aldershot*, 1985. Respecto a la situación alemana, SESSAR, K., *Wiedergutmachen oder strafen?*, Pfaffenweiler, 1992.

(52) Vid., al respecto, la crítica de HISCHE, H. J., «Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts», en *ZStW 102* (1990), pp. 534 y ss., con más datos.

(53) Criminal Justice Acts 1972, 1982, 1988, 1991. Sobre sus particularidades ASHWORTH (nota núm. 16), p. 249.

(54) La frecuencia de aplicación de una «compensation order» ha aumentado notablemente desde la Criminal Justice Act de 1988. Los tribunales inferiores (magistrates' courts) la utilizaron en el 66 por 100 de las causas por daños, en el 55 por 100 de los casos en los que la violencia había constituido un elemento del hecho y en el 53 por 100 de las causas por estafa y falsedades; vid. ASHWORTH (nota núm. 16), pp. 251 y s.

la pena, la libertad condicional y la amonestación con reserva de pena (55). En el ámbito procesal, establecida como obligación de reparar, también puede permitir la suspensión del proceso (56). El Derecho penal de menores prevé disposiciones similares (57) y recoge expresamente la llamada composición autor-víctima como sanción autónoma (58).

También en el Derecho penal de adultos ha ganado terreno últimamente la *idea de la composición autor-víctima*. El Derecho alemán prevé expresamente que en la medición de la pena se tome en consideración la conducta del autor posterior al hecho, en particular, sus esfuerzos por compensar los daños causados o por alcanzar un compromiso con el ofendido (59). El resarcimiento del daño y los intentos personales de composición son expresamente reconocidos, en consecuencia, como méritos jurídico-penalmente relevantes (60).

En el curso de los últimos diez años también se ha hecho habitual tanto en la práctica como en la teoría la elaboración de programas y modelos de reparación y composición autor-víctima (61). Así, en 1987, Austria extendió la aplicación de la excusa absolutoria posterior de *arrepentimiento* a un amplia gama de delitos patrimoniales siempre que el autor proceda a la restitución voluntaria del daño antes del comienzo del proceso. Reglas similares fueron introducidas en otros ámbitos, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente (62). Además, en este país se amplió la institución jurídica de «falta de merecimiento de pena del hecho» (63) a todos los delitos amenazados con penas de hasta tres años de privación de libertad, con la consecuencia de que se alcanza la libertad cuando se repara el daño, para lo cual es preciso que el autor haya realizado un es-

(55) Parágs. 56 II núm. 1, 75 III, 59a II StGB.

(56) Parág. 153a I núm. 1 StPO.

(57) Parágs. 23 I, 45 II 2 JGG.

(58) La reparación y las disculpas están contenidas como medios de corrección en el parág. 15 I 1,2; desde 1990 el parág. 10 I 3 núm. 7 JGG prevé la orden de «procurar alcanzar un compromiso con el ofendido».

(59) Parág. 46 II StGB.

(60) Vid. DÜNKEL, F./RÖSSNER, D., «Täter-Opfer-Ausgleich in der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz», *ZStW* 99 (1987), pp. 847 y ss.

(61) Sobre las particularidades vid. SCHRECKLING, J. y otros, *Bestandsaufnahme zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland*, Bonn, 1991. Vid. también, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (en adelante AE-WG), Munich, 1992, pp. 15 y ss, con más información.

(62) Parágs. 167 y 183 CP austriaco; para mayores detalles vid. también el informe de Austria elaborado por HÖPFEL F., «Die strafbefreiende tätige Reue und verwandte Einrichtungen des österreichischen Rechts», en ESER/KAISER/MADLENER (eds.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Friburgo, 1990, pp. 171 y ss.; *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, Anexo D II.

(63) Parág. 42 CP austriaco.

fuerzo serio (64). La reparación se concibe aquí, por lo tanto, como instrumento de sustitución de la pena.

Otra posibilidad de reparación del daño en el ámbito procesal es la anexión de procesos. En el Derecho alemán (65) esta posibilidad no fue aceptada en la práctica (66). En Francia, en cambio, esta institución, en la forma de *acción civil*, es popular y exitosa (67).

Criterios de reforma

Nuevas sendas en la integración de la reparación en el Derecho penal material y procesal ha abierto el proyecto alternativo en materia de reparación (Alternativ-Entwurf WG) del grupo de profesores alternativos alemanes, quienes presentaron su novedosa concepción en 1992. Junto a la pena —a través de la cual se impone al delincuente su responsabilidad por el hecho cometido— y las medidas —que sirven como prevención frente a conductas peligrosas—, la reparación aparece aquí como una *tercera vía* (68), destinada a cumplir un rol autónomo en el conjunto de las consecuencias jurídico-penales en la medida que implica la asunción voluntaria de la responsabilidad por el hecho. En este línea, la reparación puede aparecer de tres formas diferentes: como sustitución, como base de una suspensión o como atenuación de la pena. Veamos las particularidades del Proyecto Alternativo.

En primer lugar, la reparación entra en consideración como posible *sustitutivo de la pena*, siempre y cuando ésta —como dice el parág. 4 I PA— no aparezca como necesaria, sea de cara al autor o a la comunidad. Si la personalidad del autor o la gravedad del hecho hacen necesaria la pena, no es posible aplicar la reparación como única consecuencia jurídica. Sin embargo, sólo cabrá afirmar dicha necesidad en el caso de que el autor, haciendo abstracción de la

(64) Se dice textualmente que cabrá la impunidad cuando las consecuencias del hecho sean en esencia evitadas, reparadas o compensadas de otro modo, para lo cual el autor debe haber realizado un esfuerzo serio (parág. 167 CP austriaco).

(65) Parágs. 403-406c StPO.

(66) *Vid.*, con más detalles, SCHÖCH (nota núm. 22), C 62.

(67) Sobre sus particularidades cfr. MERIGEAU, M. «Landesbericht Frankreich», en ESER/KAISER/MADLENER (eds.) (nota núm. 62), p. 325; más información en Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (nota núm. 61), Anexo D IV.

(68) Su descripción como «tercera vía» se explica por motivos históricos: El Código penal de 1871 sólo contemplaba en un principio la pena; en 1933 se introdujeron como segunda vía las medidas de seguridad y corrección de contenido puramente preventivo; ahora la reparación vendría a constituirse en el tercer elemento de las consecuencias jurídicas del delito. *Vid.*, al respecto, FREHSEE, D., *Schadenswiedergutmachung als Element strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitischer Beitrag zur Suche nach alternativen Sanktionsformen*, Berlín, 1987, p. 119; ROXIN, C., «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en SCHÖCH (ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, Munich, 1987, p. 52.

reparación, se hubiera hecho merecedor de una pena privativa de libertad de más de un año. De este modo es posible partir de que el ámbito de aplicación de la reparación estará en el contexto de la criminalidad de bagatela y de los delitos menos graves —esto es, en el sector de los delitos de mayor frecuencia comisiva.

Ahora bien, en el caso en que sea precisa la condena a pena de prisión por razones de prevención general o especial, la reparación realizada puede, de todos modos, entrar en consideración en el contexto de la *suspensión condicional de la pena* (parág. 56d StGB). Ella fundamentará siempre el pronóstico favorable que abre la posibilidad de suspender una pena de privación de libertad de hasta dos años (en lugar del límite general de un año —parág. 56—). Asimismo se le concede un rol esencial en la decisión sobre la puesta en libertad anticipada (69).

Al mismo tiempo, el Proyecto atribuye a la reparación total o parcial —si puede entenderse importante— el carácter de causa de *atenuación obligatoria* de cualquier pena (70). Si la reparación no ha contribuido de modo *relevante* a la eliminación de las consecuencias del delito, entra todavía en consideración una atenuación facultativa adecuada a la situación.

¿En qué consiste la reparación? No es sólo una compensación económica del daño y no constituye un privilegio para los ricos. Al contrario, tanto la determinación jurídico-penal del concepto como la naturaleza de las prestaciones posibles y la característica de voluntariedad, ponen de manifiesto que estamos ante algo más que el mero pago de una deuda civil. Reparación supone compensación de las consecuencias del hecho con el fin de restituir la paz jurídica (71). Para ello son tan apropiadas las prestaciones monetarias como los regalos, las disculpas, los encuentros de reconciliación o la prestación de servicios (72). También las cargas simbólicas, que pueden alcanzar a instituciones de interés general, valen como reparación (73).

Una característica destacable del modelo alemán es la naturaleza *voluntaria* de la prestación. Ello significa que no cabe pensar en una condena a reparar el daño. A diferencia del derecho inglés, donde el Tribunal impone autoritariamente la compensación como pena, de acuerdo al Proyecto Alternativo, el procesado asume voluntariamente la responsabilidad por su hecho y realiza un aporte autónomo para la restitución de la paz jurídica.

(69) Parág. 9 AE-WG (nota núm. 61).

(70) Parág. 5 AE-WG (nota núm. 61).

(71) Sobre el concepto de paz jurídica *vid.* JUNG, H., *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Berna, 1992, pp. 150 y ss.

(72) Una enumeración ejemplificativa en parág. 2 I 1 AE-WGM (nota núm. 61).

(73) Al respecto *vid.* también SCHÖCH (nota núm. 22), C 66 y ss.

Por otra parte, es importante la aplicabilidad general de esta construcción, que permite una solución individualizada y constructiva desde la perspectiva social. Así, pueden considerarse como prestaciones de reparación tanto la realización de trabajos (reparación del vehículo de la víctima, tareas de jardinería) como las disculpas por el hecho cometido. Además, también entran en consideración las contribuciones dinerarias a fondos de compensación de víctimas o a fondos para las víctimas de accidentes, una fórmula especialmente aplicable cuando el hecho ha quedado en grado de tentativa y no se han producido daños. Igualmente estarían comprendidos los servicios en centros hospitalarios o asilos. Así concebida, la amplia idea de reparación permite su utilización con respecto a todos los delitos y cualquiera sean las características del autor.

Los efectos positivos de la reparación, por otra parte, sólo benefician al autor si éste efectivamente satisface la reparación y siempre que lo haga antes de la apertura del proceso principal (garantía de cumplimiento). La ventaja práctica de esta regulación reside en que se facilita notablemente el proceso tanto para la víctima como para la administración de justicia. En efecto, por esta vía se alcanza un acuerdo entre aquélla y el autor del delito con cuyo cumplimiento el ofendido obtiene su compensación y el infractor se hace merecedor de las ventajas legales. Las meras promesas o las prestaciones tardías carecen de valor. Desde un punto de vista preventivo-especial, por otra parte, se estimula al autor a enfrentarse con el hecho realizado y con sus consecuencias, a realizar conductas con contenido social y, bajo determinadas circunstancias, a reconciliarse con la víctima.

Los efectos preventivo-integradores de esta solución también resultan evidentes y el Proyecto Alternativo los refuerza mediante la introducción de disposiciones procesales dirigidas a dar cabida a la reparación en todas las fases del proceso. Así, se contempla que ya en la primera toma de declaraciones el inculcado sea informado de las ventajas que para él puede representar la reparación y sobre el papel de ésta en el proceso penal. Cuanto antes se lleve a efecto la reparación, mayor facilidad tendrá aquél para acceder a los beneficios que ésta implica. Si concurren los presupuestos para una dispensa de pena (de acuerdo al parág. 4 AE-WG) y se ha efectuado la prestación compensatoria, el fiscal puede sobreseer la causa con el acuerdo del tribunal, el inculcado y la víctima. En este caso, pues, no se llega al proceso judicial propiamente dicho. Si, por el contrario, el autor y la víctima necesitan tiempo para alcanzar un acuerdo sobre la reparación (74), la fase de instrucción sigue su curso, pero una vez finalizada, el fiscal puede posponer hasta tres meses su decisión

(74) El acuerdo de reparación frecuentemente requiere tiempo y apoyo, que el fiscal puede ofrecer a través de instancias arbitrales ajenas a la judicatura. La participación en el proceso arbitral es voluntaria y sus resultados deben informarse al fiscal.

sobre la formalización de la acusación (parág. 13 AE-WG) siempre que existan razones para prever que se alcanzará un acuerdo entre aquéllos. Este plazo es susceptible de una prórroga aún mayor en el caso de que se haya dado intervención a un tribunal arbitral encargado de colaborar con los implicados en la búsqueda de una solución.

Si el Ministerio fiscal formaliza la acusación —sea porque la prestación reparatoria no fue suficiente; porque la personalidad del autor o la gravedad del hecho hacen necesario el juicio y la condena; o por imposibilidad de sobreeser ante la falta de los requisitos establecidos en el parág. 11—, en el escrito correspondiente deberá hacer mención de la reparación efectuada y, en caso de existir perspectivas favorables, propondrá la apertura de un *proceso judicial de reparación* (parág. 14 AE-WG). Esta iniciativa también puede tomarla el inculcado (parág. 15 AE-WG).

Ello supone, en consecuencia, que entre la formalización de la acusación y la apertura del proceso principal se introduce un paso intermedio: *el proceso judicial de reparación*. Para ello, el tribunal está facultado para aplazar hasta tres meses la apertura del proceso principal y prolongar dicho aplazamiento por otro período igual con el fin de que un tribunal de conciliación o él mismo puedan llevar a efecto dicho proceso de reparación (75). Si de este modo se llega a una composición y concurren los presupuestos para la dispensa de pena (parág. 4 AE-WG), el tribunal dictará el fallo de culpabilidad y prescindirá de la pena, salvo que el inculcado exija la celebración del proceso principal.

Ahora bien, si no concurren los requisitos para la renuncia de pena —sea por la insuficiencia de las prestaciones compensatorias; por la propia gravedad del hecho; o por falta de consentimiento del inculcado—, se procede a la apertura del proceso. En este caso, las prestaciones de reparación pueden todavía tenerse en cuenta en la concreta determinación de la pena.

Significación y perspectivas de la reparación

Mucho se está escribiendo actualmente en Alemania sobre el tema de la reparación (76), por lo que resulta imposible reproducir aquí la discusión en toda su complejidad. En cualquier caso, su importancia reside en que, como instrumento de «diversificación» (*Diversión*), se presenta como un medio apto para atenuar, modificar o sustituir la pena. De hecho, la reparación del daño podría representar ya un adelanto significativo si mediante su utilización se consiguiera

(75) Sus particularidades se encuentran reguladas en el parág. 16 AE-WG (nota núm. 61). Sobre la estructura del procedimiento *vid.*, parág. 18 AE-WG (nota núm. 61).

(76) *Vid.* la relación bibliográfica en AE-WG (nota núm. 61), pp. 135 y ss.

dar una nueva forma a la gran cantidad de procesos que hoy se sobreseen en el ámbito de la criminalidad leve (77) o que concluyen con la imposición de una pena de multa (78), puesto que de este modo se conseguirían resultados más útiles para el propio autor, la víctima y la sociedad en este amplio campo de la delincuencia. Además, si se tiene en cuenta que ni siquiera existen razones definitivas para asegurar los resultados resocializadores de la pena (79), al menos esta vía garantizaría una auténtica ayuda a la víctima.

4. LÍMITES A LAS SANCIONES AMBULATORIAS DE ACUERDO A LOS CRITERIOS INTERNACIONALES

Para concluir, permítaseme una referencia a los principios rectores en materia de sanciones no privativas de libertad. A diferencia de lo que sucede con la pena de muerte o las penas corporales, respecto de las cuales existen hoy límites claros en cuanto a su aplicación o prohibición, las sanciones ambulatorias contienen numerosas restricciones y elementos coactivos, sobre cuya utilización no se ha alcanzado un acuerdo. También aquí, en consecuencia, es preciso establecer ciertos principios rectores (80).

Como punto de partida —en especial en el pensamiento alemán— se consideran plenamente aplicables a estas sanciones todos los principios político-criminales de un Estado de Derecho —humanidad, libertad, presunción de inocencia, igualdad—, así como los derivados del Estado Social. A ellos se debe añadir la idea de funcionalidad del proceso, propia de Estado de Derecho (81). Como consecuencia de todo ello, es posible concluir que las sanciones ambulatorias, al

(77) Los sobreseimientos basados en los párgs. 153 y ss. del StPO representan el 42 por 100 del total de las decisiones, cfr. SCHÖCH (nota núm. 22), cuadro 11, C 127; el mismo, *Rechtsstaatliche und kriminologische Grundlagen der strafrechtlichen Sanktionen in der Bundesrepublik Deutschland*, en ESER/KAISER/WEIGEND (nota núm. 47), cuadro 5, p. 386.

(78) *Vid.* SCHÖCH (nota núm. 22), cuadro 1, C 121; el mismo, *Rechtsstaatliche und kriminologische Grundlagen der strafrechtlichen Sanktionen in der Bundesrepublik Deutschland* (nota núm. 47), cuadro 1, p. 383.

(79) En España, la función resocializadora de la pena privativa de libertad expresamente establecida en la Constitución hace tiempo que se viene poniendo en duda, cfr. CÓRDOBA RODA, J., «Die Freiheitsstrafe im spanischen Recht», en *ZStW* 92 (1980), p. 773, en especial nota núm. 3. Sin duda, en los últimos años estas consideraciones críticas se habrán visto aumentadas.

(80) Sobre el problema de los límites de las sanciones ambulatorias *vid.*, VON HIRSCH, A., «The Ethics of Community-Based Sanctions», *36 Crime and Delinquency* (1990), pp. 163 y ss.

(81) Sobre estos factores *vid.* SCHÖCH (nota núm. 22), C 41 con más información sobre la bibliografía alemana, en particular, SCHÜLER-SPRINGORUM, H., *Kriminalpolitik für Menschen*, Munich, 1991.

igual que las otras penas, también revisten un carácter subsidiario. Es decir que sólo resultarán aplicables cuando no sea posible esperar resultados positivos de otros medios menos severos. Además, dichas sanciones tampoco pueden imponer al delincuente requisitos que resulten claramente inexigibles (82), lo que significa que, en su concreta configuración, no deberán superar las fuerzas y posibilidades de aquél (83). Finalmente, también aquí juegan como límites generales los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Junto a estos principios derivados del Estado de Derecho que, en unión con otros establecidos por la ley o la jurisprudencia, conforman los límites de la posible injerencia estatal en los derechos fundamentales del delincuente, existen numerosas disposiciones internacionales dirigidas a restringir el ejercicio del poder estatal en el ámbito sancionatorio.

Las primeras disposiciones relativas a las condiciones básicas para las sanciones no privativas de libertad fueron las *Standard Minimum Rules for the Implementation of Non-Custodial Measures involving the Restriction of Liberty* (84). Su contenido era preparatorio para la elaboración de una reglamentación de la ONU que, en consonancia con las «Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners», debía establecer las pautas internacionales en la materia. Por recomendación del Consejo Económico-Social de Naciones Unidas, otros órganos (85) de esta organización elaboraron al mismo tiempo las *Tokyo Rules*, que fueron presentadas en septiembre de 1990 en el 8.º Congreso de la ONU celebrado en La Habana y asumidas por la Asamblea General en diciembre de ese mismo año como «United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures» (Tokyo Rules) (86).

(82) Así, por ejemplo, no se podría imponer al autor la condición, en caso de suspensión de la pena de prisión, de contraer matrimonio con la madre de su hijo, o de asistir regularmente a un servicio religioso, o de ingresar en una asociación. Todas estas exigencias entrarían en conflicto con derechos fundamentales.

(83) Esto ya se encuentra establecido en los parágs. 56b y c del StGB alemán.

(84) Estas medidas fueron establecidas por un grupo de expertos en una reunión que tuvo lugar en Groningen en el año 1988 bajo el amparo de la «Penal and Penitentiary Foundation». Sobre las particularidades del nacimiento y fines de dichas reglas *vid.*, RÖSTAD, H., en el *prólogo* a International and Penitentiary Foundation, *Standard Minimum Rules for the implementation of non-custodial measures involving restriction of liberty*, Bonn, 1989, p. 7.

(85) El proyecto fue elaborado por el United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders de Tokio.

(86) General Assembly Resolution 45/110. Sobre sus particularidades *vid.* United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Branch, *Commentary on the Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures*, Viena, 1993, pp. 3 y s.

Aunque estas reglas no tienen el carácter de Tratado internacional susceptible de vincular directamente a los firmantes, dado el consenso general que existió a la hora de su aprobación en La Habana y en la Asamblea General de la ONU, es posible concederles tanta importancia como para considerar que sientan las pautas internacionales a las que deben ajustarse los legisladores y la jurisprudencia de los Estados miembros (87).

También el Consejo de Europa se ha manifestado sobre el problema de las sanciones de carácter comunitario: en noviembre de 1992, después de largas consultas, aprobó las *European Rules on Community Sanctions and Measures* (88). Aunque, al igual que las «European Prison Rules» no constituyen un Tratado y, por tanto, carecen de fuerza vinculante, con ellas se pretende marcar las pautas jurídicas europeas para la elaboración de sanciones y penas vinculadas a la comunidad (89).

5. RECAPITULACIÓN Y OBSERVACIONES FINALES

Resumiendo:

En contraposición a lo que sucede en muchos otros países de Europa, con la remisión condicional para penas que no excedan de un año, España sólo cuenta con un modesto medio para evitar la pena de prisión, una sanción esta última que, sin embargo, se califica en el mundo entero de perjudicial e ineficaz desde perspectivas resocializadoras y de corrección. El legislador español no ha asumido, pues, hasta ahora, las propuestas internacionales orientadas al desarrollo de un sistema de sanciones restrictivo en materia de penas privativas de libertad y tendente a la introducción de otra clase de sanciones cuyo cumplimiento se produzca en el seno de la comunidad. A la vista del actual Proyecto resulta, por lo demás, dudoso, que se decida a dar este paso en el nuevo Código penal, optando por reducir de modo general el papel de la pena de prisión. En cualquier caso, conviene tener presente que un cambio en favor de la diversificación de las sanciones depende de la estructura de la criminalidad del país y de su análisis, lo que significa que, una decisión convenientemente fundada desde el punto de vista político-criminal en materia de sanciones ambulatorias, exigiría una previa investigación a fondo de la naturaleza y características de la criminalidad en España.

(87) *Vid.* al respecto, VAN ZYL SMIT, D., «Legal Standards and the Limits of Community Sanctions», *Eur. J. Crime Cr.L.Cr.J.*, 1994.

(88) Recommendation núm. R (92) 16, del Consejo de Europa, adoptada el 16 de noviembre de 1992.

(89) *Vid. Kommentar zu den Europäischen Regeln über gemeindebezogener Strafen und Massregeln*, p. 41.

Hay muchos modelos de sanciones no privativas de libertad. Algunas ponen el acento en la rehabilitación (v.g., el sometimiento a vigilancia con imposición de ciertas condiciones o las instrucciones en la *probation*); otras limitan la libertad de movimiento del delincuente (como el arresto domiciliario o la vigilancia electrónica); y también las hay que permiten al autor del delito evitar un pronunciamiento de culpabilidad y, en caso de buen comportamiento, salir airoso de un aplazamiento del fallo. Por lo demás, últimamente han ganado terreno en muchos países las reflexiones sobre la ayuda a la víctima, dirigidas especialmente a la superación de las consecuencias del delito mediante un hacer constructivo y responsable del propio autor. Los proyectos sobre composición autor-víctima que se desarrollan dentro y fuera del sistema penal, no persiguen con esta institución únicamente la reparación material del daño, sino, por encima de ello, la superación constructiva del conflicto y la restitución de la paz jurídica. Me he referido aquí a dos formas de reparación propias del Derecho penal. En muchos ordenamientos se aplica con éxito la pena de servicios en favor de la comunidad, una sanción que sin embargo en Inglaterra ya ha perdido su sobrevalorada función resocializadora y que lamentablemente no sólo se está aplicando como alternativa de la prisión, sino igualmente de otras sanciones ambulatorias. Como sucede con la mayoría de las penas no privativas de libertad, el éxito del trabajo en favor de la comunidad depende en no poca medida de la existencia de un servicio social adecuado y que funcione convenientemente. La otra institución de la que hemos hablado es la reparación del daño y la composición autor/víctima, una vía que de las formas más variadas adquiere relevancia en el proceso de determinación de la pena. El Proyecto que el grupo de profesores alemanes, suizos y austriacos presentó en 1992, constituye el modelo hasta ahora más consecuente para la incorporación de la reparación voluntaria en la estructura de la aplicación y medición de la pena y ello sin perder de vista la idea de necesidad de pena. Su futuro se encuentra, sin embargo, minado por la Política criminal y por el aumento incesante de la criminalidad. Por eso tiene hoy pocas posibilidades. Pero quizás no esté lejano el momento en que la justicia criminal se derrumbe en algunos países —como el tráfico automovilístico— bajo el peso de la ineficacia y la saturación. Tal vez sea entonces la oportunidad para recobrar los modelos alternativos y, por qué no, el modelo de la reparación.

Técnicas de tutela y de intervención en el nuevo Derecho penal bancario italiano

ANDREA CASTALDO

Profesor de la Universidad de Urbino

SUMARIO: 1. El porqué de la reforma: 1.a) La exigencia comunitaria: el modelo de banca universal.—1.b) La lucha contra la criminalidad económica: 2. El proceso ético del derecho penal bancario. 3. Los perfiles del nuevo sistema penal bancario: 3.a) La anticipación del umbral de la tutela.—3.b) La opción en favor del dolo específico.—3.c) La simplificación de los supuestos de hecho a nivel probatorio: 4. Los principales defectos entre la antigua y la nueva estructura normativa. 5. El art. 7, inciso 2 del TU y su función de filtro. 6. Consideraciones conclusivas.

1. EL PORQUÉ DE LA REFORMA

Desde hace mucho tiempo, la doctrina señala los aspectos anacrónicos y lo inadecuado de la normatividad relativa a la tutela penal de la actividad bancaria. Este estado de malestar era la proyección —en un sector específico— del alejamiento general, en el ámbito del Derecho penal económico, entre disposiciones reglamentarias y una realidad en continua evolución, sin contacto con los modelos originales de referencia.

Las pocas y limitadas intervenciones legislativas, determinadas por la necesidad de taponar las fallas más evidentes de un sistema en crisis, también habían acentuado el defecto de la falta de un cuadro global.

En el plano jurídico, la técnica fragmentaria utilizada había producido una legislación «estratificada», de tipo aluvional, meramente añadida a las normas vigentes, en vez de ser de tipo sustitutivo o integrativo.

Además, la consecuente desorientación interpretativa había dado como resultado el fenómeno de la desorientación jurisprudencial, alimentado por unas pronunciaci3nes raras pero significativas, las cuales, tratando de llenar las supuestas lagunas punitivas, terminaba recortando los espacios de operatividad de algunas tipologías clásicas, mediante operaciones de suplencia, de dudosa compatibilidad con el principio de legalidad (1).

Las razones de fondo del proceso de envejecimiento legislativo y de la relativa implementaci3n normativa han sido justamente reducidas a la superaci3n de un modelo econ3mico atrasado, dise1ado seg1n valoraciones solipsísticas, y viceversa al ingreso de un mercado inspirado en esquemas de tipo solidario (2).

Si de la perspectiva global se pasa al análisis del derecho penal de la empresa bancaria, las argumentaciones en perspectiva asumen mayor eficacia. Efectivamente, el núcleo original de la ley bancaria (un conjunto de disposiciones que se remonta a los años treinta) había sufrido operaciones de rejuvenecimiento periódicamente, resistiendo, como fuerza centripeta, a las *microrreformas* que redise1aban las fronteras de la tutela penal con ritmos y técnicas de hechura más ágil (3).

Sin embargo, reconducir la etiología de la reforma a unas causas cronológicas de orden *natural*, sería minimizarla: en realidad, factores *externos e internos* están en la base del cambio.

1.a) La exigencia comunitaria: el modelo de banca universal

Bajo el primer perfil, el rostro de la banca delineado por el r.d.l. del 1936, de tipo publicista y especializado, parecía estar en perfecto contraste con la imagen de banco universal, preferida a nivel comunitario.

La adopci3n de un modelo no especializado, adecuado a la normatividad comunitaria, responde así a la intenci3n de lograr la homogeneizaci3n del sistema.

(1) Se pueden señalar, por ejemplo, la extensi3n del estatuto penal de la PA, ciertas orientaciones discutibles en materia del artículo 2.621 Código civil, la considerada inexistencia del dolo específico en el art. 216 inciso 1, numeral 1, primera parte L. FALL.

(2) Cfr MARINUCCI, «Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici», *Ridpp*, 1988, pp. 424 y ss.

(3) El análisis del fenómeno de las diferentes velocidades lo desarrolla exhaustivamente BRICOLA, «Profili penali della disciplina del mercato finanziario», *Banca e Borsa*, 1990, vol. I, pp. 16 y ss.

1.b) La lucha contra la criminalidad económica

Sin embargo, un papel preponderante en la aceleración del cambio fue el jugado por las exigencias *internas*.

La mayor importancia (inclusive en términos de conciencia) del fenómeno de la criminalidad organizada, de sus infiltraciones masivas en el tejido financiero para fines de lavado de dinero resaltó la vulnerabilidad particular del sistema bancario, y la necesidad correlativa de buscar soluciones (4).

El refuerzo de los poderes de control, la normatividad *antirreciclaje*, los nuevos dictámenes en materia de sociedad de intermediación son solamente algunos de los indicios más evidentes del *revirement* ocurrido.

Por cierto, es preciso señalar cómo estos impulsos al cambio hayan generado un proceso curioso de intercambio: efectivamente, mientras el ordenamiento italiano, en su proceso de adecuación a las directrices comunitarias, ha *importado* modelos extranjeros, contemporáneamente ha *exportado* normas o estrategias de intervención relativas a la lucha contra la criminalidad económica en los países tradicionalmente «sensibles» a las políticas de cooperación (5).

Al lado de las razones de armonización y de política criminal, también la posibilidad de superar las dificultades interpretativas ligadas a la formulación de los supuestos de hecho originales ha jugado un papel importante en el impulso al cambio.

2. EL PROCESO ÉTICO DEL DERECHO PENAL BANCARIO

La tarea de traducir en realidad normativa a las nuevas instancias delineadas le tocó primero al Decreto Legislativo núm. 481 del 14 de diciembre de 1992, en desarrollo de la segunda directriz de la CEE (No 89/646), que coordinaba las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades crediticias y su ejercicio; y luego al Decreto Legislativo núm. 385 del 1 de septiembre de 1993, en vigencia desde el 1 de enero de 1994, que aprobó el Texto Único de las leyes en materia bancaria y crediticia.

(4) Esta tendencia es recogida, con su acostumbrada precisión, por PEDRAZZI, «Mercati finanziari (disciplina penale)», *Dig. Disc. Penal.*, 1993, vol. VII, pp. 655 y ss.

(5) Piénsese, en el plano procesal, a los acuerdos interestatales de asistencia y, en el plano sustancial, a las normas sobre transparencia y señalización de operaciones sospechosas, adoptadas por un proyecto de ley de la República Federal Alemana. Cfr. MAIWALD, «Responsabilità penale ed attività bancaria. Nuove tendenze nella Repubblica federale tedesca», en *Diritto penale e attività bancaria*, compilador MARINI, 1994, pp. 41 y ss.

Los límites de esta ponencia no nos permiten un examen específico de las diferentes figuras de delito: por tanto, nos detendremos en las líneas generales y en *la metodología de fondo adoptada, intentando iluminar el contexto global en el cual está el proyecto de reforma.*

No hay duda que las medidas introducidas encuentran su explicación en la transformación del mundo bancario y del mercado financiero hacia principios reglamentarios inspirados en una visión ética.

Éticas *en los negocios y de los negocios*: así se puede resumir el objetivo del legislador, presionado por las exigencias ineludibles contrastantes con el crimen organizado, y reconocible en las normas en materia de actividad bancaria.

Sin duda, se trata de una escogencia valiente, la cual sin embargo presenta riesgos que no se pueden subestimar.

Este punto merece una breve profundización.

Para las organizaciones criminales es indispensable reinvertir los grandes ingresos obtenidos ilegalmente por canales lícitos, y por supuesto un instrumento útil es la intromisión en el sistema de intermediación de finca raíz (6). Esta forma de agresión constituye una deseconomía externa que produce costos, disfuncionales para el sistema, capaces de falsear las normas del juego y la *par condicio* de los que intervienen en él, poniendo en peligro también —y sobre todo— la credibilidad de la institución, esencial para su funcionamiento.

Ahora bien, si los costos (negativos) han de ser eliminados, el problema consiste en preguntarse: a) *¿bajo qué condición?*; y b) *¿quiénes deben soportarlos?*

La respuesta del ordenamiento jurídico es simple, así como muy poco meditada en sus implicaciones: moralizar el mercado por medio de una red espesa de controles sobre el *acceso* y el *ejercicio* de la actividad bancaria, depurándolo de las tentativas meramente especulativas; con el corolario inmediato de monitorear el sistema con la ayuda de «sensores» diseminados por doquier en la forma de reglas de conducta. Ahora, hasta podemos convenir sobre la estrategia de prevención utilizada, pero suscita perplejidad el recurrir masivamente a la opción penal para casos de poca necesidad; además, la tendencia a encomendar al *intraneus* no sólo el respeto de los pactos, sino sobre todo la vigilancia sobre su observancia, podría falsear los modelos «culturales» consolidados.

Bajo el primer perfil, el peligro de la inflación de supuesto de hecho penal está representado por la menor eficacia general-preven-

(6) Por último, es muy instructiva la obra de VEST, «Überlegungen zur Kriminalpolitischen Instrumentalisierung eines Begriffs», en *Organisierte Kriminalität, Schw. Zeit. f. Straf.* 112 (1994), pp. 142 y ss.

tiva de la pena, con el consecuente empobrecimiento hacia una legislación simbólica, privada de incidencia efectiva, y apta para tranquilizar las ansias de la opinión pública.

Pero las dificultades son mayores en relación con el otro ámbito. Mientras tanto, el proceso ético del derecho penal bancario y financiero (7) debe hacer sus cuentas con una doble resistencia inicial: el escepticismo, para no hablar de desinterés sustancial por parte del hombre común, y la *neutralidad* moral del hombre de negocios, propenso a considerar el mercado como impermeable a los valores comunes y centrado en la filosofía de la ganancia (8).

Y esto no es todo. Investigaciones en este campo han demostrado cómo formas estafadoras de gestión y movimiento de capitales con técnicas de corrupción conexas son consideradas lícitas por la mayoría de los dirigentes de empresas multinacionales, cuya ética se inspira en directrices diferentes de aquellas sentidas por el promedio (9).

A la escasa receptividad de las normas impregnadas de principios «normalizadores» se debe añadir la difícil convivencia entre imposición de cargas para respetar (con limitación de las facultades) y un mercado «ontológicamente» orientado al dinamismo. El riesgo está en la *burocratización* gestional del sistema, seguramente debilitado por un armazón poco atento en salvaguardar los espacios típicos de operatividad.

Indudablemente, las nuevas formas han acentuado las obligaciones de colaboración de los operadores bancarios y financieros, confirmando la tendencia a involucrar fuerzas diversas a las institucionales en la represión de los fenómenos ilícitos (10).

(7) En realidad, en este ámbito ya se debería discutir si la secularización del Derecho penal permite perseguir unas finalidades éticas por medio de los instrumentos penales.

(8) Cfr. BAUMHART, *Ethics in Business*, 1986.

(9) Cfr. BOCKSTIEGEL, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, 1971, p. 322; HOPT, «Recht und Geschäftsmoral multinationaler Unternehmen. Unlautere Finanztransaktionen Wirtschaftsrecht», en *Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät*, 1977, pp. 279 y ss.

(10) En materia de lucha al reciclaje, parecen emblemáticas las disposiciones que conciernen a la señalización de operación sospechosas

Tampoco se puede olvidar que inclusive se introducen medidas (extrapenales) que, aun estando destinadas a golpear transacciones potencialmente criminales, terminan golpeando las mismas instituciones de crédito (por ejemplo: el cierre de la cuenta corriente cuando el cliente no comunica sus datos fiscales, «sanción» que conlleva un costo para el banco).

A propósito, en una perspectiva comparada, preocupaciones análogas sobre la validez de una política dibujada con base en la cooperación pedida a los bancos, son expresadas en STRATENWERTH, «Geldwäscherei—ein Lehrstück der Gesetzgebung», en *Bekämpfung der Geldwäscherei: Modellfall Schweiz?*, compilador PIETH, 1992, p. 101.

La reacción desde el interior ha sido de aceptación condicionada; es decir que si el mercado ha demostrado que puede absorber el *surplus* de tareas asignadas, dirigido a la reglamentación del sector, también es claro que la tendencia a trasladar la actividad de defensa frente el crimen de los órganos oficiales del Estado a los operadores económicos particulares no puede ser infinita, sobre todo si los costos comunes no son absorbidos por los entes institucionales

3. LOS PERFILES DEL NUEVO SISTEMA PENAL BANCARIO

En relación con la normatividad bancaria anterior, el Decreto Legislativo 481/1992 y el TU han seguido, por una parte, el camino de la introducción de nuevos supuestos de hecho (como en el caso de la así llamada falsedad interna), y por la otra han seguido la modificación de las anteriores.

Ciertamente, un panorama global resalta (aun cuando los límites de la reforma se deben obviamente a la forma de la legislación delegada que impedía realizar unos retoques más significativos) cómo cada momento esencial de la actividad bancaria sea vigilada por medio del recurso a la alternativa penal: así, la estrategia «panpenalista» abraza el momento del *ingreso* (abusivismo bancario y financiero), del *ejercicio* (las comunicaciones falsas al órgano de vigilancia), de la *vigilancia* (el impedimento a las funciones institucionales típicas de la Banca d'Italia) (11)!

Entonces, la intervención penal involucra cualquier *etapa* de la actividad bancaria, por cierto con una técnica bastante homogénea.

3.a) La anticipación del umbral de la tutela

Efectivamente, una característica frecuente es la anticipación del umbral de la tutela, una escogencia seguramente ligada a la anterior legislación, y recordada enérgicamente.

La preferencia por la incriminación del peligro en vez que por la lesión efectiva, sin duda es reconducible a unas motivaciones de oportunidad.

(11) La calificación privada de los operadores bancarios debida a la inversión de ruta operada por la jurisprudencia de legitimidad, había dejado al «descubierto» el ataque a su integridad: en este sentido, ver MARINUCCI, *op. cit.*, (nota 2), p. 441.

Tampoco se puede olvidar cómo, al lado de la extensa latitud asignada a los delitos contra la Administración Pública, los presuntos vacíos de tutela en el pasado fuesen llenados con el recurso a los delitos comunes contra el patrimonio. Sobre este tema, véase CESARE, «I nuovi reati bancari», *CP*, 1993, p. 1864.

Frente a supuestos de hecho que, por su tecnicismo y por su infeliz redacción han tenido una muy escasa aplicación jurisprudencial (12), el recurso (y la confirma) a la estructura del delito de peligro era necesario, siendo casi imposible demostrar el daño (piénsese, por ejemplo, en la especulación bancaria, art 138 TU).

Dentro de una visión optimista de los objetivos de la política criminal que motivan al legislador para la producción normativa, es posible individualizar supuestos que justifican este tipo de técnica.

Se hace alusión, en primer lugar, a la conexión entre «anticipación» de la incriminación y tutela de funciones, considerando la inferrabilidad de los bienes jurídicos tradicionales.

Sobre todo la creación de un delito de peligro encuentra su fin en la protección actual de los principios de *transparencia* y de *par condicio*, entendibles por cuanto son proyecciones de los valores constitucionales como el ahorro y el ejercicio del crédito (art. 47, inciso 1) y de la igualdad (art. 3), que penetran completamente la reforma bancaria, pero difícilmente conciliables con la figura tradicional del delito de perjuicio.

El énfasis hecho sobre estas escogencias se encuentra fácilmente en los delitos conexos a comunicaciones falsas u omitidas relativas a la participación en el capital (arts. 139, 140, 141 TU) o en los casos de declaración omitida de los requisitos de honorabilidad (art. 142 TU).

La preocupación evidente para asegurar el respeto de las reglas de juego y evitar así la manipulación por parte de sujetos no «filtrados» anteriormente, tiene entonces un papel protagónico: el atar la ilicitud del comportamiento a la causación del perjuicio, frustraría, por supuesto, el efecto preventivo, revelándose poco funcional para un sector que, alimentado por la confianza del público, se nutre de una imagen delicada de *eficacia de la prevención*, en vez de *severidad de la represión*.

La exactitud de esta impostación está certificada, por así decirlo, por una especie de «interpretación auténtica». En efecto, el art. 5 TU (Finalidades y destinatarios de la vigilancia), en su tarea de definir los parámetros a los cuales el órgano de vigilancia debe ligar su propia discrecionalidad en el ejercicio de sus poderes, contiene un verdadero decálogo de las funciones a tutelar. Y es interesante notar cómo, al lado de la tradicional «gestión sana y prudente», a la «estabilidad general», se recuerda inclusive la «eficiencia y la competitividad del sistema financiero», casi para recordar, de paso, la exigencia de un *desarrollo ordenado* según criterios de competencia leal.

Por supuesto, el otro lado de la medalla está constituido por el empobrecimiento de la *ofensividad*. Justamente, el ejemplo de los

(12) Sobre este tema, *infra*, 4.

artículos 139, 140 TU es extremadamente elocuente al respecto: por complicidad de una técnica legislativa discutible, que asimila la omisión a la falsedad (13), en los delitos en cuestión se asiste a la criminalización de comunicaciones no realizadas, que teóricamente no podrían tener consecuencias negativas.

En estos casos, la tutela de la transparencia corre el riesgo de perder el equilibrio frente a la exigencia de una conducta efectivamente peligrosa. Por tanto, son deseables unas correcciones técnicas de «robustecimiento» de la tipicidad objetiva.

3.b) La opción en favor del dolo específico

La segunda característica común de la reforma está constituida por el enriquecimiento del elemento subjetivo, bajo la forma de *dolo específico*. Esto hace referencia al art. 134 TU (Tutela de la actividad de vigilancia bancaria y financiera), al art. 137 TU (Mentira y falso interno bancario).

Este peculiar matiz del supuesto de hecho es apreciable, puesto que tendencialmente sirve para precisar mejor el ámbito de incriminación y para exigir un *quid pluris* de la intención del sujeto que actúa, como función restrictiva, mas no dilatoria de los espacios de punibilidad.

Por otro lado, en la aplicación práctica será interesante notar si las innovaciones pretendidas se traducirán en una operación de fachada, peligro que no se debe subestimar, considerando el empobrecimiento jurisprudencial en la búsqueda del dolo específico, que la mayoría de las veces se presume sustancialmente *in re ipsa*.

3.c) La simplificación de los supuestos de hechos a nivel probatorio

No de última, emerge una ulterior tendencia, también presente en el texto anteriormente vigente. Se trata del intento por reducir las dificultades probatorias mediante la simplificación de los supuestos de hecho.

En otras palabras, la culpabilidad de la difícil búsqueda de la prueba de fenómenos sumamente complejos y entrelazados se traduce en el abandono de elementos que enriquecen el comportamiento típico, y en la búsqueda de figuras de delito fácilmente demostrables.

(13) Muy crítico es D'AGOSTINO, «Il nuovo testo unico delle leggi in materia bancaria e crediticia: brevi considerazioni di carattere generale», en *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 796.

Así, la renuncia a la producción del evento (y por ende, al nexo causal) es un ejemplo significativo de este modelo «reductor» (piénsese en el art. 138 TU); la nueva contravención de falsedad interna (art 137, inciso TU) también se alinea en este sentido; naturalmente, los casos más clásicos se encuentran en los ilícitos de comunicaciones omitidas y de abuso bancario y financiero, donde la subsistencia del delito está ligada simplemente a la inobservancia de prescripciones reglamentarias, así que la tarea de probar el hecho típico se facilita enormemente.

4. LOS PRINCIPALES DEFECTOS ENTRE LA ANTIGUA Y LA NUEVA ESTRUCTURA NORMATIVA

La comparación entre viejo y nuevo inevitablemente lleva a la pregunta sobre la superación de los principales defectos del pasado.

Desafortunadamente, la infeliz técnica del aplazamiento queda como constante en el TU. Y con ella queda la consecuencia negativa de la carente taxatividad del supuesto de hecho, puesto que el contenido de la incriminación se diluye en la norma de referencia, que a menudo contiene una selva de disposiciones técnicas (14).

Además, frecuentemente se hace un llamado a normas emanadas por organismos gubernamentales, cuya obra se erige en forma mediata a fuente de importancia penal, en violación al principio de reserva de ley.

Una mayor atención a este punto, a través de por lo menos la circunscripción del llamado únicamente a los hechos que explican la *ratio* de la tutela, es entonces deseada como primera intervención correctiva.

En cuanto al lenguaje utilizado en la descripción del hecho típico, éste oscila entre el tecnicismo extremo y la ingenuidad lexical.

Así, la técnica de formulación se revela deficiente en su totalidad, confirmando un vicio histórico de nuestro legislador.

No se trata sólo de escogencia de campo entre delitos y contravenciones, donde es evidente la ausencia de un proyecto global (y es criticable la presencia de contravenciones ontológicamente dolosas); no es solamente el recurso, en el plano subjetivo, en términos ambiguos (se refiere a las expresiones «dolosamente» y «conscien-

(14) En el art. 130 TU (actividad abusiva de recaudo de ahorros), el llamado art. 11 deja desorientado al intérprete por la cantidad de prescripciones que éste contiene, y no todas son de importancia análoga.

Cfr. MONTEDORO, en *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 1994, sub art. 130, pp. 644 y ss. El art. 143 TU (emisión de valores), además, es un raro ejemplo de indeterminación del precepto y de la misma sanción.

Ver también MARINI, «Introduzione», en *Diritto penale e attività bancaria* (nota 5), VIII s.

temente» contenidas en el art. 137, incisos 1 y 2 TU), sino se trata del uso de una terminología poco feliz y ampliamente superada que revela la brecha frente al lenguaje común y las dificultades de comunicación entre quien produce la norma y quien la utiliza.

Un ejemplo para todos: ¿qué comentar a propósito del agiotismo bancario (art. 138 TU), de conductas retóricamente definidas como «*capaces de perturbar los mercados financieros o de inducir el pánico en los depositantes*», o bien del «*quedan en firme*», todos en la misma norma?

Como es sabido, la casi inexistente aplicación jurisprudencial de los delitos bancarios (15) retrataba, en el pasado, el fracaso de la norma citada.

Las razones de dicha operatividad reducida han sido explicadas de diversas maneras.

La posición tradicional surge de la escasa colaboración ofrecida desde siempre por los bancos, algo renuentes a dar a conocer al exterior sus propias estrategias y sospechosos frente a los riesgos de obstaculización burocrática derivada de la presencia de órganos de policía al interior, para las averiguaciones e indagaciones necesarias (16).

En el fondo, está la voluntad de proteger al cliente, para evitar contragolpes en el ámbito de las relaciones fiduciarias. Los precedentes judiciales incompletos en materia de falsedad se deben, según la opinión sobre el tema, a los temores de la institución de crédito de denunciar ocurrencias cuyos efectos negativos sean mayores que los positivos, y que irían en beneficio de la competencia.

Verdaderamente, una orientación similar parece inspirada en una visión históricamente superada y que reduce la actividad bancaria, unida a un mercado no reglamentado en el cual predomina la ley del más astuto. Las dimensiones internacionales actuales de la actividad bancaria, las relaciones de colaboración y las afinidades entre bancos parecen, por tanto, poco conciliables con las explicaciones ofrecidas, también porque la actitud pasiva o neutral de las entidades crediticias —convertida en un lugar común— nunca ha sido seriamente demostrada, ni puede sostenerse que, cuando existe, traiga consigo ganancias en términos de imagen (17).

(15) Una antología de pronunciamientos sobre esta materia puede leerse en *I reati bancari*, curador PIETROCARLO-TRONCI, 1993.

(16) Véase D'AGOSTINO, «Le nuove disposizioni penali in materia di reati bancari (Decr. Legisl. 14 Dicembre, núm. 481)», en *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 292.

(17) Recientemente, REIFNER sostuvo que la actitud de escasa colaboración sería la expresión de una convicción ideológica de los bancos (alemanes), basada en el hecho que el respeto que merecían (y la capacidad de penetración en el mercado) sería directamente proporcional al misterio que los rodeaba (en *Jur. Zeit.*, 1993, p. 280). Cfr. sobre el tema MAIWALD, *op. cit.*, nota 5, pp. 42 y ss.

De otra parte, tampoco parece acogerse la tesis opuesta de una capacidad preventiva eficaz de la norma penal tal, que sirva para desalentar de raíz comportamientos criminales. En la óptica general-preventiva (de significación negativa o positiva) no existen indicadores en favor de dicha solución, por cuanto la amenaza de penas (aunque sean elevadas) se atempera en el cuadro total de un sistema de ejecución que sigue unos esquemas de indulgencia.

Probablemente, las causas de la cifra oscura se deben buscar en razones más banales, debidas por un lado, al limitado conocimiento por parte de los operadores bancarios de los remedios penales, especialmente entre empleados de bajo nivel, donde se registran específicamente comportamientos tendentes a la estafa, en los cuales el banco es la víctima; por otro lado, debidas a la escasa familiaridad de los órganos de la acusación pública frente a delitos particulares, y no muy bien definidos. Para no subvalorar, además, que en el pasado se favoreció el recurso a figuras de delito común, las cuales terminaron por aplicarse en función *sustitutiva*.

Es muy temprano para decir si con el pasaje al TU se producirá una inversión de esta tendencia. Ciertamente, el legislador apostó (e invirtió en) al cambio, como se demuestra por la creación de nuevos supuestos de hecho criminales.

Será sobre todo el papel del órgano de vigilancia el que decidirá en un sentido o en otro: sus mayores tareas institucionales reforzarán la credibilidad del presidio penal y la posibilidad de averiguación de los delitos, colocándose como una «cremallera» ideal entre el mercado y la represión del ilícito (18).

5. EL ARTÍCULO 7, INCISO 2 DEL TU Y SU FUNCIÓN DE FILTRO

Amerita una breve reflexión el art. 7, inciso 2 del T.U., con indicios de ser inconstitucional.

La disposición obliga a los trabajadores de la Banca d'Italia, en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, referirle exclusivamente al Gobernador cualquier irregularidad encontrada, aunque asuma el carácter de delito.

Se trata de una excepción a la regla general, según la cual el empleado público está obligado a denunciar a la autoridad judicial los delitos de los cuales tenga conocimiento por el ejercicio o a causa

(18) Como testimonio, se pueden citar numerosos procedimientos penales sucedidos con relación al fenómeno del abuso bancario y financiero, solicitados por la actividad de inspección de la Banca d'Italia, que siguieron al periodo de letargo vivido por la norma después del caso de la «Anonima Banchieri».

Por último, cfr. Cass. Sez. V 08-10-1993, CP 1994, pp. 1341 ss., con nota de AMATO, en *In tema di esercizio abusivo di attività bancaria*, igualmente, pp. 1343 ss.

de sus funciones, principio deducible de la combinación de los artículos 331 del c.p.p. y 361 del c.p., que además considera la omisión de denuncia como delito.

No existe ninguna duda de que el artículo 7, inciso 2 del TU prevalezca —en su calidad de norma especial— sobre el artículo 361 del Código penal, razón por la cual no se puede hipotizar ningún comportamiento ilícito. Igualmente, el adverbio *exclusivamente* contenido en el art. 7, inciso 2 del TU subraya la inexistencia de obligaciones *concurrentes* de comunicación.

¿Cuál es la *ratio* de una disposición criticada por las repercusiones negativas en materia de transparencia?

Es preciso decir que el alcance de las consecuencias por efecto de la norma citada es más limitado de lo que a primera vista parece. En efecto, ya que el Gobernador es un empleado público, será su tarea transmitir la *notitia criminis* a la autoridad judicial: la obligación de avisar a la autoridad competente se traslada por lo tanto en cabeza de un sujeto diverso, y el único y modesto resultado es un deslizamiento temporal de la presentación de la denuncia.

Leída la norma *in positivo*, ésta responde por otro lado a criterios de facilitar la vigilancia y el monitoreo continuo del sistema de flujo de información en cabeza del Gobernador, que podrá entonces empezar mejor los procedimientos sancionatorios internos (19).

6. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Un balance de la reforma sería ciertamente prematuro.

Pero sobre todo es preciso ponerse de acuerdo sobre cuáles parámetros y objetivos deben guiar su redacción.

La superación de una normatividad anacrónica y el esfuerzo de racionalización y modernización del sistema, no eran las únicas metas respecto de las cuales el juicio podría resultar positivo.

La resistemización de la tutela de la actividad bancaria se volvió para el legislador la ocasión para reglamentar, sobre bases de transparencia y de equilibrio del mercado el sector del crédito, con el doble fin de evitar manipulaciones derivadas de la reutilización de los ingresos de capitales ilícitos y de garantizar un modelo de desarrollo bancario apto para sostener la competencia comunitaria.

Sin embargo, al perseguir este objetivo se cometieron evidentes ingenuidades.

Por una parte, como ya se señaló, los costos de la lucha contra la delincuencia se descargaron sobre las entidades de crédito, mas

(19) Cfr. el informe sobre el Decr. Legisl. 481/1992, *sub. art. 8*, en *Banca e Borsa*, 1993, p. 264, y también el informe sobre el art. 7 del TU, en *Il testo unico del crédito-annotato con la relazione governativa*, 1994, p. 10, y MONTEDORO, en *Commentario* (nota 14), *sub. art. 7*, p. 52.

no sobre la clientela, lo que evidentemente redundará en beneficio de la popularidad y de la apreciación de los operadores internos hacia las escogencias político-criminales.

En segundo lugar, la carta blanca acordada, una vez más, al instrumento penal en menosprecio de las medidas alternativas de intervención, puede llegar a disminuir la misma eficacia preventiva de la pena, especialmente si el destinatario percibe el puro valor simbólico de la norma.

Como atenuante, frente a las descompensaciones que se han presentado en el tema de la penalización y la tipología del ilícito, debe recordarse cómo el contenido de la ley de delegación no autorizaba grandes construcciones dogmáticas.

Desde este punto de vista es seguramente preferible la técnica adoptada en el esquema del proyecto de ley de delegación al Gobierno para la emanación de un nuevo código penal, que introduce oportunamente en la parte especial del código penal los delitos bancarios, sensiblemente reducidos en número y simplificados en su formulación (20).

Aun con los límites evidenciados, la reforma presenta contenidos apreciables y diseña una estrategia de mediano plazo que presupone intervenciones futuras combinadas, inaugurando una nueva temporada que rompe con la apatía del pasado.

En definitiva, el éxito final depende como siempre del mismo legislador: su capacidad de razonar y de incidir, no mediante intervenciones sectoriales, sino afrontando la realidad total del mercado y el uso razonable de la sanción penal, inspirado por un serio programa político-criminal, determinarán el éxito o el fracaso de la iniciativa.

(20) El texto puede leerse en *Per un nuovo codice penale Schema di disegno di legge delega al Governo*, compilador PISANI, 1993.

La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ

Universidad de Chile

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: A. Los sistemas de regulación de la coerción en el derecho penal comparado.—1. Marco de análisis.—2. El modelo francés. 2.1.—La codificación francesa.—2.2. La codificación belga.—2.3. Las reformas recientes. 3. El modelo alemán. 3.1. La codificación alemana.—3.2. La codificación austríaca.—3.3. La codificación italiana. B. La regulación española de la coerción. 1. Antecedentes históricos. 1.1. El Código penal de 1822.—1.2. El Proyecto de Código criminal de 1831.—1.3. El Código penal de 1848. 2. Consecuencias dogmáticas. 2.1. El bien jurídico protegido.—2.2. La diferenciación entre amenazas condicionales y amenazas simples.—2.3. El paralelismo entre amenazas condicionales y coacciones violentas.—2.4. La demarcación entre violencia y amenaza. C. Conclusiones y observaciones de *lege ferenda* (*).

INTRODUCCIÓN

De todos los problemas que plantea el análisis de los delitos contra la libertad en el Derecho penal español, sin duda el que mayores

(*) Este trabajo ha sido elaborado en el marco de una investigación doctoral acerca del concepto de amenaza coercitiva en el Derecho penal efectuada en Múnchen bajo la dirección del profesor Claus Roxin. Debo a la inestimable ayuda de la Profesora Mercedes Pérez Manzano, profesora titular de la Universidad Autónoma de Madrid, el haber podido disponer de la bibliografía española, así como un buen número de acertadas sugerencias; la bibliografía italiana la debo a la paciencia y gentileza de los Doctores Franco Viganò, de la Universidad Estatal de Milán, Ivan Bagli, de la Universidad de Urbino, y Antonio Cavaliere, de la Universidad de Salerno. Aprovecho esta oportunidad para expresar a todos ellos mi profundo agradecimiento.

dificultades origina es la comprensión de la regulación que desde 1848 recibe la coerción (1) en el Código penal. El punto crucial de este problema está en la interpretación que se le dé a las amenazas condicionales, las que pueden ser consideradas como hipótesis calificadas de amenazas o bien como hipótesis de coerción mediante amenaza. Interpretarlas del primer modo implica postular que todo el contenido de injusto de las amenazas simples, que serían el tipo base, constituye también el núcleo de injusto de las amenazas condicionales, al cual se agregaría como contenido adicional el correspondiente a la imposición y/o cumplimiento de la condición. Por el contrario, interpretarlas como hipótesis de coerción significa entenderlas como un delito paralelo a las coacciones violentas, lo que implica otorgarles autonomía respecto del contenido de injusto de las amenazas simples.

La principal consecuencia práctica de la opción por una u otra alternativa se relaciona con la interpretación del concepto de violencia en el tipo de las coacciones. La concepción de las amenazas condicionales como variante calificada del delito de amenazas tiende a acentuar la diferencia entre las acciones típicas de amenazar y de compeler a ejecutar o impedir hacer mediante violencia, concibiendo a la amenaza como un anuncio de mal futuro y remitiendo a las coacciones violentas todos los casos de coerción mediante la conminación de un mal de inminente o próxima irrogación. De este modo, se le asigna al concepto de violencia en el delito coacciones en principio la misma denotación que en conjunto tiene la fórmula «violencia o intimidación» (o bien «fuerza o intimidación»), que es característica de los demás tipos de coerción de la Parte Especial (coerciones sexuales, robo, extorsión, etc.). El delito de coacciones pasa así a desempeñar el rol de *tipo de recogida único* respecto de estos tipos de coerción.

En cambio, para la concepción de las amenazas condicionales como hipótesis de coerción mediante amenaza, lo lógico es acentuar el paralelismo entre las acciones de amenazar imponiendo una condición y de compeler a ejecutar o impedir hacer mediante violencia. Como esto obliga a buscar un criterio de demarcación entre la vio-

(1) Por «coerción» se entiende en adelante la acción de constreñir a otro a hacer, omitir o tolerar algo. En estricto rigor sería más adecuado usar el término «coacción», ya que el uso del término «coerción» se encuentra asociado al caso específico de constreñir a omitir («coartar» como «impedir hacer»). Sin embargo, dado que la doctrina española reserva el término «coacción» (o «coacciones») para el tipo del art. 496 C.p., y puesto que el objetivo de este trabajo consiste en analizar las relaciones existentes entre esta disposición y los arts. 493 núm. 1 y 494 (amenazas condicionales), se ha preferido el uso de un término neutral a ambos, a fin de evitar confusiones terminológicas. Por estas razones se traduce también la expresión alemana *Nötigung* como «coerción» (el verbo *nötigen*, en cambio, como «constreñir»).

lencia y la amenaza que sea funcionalmente relevante, y puesto que ya no tiene sentido atribuir toda conducta directamente coercitiva al delito de coacciones, pierde su valor la futureidad del mal conminado como elemento definitorio de la amenaza. En consecuencia, el ámbito del elemento típico «violencia» en el delito de coacciones en principio sigue siendo igual su ámbito en los demás tipos coercitivos, correspondiendo la «intimidación» de éstos al «amenazar» de las amenazas condicionales. Con ello pasan las amenazas condicionales a desempeñar junto con el delito de coacciones el papel de *tipo de recogida alternativo* para todos los demás tipos coercitivos de la Parte Especial.

La interpretación de las amenazas condicionales como variante calificada del delito de amenazas corresponde al punto de vista de la antigua doctrina española, siendo Quintano Ripollés su exponente más destacado (2). En el marco de una decidida defensa de lo que él consideraba como la «sustantividad» de las amenazas, Quintano atribuía la calidad de delito contra la libertad a todas las modalidades de amenazas y afirmaba que el núcleo de lo injusto común a todas ellas estaba representado por la acción de amenazar, siendo la imposición de la condición un elemento «aunque importante, periférico» (3). La finalidad de «sustantivizar» este delito se traducía también en la exigencia de la temporalidad de la amenaza, es decir, que la realización del mal con que se amenaza debía encontrarse referida a un tiempo futuro. Aquí encontraba Quintano el criterio demarcatorio entre las amenazas condicionales y los demás delitos en los cuales figura como «elemento de dinámica la intimidación o *vis compulsiva*» (4).

El punto de partida de la interpretación de las amenazas condicionales como hipótesis de coerción mediante amenaza se encuentra en la introducción en España de la teoría de Karl Binding por obra de Jaso Roldán (5). Como es bien sabido, la tesis central de Binding en esta materia consistía en sostener la existencia de una diferencia esencial y absoluta entre la violencia y la amenaza como medios coercitivos, basada en la incompatibilidad de la lesión a sus respectivos objetos de ataque, la capacidad de formación y de actuación de la voluntad, en el caso de la violencia, y la libertad de la decisión

(2) QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal*, II, 1958, pp. 302-303; el mismo, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 1.ª ed. (1962), I, pp. 889-988. Cfr. también CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, 12.ª ed. (1956), II, pp. 737-738, 742, 752; PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, 5.ª ed. (1960), IV, pp. 165, 174.

(3) QUINTANO, *Tratado...* cit., pp. 893-898 y 911-912.

(4) *Ibidem*, pp. 903 y 967-968.

(5) ANTÓN ONECA-RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, II, por RODRÍGUEZ MUÑOZ, JASO ROLDÁN Y RODRÍGUEZ DEVESA, 1947, pp. 298 y ss.

conforme a motivos propios, tratándose de la amenaza (6). Esta radical diferenciación implicaba que la inclusión de ataques a la libre formación de la voluntad dentro del concepto de violencia del delito de coacciones carecía de fundamento dogmático. Sin embargo, Jaso Roldán no fue capaz de asumir esta consecuencia, ya que se mantuvo apegado a la tesis tradicional de la futureidad del mal amenazado como elemento esencial del concepto de amenaza. Es a Rodríguez Devesa (7) a quien corresponde el mérito de haber sido el primero en desarrollar las implicaciones de la tesis de Binding para el análisis del derecho penal español en tres puntos bien precisos: a) la distinción entre diversos objetos de ataque de la libertad de la voluntad, b) la consideración de la libre formación de la voluntad como objeto de ataque en las amenazas condicionales y c) la interpretación de la intimidación o *vis compulsiva* como una forma de amenaza y no de violencia. Estos son los tres postulados que caracterizan la postura dominante sobre esta materia en la moderna doctrina española (8).

Menos suerte tuvo en España la doctrina de Binding en lo que se refiere a las amenazas simples y a su diferenciación respecto de

(6) BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts-Besonderer Teil*, I, § 21, 2.^a ed. (1902, reimpresión de 1969), pp. 80-86.

(7) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español-Parte Especial*, 3.^a ed. (1969), pp. 252-253, 259-262, 265-266; en lo esencial, la argumentación sobre este punto se ha mantenido inalterada en las posteriores ediciones (cfr. la 15.^a ed., a cargo de SERRANO GÓMEZ, 1992, pp. 287-288, 295-300, 303-305).

(8) Comparten estos postulados: TORIO LÓPEZ, «La estructura del delito de coacción», *ADPCP*, 1977, pp. 19 y ss. (esp. pp. 22 y 28); MIR PUIG, «El delito de coacciones en el Código penal», *ADPCP*, 1977, pp. 269 y ss. (283-285); GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Sobre el delito de coacciones», *EPC*, VI (1983), pp. 103 y ss. (134-135); MIRA BENAVENT, «El concepto de violencia en el delito de coacción», *CPC*, 22 (1984), pp. 95 y ss. (151-157); QERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español-Parte Especial*, I, 1987, pp. 116 y ss.; LORENZO SALGADO, «El delito de amenazas: Consideraciones sobre el bien jurídico protegido», en *Estudios Penales en Memoria de Fernández Albor*, 1989, pp. 439 y ss. (445-452); MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal-Parte Especial*, 8.^a ed. (1990), pp. 138-139; COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, *Derecho Penal-Parte Especial*, 3.^a ed. (1990), pp. 730-731 y 737-739; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 2.^a ed. (1991), pp. 109-110, 120-121, 131-133.

En la doctrina española existe además una tercera postura, defendida por BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal-Parte Especial*, 2.^a ed. (1991), pp. 96-102, y ELENA LARRARURI, *Libertad y Amenazas*, 1987 (especialmente pp. 101-124, 173-185, 243 y ss.). Estos autores coinciden con la postura mayoritaria en lo que se refiere a la interpretación de las amenazas condicionales como supuestos de coerción paralelos a las coacciones violentas y al rechazo de la futureidad como elemento esencial de la amenaza, pero niegan la relevancia dogmática de la distinción de Binding entre la libertad de formación y de la actuación de la voluntad, como asimismo la posibilidad de establecer un criterio demarcatorio entre violencia y amenaza (este último punto es ante todo sostenido por Bustos).

la amenaza coercitiva. Como se recordará, Binding sostenía que un tipo como el de las amenazas del § 241 C.p. alemán («amenazar a otro con cometer un crimen», en la antigua redacción del precepto) sólo podía ser entendido como un delito de policía, ya que la pena no se encontraba condicionada a la producción de un efecto de lesión ni de peligro para la libertad o para la paz jurídica individual. De aquí deducía también su diferencia respecto de la amenaza coercitiva: profiriéndose la amenaza con el fin de constreñir el comportamiento ajeno, se está por definición dentro del ámbito del delito de coerción (9). Sólo Jaso Roldán siguió a Binding en la consideración de las amenazas simples como figura carente de objeto de protección definido (10). El resto de la doctrina española se ha inclinado por considerar que el bien jurídico protegido por las amenazas simples sería la libertad, la seguridad o ambas a la vez (11). Curiosamente, quienes más se han acercado a la distinción bindingiana entre amenaza simple y amenaza coercitiva (condicional) han sido precisamente aquellos que impugnan la validez de la teoría general de Binding sobre los delitos contra la libertad (12). Sus seguidores, en cambio, siguen otorgando un tratamiento conjunto a ambas clases de amenazas, sin que el propósito coercitivo propio de las amenazas condicionales se traduzca en la adopción de decisiones sistemáticas relevantes (13). Esta paradoja alcanza su máxima expresión en Rodríguez Devesa, quien a partir del carácter de delito contra la libertad que revisten las amenazas condicionales deduce que también en las amenazas simples se protegería semejante bien jurídico (14); en otras palabras, de una premisa tomada de Binding, Rodríguez Devesa concluye la misma tesis defendida por Quintano Ripollés en contra de Binding.

De lo expuesto se desprende que la discusión en torno a la naturaleza jurídica de las amenazas condicionales españolas aún no se

(9) BINDING, *op. cit.*, § 24, pp. 102-103; en especial el siguiente pasaje: «La amenaza puede ser formulada bajo condición. Pero si ésta consiste en un comportamiento del amenazado, entonces se tiene una tentativa de coerción» (p. 105).

(10) ANTÓN ONECA-RODRÍGUEZ MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 311-313.

(11) Por la libertad: QUERALT, *op. cit.*, p. 121; BAJO, *op. cit.*, p. 133; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 138; por la seguridad: LORENZO, *op. cit.*, p. 466; por la libertad y seguridad: COBO-CARBONELL, *op. cit.*, pp. 737, 739.

(12) BUSTOS, *op. cit.*, pp. 74 y 96-99, y LARRAURI, *op. cit.*, pp. 226 y ss.

(13) Así, QUERALT, MUÑOZ CONDE y COBO-CARBONELL se limitan a sistematizar las amenazas conforme al esquema del texto legal, y BAJO, pese a clasificar las amenazas atendiendo a su carácter condicional o simple, insiste en considerar a unas y otras como supuestos de un mismo tipo de injusto, cuyo núcleo se encuentra en la genérica acción de amenazar. La única excepción es LORENZO SALGADO, quien distingue claramente entre las amenazas simples (delito contra la seguridad) y las amenazas condicionales (delito contra la libre formación de la voluntad).

(14) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.* (1969), p. 270, y (1992), p. 300.

encuentra resuelta, o al menos aún no de un modo claro y coherente. En el marco de esta discusión, las páginas que siguen pretenden contribuir a la defensa de su interpretación como hipótesis de coerción mediante el examen de la evolución histórica de este delito en la codificación penal europea y española.

Es cierto que las consideraciones de derecho comparado vienen desempeñando desde hace tiempo un papel importante en el análisis de las coacciones y amenazas (15), y que las monografías más recientes dedicadas a estos delitos tratan con detalle sus orígenes históricos (16). Las consideraciones de derecho comparado se han referido, sin embargo, sólo a los diversos códigos penales europeos vigentes, sin indagar su evolución histórica, y el estudio de la historia de las coacciones y las amenazas españolas siempre ha sido efectuado separadamente, sin examinar las posibles conexiones entre ambas. Tal como se intentará demostrar, basta con remediar estas insuficiencias analizando en conjunto la regulación española de las amenazas y las coacciones y situándola en su contexto histórico, para poner en evidencia el auténtico carácter de hipótesis de coerción de las amenazas condicionales.

La exposición seguirá este orden. En la primera sección serán analizados los diversos modelos de regulación de la coerción del derecho penal europeo continental. Para tal efecto, después de algunas consideraciones generales, se pasará a exponer el modelo francés, tanto en su formulación originaria como en su posterior adaptación belga, para terminar efectuando una breve referencia a las reformas experimentadas por los Códigos francés y belga en las últimas décadas. En seguida se expondrá el modelo alemán, examinando su evolución en el marco de las codificaciones alemana, austríaca e italiana. La segunda sección tiene por objetivo el examen de la regulación española de la coerción. Con tal finalidad se examinará primero su origen histórico, es decir, el paso del Código penal de 1822 al Código penal de 1848, para luego desarrollar las consecuencias dogmáticas que se deducen del análisis histórico. Finalmente, y a modo de conclusión, se resumirá el contenido de lo expuesto en siete tesis, para terminar con algunas consideraciones de *lege ferenda*.

(15) Ante todo, TORÍO, *op. cit.*, p. 22; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.* (1992), 288.

(16) MIRA, *op. cit.*, pp. 98 y ss.; LARRAURI, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

A. Los sistemas de regulación de la coerción en el derecho penal comparado

I. MARCO DE ANÁLISIS

El derecho penal europeo continental conoce dos modelos básicos de regulación de la coerción diametralmente opuestos, el francés y el alemán. Salvo la codificación española, el resto de las regulaciones europeas de la coerción puede de una u otra forma ser reconducido a uno de estos dos modelos. Así por ejemplo, la regulación belga sigue el modelo francés, y las regulaciones italiana y austríaca siguen el modelo alemán.

La caracterización de estos modelos como sistemas contrapuestos presupone ciertos criterios, conforme a los cuales cabe identificar los rasgos que los diferencian. Estos criterios son fundamentalmente tres.

En primer lugar está el reconocimiento o desconocimiento de la coerción como un delito contra la libertad, lo que a su vez presupone la cuestión de si la categoría de los delitos contra la libertad se encuentra o no reconocida, y en qué términos, dentro del sistema de la Parte Especial. El modelo alemán se caracteriza por considerar a la libertad como un bien jurídico personal específico, como la vida, la integridad personal o el honor de las personas, dedicándole un apartado sistemático exclusivo e incluyendo dentro de él un delito denominado coerción. El modelo francés, en cambio, no conoce un tipo de coerción propiamente tal, ni tampoco le otorga pleno reconocimiento a los delitos contra la libertad como categoría sistemática. En el modelo francés, el contenido de injusto de la coerción sólo se encuentra recogido de modo parcial por las hipótesis de amenazas condicionales, y la tematización de la protección penal de la libertad ha sido tradicionalmente efectuada frente a los posibles ataques por parte de los funcionarios públicos, considerándose a éstos como atentados contra un bien jurídico de naturaleza supraindividual.

El segundo criterio corresponde a la mayor o menor relevancia que el constreñimiento del comportamiento ajeno tiene dentro de la estructura de injusto de la coerción. Esto se determina atendiendo al grado de precisión con que la vulneración de la libertad es explicitada por el texto legal en relación a la consumación del delito, es decir, si desde el punto de vista del resultado de lesión de la libertad personal el tipo en cuestión es un delito de resultado o de mera actividad, o, más precisamente, de resultado cortado. A pesar de que esta distinción no sea teóricamente muy consistente (17), en el ámbito de la

(17) Cfr. recientemente ARZT, *Erfolgsdelikte und Tätigkeitsdelikte*, ZStR 107 (1990), pp. 168 y ss., haciendo ver cómo la distinción en cuestión depende mucho más del modo como sea ejecutada la acción delictiva en el caso concreto que de su abstracta formulación legal. A esto cabe agregar que una misma acción puede

coerción permite diferenciar entre una fórmula típica que pone el acento en el constreñimiento del comportamiento ajeno, exigiendo su verificación para la consumación del delito, y una fórmula típica que pone el acento en el ejercicio de la violencia o la amenaza, conformándose para la consumación del delito con la sola existencia de un propósito coercitivo en el autor. La primera corresponde al modelo alemán, la segunda, al francés.

El último criterio se refiere a la mayor o menor amplitud de la regulación de los medios comisivos de la coerción. Aquí las cuestiones relevantes son dos. En primer lugar, si ambos medios comisivos o uno solo de ellos se encuentran legalmente previstos, y, en segundo término, si tales medios se encuentran consagrados mediante una fórmula amplia o restringida. El modelo alemán se caracteriza por admitir la violencia y la amenaza como medios comisivos alternativos de un mismo tipo de delito, y sin exigir que el mal con que se amenaza tenga otras características que la de su idoneidad coercitiva. Por el contrario, el modelo francés sólo sanciona la imposición de condiciones bajo amenaza de cometer un delito. La amenaza condicional de mal no constitutivo de delito resta impune, lo mismo que la coerción mediante violencia, en la medida en que el ejercicio de la violencia no sea por sí mismo constitutivo de delito.

Las secciones que siguen se ocupan de exponer en detalle estos tres aspectos de los modelos francés y alemán. Pero antes conviene detenerse un momento y preguntarse por las posibles causas del surgimiento de una discrepancia tan radical entre las distintas codificaciones europeas en esta materia.

Tres son las posibles explicaciones para el surgimiento del delito de coerción en Alemania. Conforme a una primera hipótesis, la coerción habría sido el resultado del desarrollo paulatino de la doctrina del *crimen vis* del derecho común, basado en el derecho romano. Hasta donde se puede constatar, esta tesis carece de suficiente fundamento empírico. Aun dejando de lado la discutida cuestión de si el derecho romano conoció o no un concepto genérico de *crimen vis* (18), es evidente que la doctrina del derecho común alemán (19)

ser abstractamente descrita de cualquiera de las dos formas; por ejemplo, la acción de «constreñir a tolerar», que es usualmente considerada como una hipótesis propia de un delito resultado, puede ser formulada como un delito de mera actividad si se pone el acento en la acción o estado de cosas a cuya tolerancia se constriñe, como sucede en el delito de violación.

(18) Al parecer, el derecho roma clásico habría desconocido semejante concepto. La idea de un *crimen vis* genérico, tal como se aprecia en la Regla 152 Dig. 50, 17 *Hoc iure utimur, ut quidquid omnino per vim fiat, aut in vis publicæ aut in vis privatæ crimen incidat*) a lo más podría ser de origen justinianeo, como lo confirman diversos fragmentos posclásicos (C.Th. 9, 10, 1; 11, 36; C.I. 9, 12, 6). Al respecto, cfr. MAYER-MALY, voz «Vis», en *Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, 2 Reihe-17. Halbband, 1861, pp. 310 y ss.; NIEDERMAYER,

no alcanzó a conocer el concepto moderno de la coerción, ni siquiera en su estadio más elaborado de evolución a fines del siglo XVIII. Pues lo característico de la coerción es la utilización de la violencia para constreñir el comportamiento ajeno, y esta finalidad coercitiva no jugó un papel mayormente relevante en la determinación del concepto del *crimen vis* (20). De aquí que él fuera considerado por la doctrina del derecho común como un delito contra la seguridad pública, en tanto infracción al principio del monopolio de la fuerza por parte del Estado, o, según la influyente concepción de Feuerbach (21), como un delito meramente formal, carente de un concreto

«Crimen plagii und crimen violentiae», en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, 1930, pp. 383 y ss.; el mismo, «Ausgewählte Introdutorien zu Ulpian und zur Rechtslehre von der vis», en *Studi in onore di Salvatore Ricobono*, I, 1936, pp. 195 y ss.; LONGO, G., voz «Vis», en *Novissimo Digesto Italiano*, XX, 1975, pp. 989 y ss.

(19) BÖHMER, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, 1766, §§ XCVIII-CV; MEISTER, *Principia iuris criminalis germaniae communis*, 1760, pp. 245-255; QUISTORP, *Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts*, 1776, I, §§ 188-191; PÜTTMANN, *Elementa iuris criminalis*, 1779, §§ 180-194. La doctrina del derecho común perdura también en parte de la literatura ilustrada alemana de fines del siglo XVIII, como SODEN, *Geist der teutschen Criminal-Gesetze*, I, 1782, §§ 133-145; GMELIN, *Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen*, 1786, §§ 124-132; y KRAMER, *Versuch einer systematischen Darstellung des peinlichen Rechts*, 1798, §§ 83-89.

(20) Ciertamente es que en la doctrina del derecho común se encuentran algunos supuestos de coerción o de atentado genérico a la libertad, tratados como casos de *vis* (cfr. DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, 1554, Cap. 97, p. 361; CARPZOV, *Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium*, 1670, I, q.40, Nr.9, p. 241). Pero —haciendo excepción de NETTELBLADT (*vid. infra*, nota 22)— este tratamiento no condujo a una concepción general del *crimen vis* como delito de coerción, sino que se conformó con la inclusión de estos supuestos dentro de una mera casuística, inspirada por lo demás en las fuentes romanas (Dig. 48, 6, 5, 6; 48, 7, 7). Por otra parte, tampoco puede desconocerse que aun antes del surgimiento del moderno delito de coerción algunos tratadistas del derecho común de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX definían la violencia del *crimen vis* como «aplicación antijurídica de fuerza física para vencer un obstáculo», otorgándole con ello un sentido claramente coercitivo [cfr. KLEIN, *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*, 1796, § 190; FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2.^a ed. (1803), § 399]. Esto se debe sin embargo a que la definición en cuestión procede de dos pasajes del Digesto claramente relacionados con la noción de la coerción, pero que no correspondían a la regulación del *crimen vis* sino a la regulación de la *actio quod metus causa* (Dig. 4, 2, 1 y 2: *vis enim fiebat emtio propter necessitatem impositam contrariam voluntati, Vis autem est maioris rei impetus, qui repelli non potest*).

(21) FEUERBACH, *op. cit.*, §§ 399-404. Aunque esta idea procede originalmente de KLEIN (*op. cit.*, §§ 187-204), fue a través de la obra de Feuerbach como ella se impuso entre un sector de los tratadistas del derecho común alemán de la primera mitad del siglo XIX (cfr. SALCHOW, *Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrechen nach gemeinen Rechten*, II, 1805, §§ 369-370; el mismo, *Lehrbuch des ge-*

objeto jurídico de protección; en todo caso, nunca como un delito contra la libertad. De aquí también que el concepto de violencia del *crimen vis* nunca se extendiera a toda forma de amenaza, como sucedió en el ámbito de la coerción (22). En estricto rigor, el único rasgo que la coerción y el *crimen vis* tienen común es su naturaleza residual, su posición de tipo de recogida en el sistema de la Parte Especial. Pero dadas las diferencias existentes entre sus respectivos ámbitos típicos, también es completamente distinto el universo de delitos respecto de los cuales ellos desempeña esta función de tipo de recogida. El *crimen vis* cumplía una función residual no sólo respecto de las coerciones especiales sino también para todos los delitos de violencia, como el homicidio, las lesiones, las injurias de hecho, la usurpación, los daños, tumultos y demás alteraciones del orden público, cuando en el caso concreto su comisión se hubiera traducido en actos de agresión física.

El paso del *crimen vis* a la coerción supuso pues un verdadero salto conceptual, que sólo pudo darse después de la transformación experimentada por el sistema de la Parte Especial bajo la influencia del pensamiento ilustrado. En materia del delito de coerción, la ilustración aportó dos condiciones necesarias para su surgimiento: la exigencia de un alto grado de abstracción en la configuración del tipo, y la consideración de la libertad personal como un «derecho» digno de protección penal y por lo mismo como base de una categoría sistemática (23). Sin embargo, no es tan obvio que el advenimiento del pensamiento ilustrado condujera por sí solo al establecimiento de la coerción como un delito autónomo, como lo pretende una segunda hipótesis explicativa. Prueba de ello es que los primeros textos alemanes en reconocer la clase de los delitos contra la libertad —el

meinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1817, §§ 523-524; MARTIN, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminal-Rechts*, 1825, §§ 188-191).

(22) En el derecho común alemán, el tratamiento conjunto de la violencia y la amenaza con un mal de inminente irrogación tuvo lugar en el ámbito del delito de robo, en especial a partir de la doctrina de Böhmer [cfr. al respecto, LANDMESSER, *Der Raub von der Carolina bis zum bayerischen Strafgesetzbuch von 1813*, 1966, pp. 54 y ss.; SCHAFFSTEIN, *Raub und Erpressung in der deutschen gemeinrechtlichen Doktrin, insbesondere bei Carpzov*, en: Michaelis-FS, 1972, pp. 281 y ss. (283-284)]. En el ámbito del *crimen vis*, por el contrario, el concepto de violencia no experimentó semejante desarrollo sino hasta después de haber hecho su aparición el delito de coerción, y en todo caso siempre dentro de los estrechos márgenes de la fórmula «violencia o amenaza con violencia» (sobre esto último, cfr. por todos, WÄCHTER, *Deutsches Strafrecht*, 1881, p. 362).

(23) Al respecto, cfr. PHILIPSBORN, *Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen*, 1906, pp. 80 y ss.; FISCHL, *Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts*, 1913 (reimpresión 1973), pp. 250 y ss., GÜNTHER, «Die Strafrechtsreform im Aufklärungszeitalter», en *Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik*, 28 (1907), pp. 112 y ss., 225 y ss.; OEHLER, *Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*, 1950, pp. 96 y ss.

«Tratado de la Legislación Criminal» de Globig y Huster, publicado en 1782, el Proyecto para la sección criminal del Derecho General Nacional Prusiano, confeccionado por Svarez, Cramer y Klein y publicado en 1786, el Código penal austriaco de 1787 y el «Manual de Derecho Penal Sajón» de Erhard, publicado en 1789— no contemplaban el delito de coerción (24). Y no sin fundamento. Pues ya la consideración de la clase de los delitos contra la libertad dentro del sistema de la Parte Especial constituye una anomalía, si se estima— como lo pensaba la Ilustración— que la protección de la libertad del ciudadano es la finalidad político-criminal común a todos los delitos contra «derechos de los particulares». La solución más fácil a este problema, que consiste en darle a la libertad-bien jurídico un sentido más concreto y específico que el de la libertad como genérica finalidad político-criminal, es sin embargo inaplicable al delito de coerción. Pues no se ve cómo podría concretarse la «libertad de hacer, omitir o tolerar lo que uno quiera» frente a la genérica libertad del ser humano. Sólo quedaría acudir al empleo de violencia o amenaza como parámetro de concreción; pero tal recurso infringiría el principal criterio de legitimación del *ius puniendi* elaborado por la Ilustración: la coerción sería un delito carente de objeto material de protección, tal como el *crimen vis* en el sistema de Feuerbach. La pura apelación a las ideas de la Ilustración no alcanza, pues, a explicar el surgimiento de la coerción.

Por último, se puede conjeturar que las hipótesis anteriores no son mutuamente excluyentes, y entender el surgimiento de la coerción como el resultado de la influencia combinada de ambos factores. Esta tercera hipótesis cuenta al menos con dos pruebas concretas en su favor. En 1795 Stubel otorgó a los delitos contra la libertad un lugar preciso en su esbozo de sistema para la Parte Especial, mencionando dentro de ellos a la «violencia privada» (*Privatgewalt*), dis-

(24) GLOBIG Y HUSTER mencionaban dentro de las «ofensas a la libertad» el robo de hombre, las demás lesiones de la libertad y la instalación de cárceles privadas (*Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung*, 1783, pp. 198-202). Siguiendo de cerca a los autores recién citados, el proyecto prusiano de 1786 establecía en materia de «ofensas a la libertad» una regla de carácter general y disposiciones relativas a la instalación de cárceles privadas y al encierro de personas en ellas, al robo de niños y de hombre, y al rapto (*Entwurf eines Allgemeinen Gesetzes für die Preussischen Staaten*, 1786, Parte I, Sección III, Título VIII, Párrafo XII, §§ 865-866, pp. 363-366). Por su parte, el Código penal de José II consideraba como «crímenes directamente relacionados con el honor y la libertad» a los delitos de calumnia, violación, robo de hombre (incluyendo la sustracción de menor), rapto y empujamiento ilegal (*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*, Wien 1787, Capítulo V, §§ 127-147, pp. 53-62). Por último, ERHARD incluía dentro de los «delitos contra la libertad» al encierro antijurídico, al robo de hombre y al rapto (*Handbuch des Chursächsischen penlichen Rechts*, 1789, §§ 307-311, pp. 225-232).

tinguiéndola así de la «violencia pública» (*öffentliche Gewalt*), que siguió perteneciendo a los delitos contra el Estado (25). Como más adelante se verá, esta idea fue recogida y elaborada con mayor detalle en 1798 por Grolman, quien es considerado como el fundador de la moderna noción del delito de coerción. Las raíces históricas del delito de coerción parecerían así encontrarse en el tratamiento del antiguo *crimen vis* al interior de la nueva categoría de los delitos contra la libertad (26). Pero basta con reparar en el contenido de esta clase de delitos en Stübel y Grolman para advertir cuán cuestionable resultaba a fines del siglo XVIII este intento sistemático. Stübel consideraba como delitos contra la libertad no sólo al robo de hombre, al raptó violento y a la violencia privada, sino también a la violación, al robo, a la extorsión, al hurto peligroso, al allanamiento de morada e incluso al quebrantamiento de la paz pública (*Landfriedensbruch*). Por su parte, Grolman también incluía dentro de esta clase a los delitos de robo, extorsión y violación. Esta hipertrofia de la clase de los delitos contra la libertad en comparación con lo que hasta el momento había sido su contenido (*vid. supra*, nota 24) se explica naturalmente por la inclusión del *crimen vis*. El otorgamiento al delito de violencias de un lugar dentro de la parte del sistema destinada a los delitos contra los particulares traía consigo la inclusión de los demás delitos específicos de violencias ejercidas en contra de las personas, especialmente del robo y de la extorsión. Así pues, en el marco del proceso de reestructuración del sistema de la Parte Especial que tuvo lugar a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, el tratamiento del *crimen vis* como delito contra la libertad constituía más un obstáculo que un progreso. No es de sorprender, pues, que salvo por la codificación sajona (27), la construcción de Stübel y Grolman no haya podido encontrar ni un sólo seguidor en su época (28).

(25) *System des allgemeinen Peinlichen Rechts*, II, Leipzig 1795, §§ 470, 472, 490.

(26) Ésta es la tesis mantenida por SCHAFFSTEIN, aunque desconociendo la contribución de Stübel como antecesor de Grolman (*Vom crimen vis zur Nötigung*, en Richard Lange-FS, 1976, pp. 983 y ss.; con posterioridad, *Studien zur Entwicklung der Deiktstatbestände im Gemeinen deutschen Strafrecht* (1985), en el mismo, *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, 1986, pp. 11 y ss.). Es interesante notar que esta vinculación entre *crimen vis* y coerción ya había sido formulada a mediados del siglo XVIII por el civilista NETTELBLADT, al definir el *crimen vis* como «*laesio quae alterius libertatem in agendo, vel restringendo, vel tollendo, committitur*» (*Iurisprudentia Naturalis Specialis*, Liber IV, Sectio II, Título I, § 1003, pp. 414-415), remarcando su carácter subsidiario y equiparando expresamente a la coerción mediante violencia la coerción mediante intimidación (*op. cit.*, § 1005, p. 415). Eso sí, a la construcción de NETTELBLADT la faltaba la noción de la libertad como específico objeto de protección penal.

(27) En 1824 STÜBEL confeccionó un proyecto de Código penal para Sajonia, en donde el Capítulo II de la Parte II («De los delitos contra la salud y la libertad

Puesto que no es posible formular una reconstrucción racional de los orígenes del delito de coerción en Alemania, tampoco se puede responder a ciencia cierta por qué no tuvo lugar un fenómeno semejante al interior del derecho penal francés. Quizás también aquí hayan sido determinantes los factores que en general diferencian a uno y otro proceso codificador.

Como es bien sabido, mientras que la codificación francesa tuvo lugar en un lapso relativamente corto (1791-1810) y en el marco de un debate doctrinario bastante parco, la codificación alemana duró en cambio casi un siglo (1791-1871), se concretó en la promulgación de más de treinta códigos penales y contó con la participación activa de la doctrina. La coerción alemana podría así explicarse más bien como consecuencia de un afán por desarrollar exhaustivamente la materia del sistema de la Parte Especial que como el producto de una deliberada decisión de política jurídica. Aquí podría encontrarse también la verdadera razón de por qué el delito de coerción nunca haya encontrado acogida como tal en el derecho francés. Pues en este punto la diferencia básica entre uno y otro modelo de regulación es de carácter básicamente conceptual. Es la idea misma de la coerción como un tipo de injusto autónomo, que brinda la protección más amplia a la libertad personal, lo que se encuentra ausente en el sistema francés (29).

personal») abarcaba además de las lesiones los siguientes delitos: robo de hombre, raptó, emprisionamiento, robo, hurto peligroso, violación y demás atentados sexuales, coerción, extorsión, perturbación de la paz del hogar y perturbación del servicio religioso público (*Entwurf eines Criminalgesetzbuchs für das Königreich Sachsen*, II Theil, Dresden 1824, §§ 461-525, pp. 135-151). Esta sistematización es también reconocible en el Código penal del Reino de Sajonia de 1838, manteniéndose durante las reformas de 1855 y 1868.

(28) Tal como después se verá, entre 1830 y 1850 la postura dominante en la doctrina alemana consideró que el *crimen vis* del derecho común sancionaba la coerción, y que el delito de coerción de la codificación particular no era más que el residuo del *crimen vis* del derecho común. Pero esta postura, que por lo demás es historiográficamente errada, en ningún caso procede directamente de Stübel o Grolman. La presunta importancia de la contribución de Grolman en esta materia sólo vino a ser postulada al término del periodo del derecho común (*vid. infra*, nota 62). En lo que respecta a Stübel, él no es mencionado por fuente alguna.

(29) Si bien es cierto que desde la perspectiva alemana la regulación francesa de la coerción se puede explicar como una deficiencia conceptual, no puede negarse que la consideración del derecho francés lleva por su parte a cuestionar la necesidad o conveniencia político-criminal de contar con un delito de coerción dentro del sistema de la Parte Especial. Pues el establecimiento de una sanción penal para la conducta de «constreñir a otro mediante violencia o amenaza a hacer, tolerar u omitir algo contra su voluntad», sin precisar el objeto de la coerción ni el alcance de los medios comisivos, parece contradecir en más de un sentido el postulado de la fragmentariedad de un derecho penal que pretende seriamente asumir el recurso a la pena como última *ratio* para la actuación del Estado. En este sentido, GARCÍA-

2. EL MODELO FRANCÉS

2.1. *La codificación francesa*

El origen del sistema francés de incriminación de los delitos contra la libertad como delitos contra el orden constitucional se encuentra en el Código penal de 1791. En su Parte Segunda («De los crímenes y de su punición»), Título I («Crímenes y atentados contra la cosa pública»), Sección III («Crímenes y atentados contra la constitución»), el Código de 1791 declaraba punible «todo atentado contra la libertad individual, base esencial de la constitución francesa» (art. XIX). Pese a su aparente amplitud, las reglas de penalidad correspondientes a esta norma declaratoria (arts. XIX a XXII) dejan entender con claridad que ella sólo se refiere a la clase de privación de libertad que es propia de la detención o arresto ilegales. La mera coerción no se encuentra comprendida por el precepto. Por otra parte, en el apartado destinado a los «crímenes y atentados contra las personas» (Título II, Sección I), el Código de 1791 omitía cualquier referencia a los delitos de secuestro o amenazas. Sólo la amenaza de incendio se encontraba expresamente sancionada dentro de la sección destinada a los «crímenes y delitos contra las propiedades» (Título II, Sección II, art. XXXIV) (30).

PABLOS ha observado que el desconocimiento del delito de coerción por parte de los códigos napoleónicos habría obedecido a un «recolo liberal» de éstos, temerosos «de que el más genuino delito contra la libertad pudiera convertirse (...) en un peligroso instrumento de despotismo» (*op. cit.*, p. 111). Esta conjetura presupone sin embargo que el legislador francés hubiera conocido la moderna noción penal de la coerción, lo cual no parece probable. En todo caso, aunque como explicación histórica carezca de base empírica, la observación bien puede ser aceptada como una valoración del sistema francés.

(30) «El culpable de haber amenazado, verbalmente o por escritos anónimos o firmados, con incendiar la propiedad de otro, será sancionado con cuatro años de prisión, aun cuando las mencionadas amenazas no hayan sido realizadas» (*Code Pénale des 25 Septembre, - 6 Octobre 1791, en Code Criminel et Correctionnel, ou Recueil Chronologique des Lois, Décrets, Arrêtés et Instructions sur la Législation criminelle et correctionnelle depuis 1790 jusques et compris l'An XIII, avec Tables chronologique et alphabétique des matières*, Tome I, 1805, p. 73). Según MERLIN, el Proyecto que sirvió de base para la confección del Código de 1791 no contemplaba norma alguna en materia de amenazas; la existencia de la disposición en cuestión se habría debido a una observación personal suya, basada en una Ordenanza de Luis XIV de 6 de marzo de 1683, que castigaba con pena de muerte el envío de cartas conteniendo la amenaza de incendio, formulada bajo la condición de depositar dinero en la cantidad, lugar y día designado [*Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, 4.^a ed., 1813, Tome VIII, pp. 165 y ss. (168)]. Según MORIN, en el derecho antiguo francés habría sido común la sanción severa de las amenazas bajo condición (*Dictionnaire du Droit Criminel*, 1842, p. 514, citando dos condenas a muerte de 1675 y 1690).

Esta situación se mantuvo durante todo el período revolucionario, hasta la promulgación del Código de 1810. La consideración de la libertad individual como un objeto de protección de naturaleza colectiva, más directamente relacionado con la cosa pública que con los derechos de los particulares, se vio reafirmada con la promulgación del Código de los delitos y las penas de 3 de Brumario del año IV. Aunque de naturaleza principalmente procesal, este Código dedicaba las últimas secciones de su Libro III («De las penas») a los delitos contra la seguridad interior de la República y contra la Constitución, reproduciendo a propósito de estos últimos las normas del Código de 1791 (arts. 634-637). Por su parte, la amenaza de incendio siguió desempeñando un papel preponderante como tipo genérico de amenazas. Si bien es posible mencionar ciertos supuestos específicos de amenazas condicionales en el derecho de la época (31), la legislación posterior al Código de 1791 se concentró exclusivamente en torno a la amenaza de incendio. Primero fue rebajada la pena del delito a la de prisión de seis meses a dos años, calificándose de delito de policía correccional» (32), y posteriormente fue establecida una pena especialmente grave para el caso que la amenaza de incendio hubiera sido formulada por escrito y bajo condición (33).

El Proyecto de Código Penal de 1804 exhibe casi todos los rasgos que definirán en adelante el sistema francés de protección penal de la libertad. Siguiendo al Código de 1791, los «atentados a la libertad» se encuentran sistematizados como delitos contra la constitución» (Libro III, Título I, Capítulo II), pero restringiéndose ahora el ámbito de autoría de estos delitos sólo a los funcionarios públicos. Por otra

(31) Así por ejemplo, las Secciones VI y VII del artículo II de la Ley de 14 y 17 de junio de 1791, relativa a las asambleas de obreros y artesanos del mismo estado y profesión, mediante las cuales se sancionaba las amenazas o violencias ejercidas por asociaciones de obreros o artesanos en contra de obreros o jornaleros extranjeros o de libre contratación (cfr. *Code Criminel et Correctionnel...*, cit., pp. 151-152). MERLIN menciona también una Ley de 19 Pluviose del año IX, cuyo artículo 29 habría sancionado las amenazas y vías de hecho ejercidos en contra de adquirentes de bienes nacionales en razón de sus adquisiciones (*op. cit.*, VIII, p. 165).

(32) Ley de 24 de Frimaire del año VIII, art. XIII, también referida a diversos supuestos de hurtos (arts. I a XI) y apropiación indebida (art. XII).

(33) Ley de 12 de mayo de 1806, que sancionó con pena de grillete de hasta veinticuatro años al «culpable de haber amenazado, mediante escrito anónimo o firmado, con incendiar la habitación o la propiedad de otro, si el amenazado no depositare una suma en un lugar determinado o no cumpliere otra condición cualquiera» (MERLIN, *op. cit.*, p. 166). El vacío que suponía el que la legislación revolucionaria sólo sancionara la amenaza de incendio no dejó de revelarse en la praxis francesa (cfr. el caso contra François Daigre, sentencia de la Corte de Casación de 27 de mayo de 1807, citado extensamente por MERLIN, *loc. cit.*).

parte, aunque la mayoría de reglas específicas de penalidad de los atentados a la libertad se refieren a supuestos de detenciones o arrestos ilegales, el Proyecto consagra un tipo básico de alcance más amplio, comprendiendo la comisión de «cualquier clase de actos arbitrarios y atentatorios, ya sea a la libertad individual, a los derechos o a las propiedades de una o más personas, o bien a los derechos cívicos de uno o más ciudadanos» (art. 107) (34). Menos amplitud de criterio demuestra el apartado dedicado a los «delitos contra las personas» (Libro III, Título II, Capítulo I). Si bien el Proyecto contempla aquí disposiciones relativas a la privación de libertad (arts. 301-304) y prevé un tipo genérico de amenazas (art. 305) (35), aquellas sólo se refieren a las conductas de «rapto, secuestro o detención» de una persona, y éste sólo abarca a las amenazas simples, omitiendo toda mención a las amenazas condicionales.

En lo esencial, el Código de 1810 no hizo sino seguir las directrices del Proyecto de 1804 en materia de los delitos contra la libertad, efectuando una sistematización un poco más exhaustiva. Así, los «crímenes y simples delitos relativos al ejercicio de los derechos cívicos» y los «atentados a la libertad» pertenecen ahora a secciones independientes entre sí, ambas ubicadas dentro del apartado dedicado a los delitos contra las constituciones del Imperio (Libro III, Título I, Capítulo II, Secciones I y II). En lo que respecta al contenido de las disposiciones, éste se mantiene en lo esencial inalterado. Los arts. 103 y 107 del Proyecto de 1804 pasan sin mayores modificaciones a ser los arts. 109 y 114 del Código.

También el Capítulo I del Título II del Libro III del Código de 1810, dedicado a los «crímenes y simples delitos contra las personas», muestra una sistematización más detallada. En vez de reunir indiscriminadamente todos estos delitos en un mismo apartado, el texto legal efectúa ocho distinciones sistemáticas, correspondiendo a cada una de ellas una sección específica. En este nuevo sistema, las disposiciones sobre detenciones ilegales aparecen reunidas en una sección especial («Arrestos ilegales y secuestros de personas»). Lo mismo sucede con las amenazas, que pasan a ser tratadas como

(34) *Projet de Code Criminel*, París 1804, p. 25. Esta mayor amplitud en la protección dispensada a la libertad se manifiesta también en la existencia de una norma —el primer precepto de esta sección del Proyecto— que sanciona el impedimento de ejercicio de derechos cívicos en los siguientes términos: «Art. 103. Si por atropellos, vías de hecho o amenazas, una o más personas hubieran impedido a uno o más ciudadanos ejercer sus derechos cívicos, cualquiera de los culpables será sancionado con la relegación.» (*op. cit.*, *loc. cit.*)

(35) «El que haya amenazado, verbalmente o por escrito, con asesinato, envenenamiento, muerte, o con cualquier otro crimen contra las personas que sería punible con la pena de muerte, de trabajos forzados a perpetuidad, o de deportación, será sancionado con la detención de seis meses a dos años, y una multa de cincuenta y uno a cien francos.» (*Projet.*, *cit.*, p. 63).

«otros crímenes capitales», en un párrafo específicamente destinado a ellas, a continuación de los delitos de homicidio, parricidio, infanticidio y envenenamiento (Capítulo I, Sección I, Párrafo II).

Pero el Código de 1810 se diferencia del Proyecto de 1804 en materia de amenazas no sólo en lo que concierne su ubicación. También el contenido de las disposiciones experimentó importantes modificaciones. En vez de un tipo único de amenazas simples, el Código de 1810 estableció la siguiente regulación:

«Art. 305. El que haya amenazado, por escrito anónimo o firmado, con asesinato, envenenamiento o con cualquier otro atentado contra las personas que sería punible con la pena de muerte, trabajos forzados a perpetuidad o deportación, será castigado con la pena de trabajos forzados temporales, en los casos en que la amenaza haya sido hecha con orden de depositar una suma de dinero en un lugar indicado, o de cumplir cualquier otra condición.

Art. 306. Si esta amenaza no ha sido acompañada de alguna orden o condición, la pena será de prisión de al menos dos a lo más cinco años, y de una multa de cien a seiscientos francos.

Art. 307. Si la amenaza hecha con orden o bajo condición ha sido verbal, el culpable será castigado con prisión de seis meses a dos años, y con una multa de veinticinco a trescientos francos» (36).

La procedencia de estos artículos es relativamente fácil de determinar. Tal como lo demuestra una simple comparación de las disposiciones respectivas, el Código de 1810 recogió los preceptos del Proyecto de 1804 y de la Ley de 12 de mayo de 1806, integrándolos en un solo sistema. Así, el delito de amenazas simples del Proyecto de 1804 es transformado en una definición genérica, y los requisitos del delito de amenaza de incendio de la Ley de 12 de mayo de 1806 pasan a definir el tipo más grave de amenazas, las hechas por escrito y bajo condición (art. 305). Los dos tipos restantes se obtienen por referencia negativa a este tipo calificado, surgiendo las amenazas simples escritas (art. 306) y las amenazas condicionales verbales (art. 307). No obstante, a diferencia de lo que estipulaba el Proyecto de 1804 las amenazas simples verbales restan impunes.

Mucho más difícil es esclarecer cuál haya sido la concepción político-criminal que sirvió de fundamento a esta regulación. Si uno se atiene a las consideraciones contenidas en la exposición de moti-

(36) *Code Pénal, précédé des exposés des Motifs par les orateurs du Conseil d'État sur chacune des lois qui composent ce Code, avec une table alphabétique et raisonnée des matières*, Paris 1810, pp. 68-69. Además de los supuestos de amenazas recién transcritos, el Código de 1810 efectuaba una mención a la amenaza de incendio entre los delitos contra la propiedad (art. 436), remitiéndose a la pena prevista para «la amenaza de asesinato, y según las distinciones establecidas por los arts. 305, 306 y 307» (p. 99).

vos de los redactores del Código (37), sólo una de ellas —la fundamentación de la especial severidad de la pena de las amenazas condicionales de condición no patrimonial— se apoya en una concepción clara de la naturaleza coercitiva de las amenazas condicionales. El resto de la argumentación evidencia una confusión total. Primero se justifica genéricamente la incriminación de las amenazas atendiendo a su peligrosidad, es decir, considerando que el fundamento de su punición radica en la punibilidad del mal con que se amenaza. Luego se justifica la especial sanción de la amenaza condicional lucrativa mediante su analogía con los atentados violentos contra la propiedad, pero se fundamenta la justificación atendiendo a la intranquilidad personal y colectiva producida por la amenaza. Más adelante se jus-

(37) Los párrafos pertinentes son los siguientes: «El nuevo código no se limita a establecer penas contra los culpables de los diversos crímenes de que hemos venido hablando; ellas son también establecidas contra quienes formulan amenazas de atentados contra las personas, en los casos de atentados que, de ser cometidos, serían castigados con una pena capital o al menos equivalente a la de trabajos forzados. / De estas amenazas, cuando son escritas, anuncian un designio premeditado de hacer el mal. El caso más importante está en el escrito que contiene una orden cualquiera, por ejemplo, la orden de depositar una suma de dinero en un lugar indicado. Tratándose de este tipo de orden, la ley sanciona el crimen con la misma pena establecida para el robo con violencia. ¿Acaso no es en efecto un crimen semejante? La persona amenazada se encuentra en una situación especialmente crítica, de la cual no puede defenderse, ya que en definitiva la hace creer que si no obedece puntualmente la orden, tarde o temprano y en el momento que ella menos lo espera, terminará por ser víctima del crimen de que ha sido amenazada. El terror que estas amenazas inspiran no afecta sólo a la tranquilidad de la persona que es objeto de ellas, sino que se extiende además a los otros que temen correr la misma suerte. / Lo anterior es igualmente aplicable a los casos en que el escrito, en lugar de contener la orden de depositar una suma, contiene aquella consistente en cumplir una condición cualquiera; en este último caso, existe una vez más la violencia, y violencia premeditada con el designio de obtener aquello que no se tiene derecho a exigir. / En los casos en que la amenaza escrita no se encuentra acompañada de una orden o condición, no se puede atribuir otro designio que producir temor, sin ningún fin de apropiarse de un bien ajeno. El culpable debe ser castigado, pero sólo con penas de policía correccional. Este delito es en efecto considerablemente menos grave que el primero. / El Código establece también penas de policía correccional para las amenazas verbales, siempre que ellas se encuentren acompañadas de orden o condición. La sanción para las amenazas verbales es menor que para las amenazas escritas, ya que el culpable actúa más al descubierto y es más difícil defenderse de él, ellas son menos creíbles, y, por último, la premeditación no es tan segura en ellas como lo es en las amenazas escritas. / Respecto de las amenazas verbales que no se encuentren acompañadas de orden o condición, ninguna pena se establece: se ha considerado que carecen de relevancia, ya que pueden ser el resultado de una pasión súbita producida por la cólera, de rápida disipación después de un momento de reflexión.» («Motifs du Livre III, Titre II, Chapitre I, présentés par MM. le Chevalier Faure, les Comtes Réal et Giunti, Conseillers d'État», en *Code Pénal...* cit., pp. 89-91).

tifica la menor sanción de las amenazas incondicionales atendiendo a la ausencia de fines de lucro que ellas evidencian, para finalmente volver al criterio de la peligrosidad al momento de justificar la menor pena de las amenazas verbales, argumento que se hace valer incluso como fundamento de la exigencia del carácter condicional de éstas.

El cambio de un criterio a otro —protección del patrimonio, de la libertad personal y de la tranquilidad individual y colectiva, peligro respecto del bien con cuya lesión se amenaza—, como también la aplicación de algunos criterios a supuestos con los que no guardan ninguna relación —consideración de la condicionalidad de la amenaza como una prueba de su seriedad—, demuestran el carácter más bien retórico de la argumentación, y permiten sostener que el surgimiento de la regulación francesa de las amenazas no respondió a un fundamento político criminal definido o coherente. De aquí que Rossi pudiera desarrollar una interpretación de las amenazas como «delito *sui generis*», cuyo fundamento de punibilidad radicaba sin embargo en la «revelación formal» del designio de cometer un delito (38).

Como sea, es manifiesto que la noción misma de la coerción como forma de injusto le era por completo desconocida a los redactores del Código de 1810. Esta deficiencia conceptual es también evidente en la reforma efectuada por la Ley de 13 de mayo de 1863, que además de rebajar considerablemente las penas de las amenazas, introdujo tres nuevas figuras delictivas: el chantaje, entre los delitos contra la propiedad (art. 405), las violencias o vías de hecho, como un tipo de lesiones corporales (art. 311), y un nuevo supuesto de amenazas condicionales, en los siguientes términos:

«Art. 308. El que haya amenazado verbalmente o por escrito con vías de hecho o violencias no previstas por el artículo 305, si la amenaza ha sido hecha con orden o bajo condición, será castigado con prisión de seis días a tres meses y una multa de dieciséis a cien francos o sólo con una de las dos penas» (39).

(38) En sus propios términos: «no son las palabras ni las injurias lo que se castiga, sino la resolución criminal, el peligro que la acompaña y la zozobra que causa, conocida que sea. La pena hiere al crimen, antes de cometerse ningún acto de ejecución, aun antes de todo acto preparatorio; porque seguramente la amenaza no es uno de ellos, especialmente si no va acompañada de ninguna orden ni condición: hiérole porque se juzga tener una prueba suficiente y material, dada por el delincuente mismo, de una resolución seria y criminal» (*Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Capítulo XXVI, versión española de Cayetano Cortés, 1839). La teoría de Rossi fue también acogida por los influyentes CHAVEAU y HÉLIE, *Theorie du Code Pénal*, V, 1839, pp. 361 y ss.

(39) TRIPIER, *Les Codes Français*, 19 ed., Paris 1868, p. 881. Acerca de la reforma de 1863, especialmente en lo que se refiere al delito de chantaje, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, «Chantaje», en *NEJ*, VI (1954), pp. 181 y ss. (184-185).

Como es evidente, la razón de todas estas reformas se encuentra en el carácter extremadamente fragmentario de la protección que el Código de 1810 otorgaba a la libertad personal, al dejar impune los ataques cometidos mediante violencia no constitutiva de lesiones corporales o mediante amenazas de mal no constitutivo de incendio o de delito grave contra las personas. Pero como también es evidente, la auténtica solución a este problema habría consistido en el establecimiento de un tipo genérico de coerción. De aquí que a pesar de todas las reformas la fragmentariedad originaria del Código de 1810 se haya mantenido inalterada.

2.2. *La codificación belga*

El Código penal belga de 1867 reitera en lo esencial la estructura del Código francés, aunque en una versión mejor desarrollada desde un punto de vista sistemático.

En él se destina un apartado especial a la sanción de atentados a la libertad cometidos por funcionarios públicos, ahora considerados como «agravios inferidos por los funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución (Capítulo III) y ubicados junto a los «delitos relativos al ejercicio de los derechos políticos» (Capítulo I) y a los «delitos relativos al libre ejercicio de los cultos» (Capítulo II), bajo la común denominación de «crímenes y delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución» (Título II del Libro II). El contenido de este apartado es también más amplio que en el Código francés, ya que junto a las detenciones ilegales (arts. 147, 155-159) se incluyen tipos relativos a la violación del domicilio y del secreto epistolar (arts. 148-150). Incluso el tipo residual del Código francés experimenta aquí una cierta ampliación, extendiéndose a «cualquier otro acto arbitrario y atentatorio a las libertades o derechos garantizados por la Constitución» (art. 151).

También en materia de los «crímenes y simples delitos contra las personas» (Título VIII del Libro II) se puede advertir esta modernización y mejor desarrollo del material originario francés. El Capítulo IV de esta sección se encuentra consagrado a los «atentados contra la libertad individual y la inviolabilidad del domicilio cometidos por particulares», comprendiendo los delitos de arresto y detención ilegal (arts. 434-438) y de violación de domicilio (arts. 439-442). En lo que concierne a la regulación de la coerción, sin embargo, tal como el Código francés de 1810, el texto belga no prevé una figura genérica como delito contra la libertad, restringiéndose su punibilidad a los supuestos de amenazas condicionales. Estas últimas se encuentran sistematizadas como «delitos contra la seguridad pública» (Título VI del Libro II), en una sección denominada «de las amenazas de atentado contra las personas o contra las propiedades» (Capítulo II), cuyas disposiciones eran del siguiente tenor:

«Art. 327. El que, por escrito anónimo o firmado, haya amenazado con orden o bajo condición de un atentado contra las personas o las propiedades, punible con la pena de muerte o de trabajos forzados, será condenado a prisión de seis meses a cinco años y a una multa de cien a quinientos francos.

Si la amenaza no ha sido acompañada de alguna orden o condición, la pena será de prisión de tres meses a dos años y de multa de cincuenta a trescientos francos.

Art. 328. Si la amenaza hecha con orden o bajo condición ha sido verbal, el culpable será castigado con prisión de dos meses a un año y multa de veinticinco a doscientos francos.

Art. 329. La amenaza por gestos o emblemas de un atentado contra las personas o las propiedades, punible con la pena de muerte o de trabajos forzados, será castigada con prisión de ocho horas a tres meses y multa de veintiséis a cien francos.

Art. 330. La amenaza, hecha por escrito anónimo o firmado, de un atentado contra las personas o propiedades, punible con la reclusión, será sancionado con prisión de tres meses a tres años y multa de cien a quinientos francos.

Si la amenaza no ha sido acompañada de alguna orden o condición, la pena será prisión de quince días a seis meses y multa de veintiséis a doscientos francos» (40).

Tal como se desprende de la exposición de motivos del Gobierno belga, los cambios introducidos en el sistema del Código penal francés en materia de amenazas tuvieron como objetivo afirmar su autonomía. Éste es el sentido preciso de la reunión de las amenazas de atentados a las personas y a las propiedades en una misma disposición, como también del cambio de ubicación de las amenazas dentro del sistema de la Parte Especial. Con estas reformas el legislador buscaba hacer manifiesto su rechazo de la consideración de la amenaza como una forma de sanción para la tentativa o los actos preparatorios del delito cuya comisión se conmina (41).

Esta mayor claridad del legislador belga es también perceptible en lo que se refiere al fundamento político-criminal de la sanción de las amenazas. Si bien la fuente de inspiración del Gobierno belga fue inicialmente la doctrina francesa que veía en la amenaza la manifes-

(40) *Code Pénal*, Bruxelles 1867, pp. 60-61.

(41) «Las amenazas de atentar contra las personas o contra las propiedades no constituyen actos preparatorios de tales atentados, deben ser consideradas como crímenes o delitos que implican un atentado contra la seguridad pública, y por lo mismo, encontrar su lugar en el presente título» (*Exposé des Motifs, ou Rapport fait, au nom de la commission du gouvernement, par M. J.-J. Haus, et adressé à M. le ministre de la justice*, en J.-S.-G NYPELS, *Législation Criminelle de la Belgique*, Tome II, Bruxelles 1869, p. 771).

tación de una resolución criminal (42), en la Cámara de Representantes esta tesis fue definitivamente abandonada, haciéndose ver la irrelevancia de un efectivo propósito de cometer un delito por parte del amenazador y destacándose como único aspecto relevante el que su comisión fuera creíble para el amenazado (43). Según la opinión de la Cámara, el fundamento político-criminal de la punición de las amenazas se encontraría en la protección del «derecho que tiene cualquier ciudadano a vivir en la seguridad que tales leyes (las que prohíben los atentados contra la persona y la propiedad) deben asegurar» (44). La distinción entre amenazas escritas y verbales encontraría precisamente aquí su justificación, en tanto la formulación por escrito de la amenaza aumentaría los motivos del amenazado para creer en ella (45). Por su parte, la mayor gravedad de la amenaza condicional se explicaría por el hecho de que la ordenación «agrega a la perturbación de la seguridad una perturbación de la libertad», otorgándole al delito la calidad de una auténtica «violencia moral» (46).

Con todo, la codificación belga evidencia la misma deficiencia conceptual del sistema francés. La única consecuencia que el legislador belga dedujo del carácter coercitivo de la amenaza condicional

(42) «La amenaza (...) no es más que la expresión de un pensamiento, de una intención criminal. (...) cuando las amenazas revelan una resolución determinada y sería de cometer un crimen contra las personas o contra las propiedades, el peligro que resulta y la alarma que ellas producen son demasiado graves como para que la sociedad las pueda tolerar (...) La amenaza es seria y reflexiva, ella manifiesta una resolución criminal premeditada, y merece en consecuencia ser sancionada, en los casos en que es consignada por escrito, o cuando, hecha verbalmente, ella es acompañada de una orden o condición. Éste es el principio que sirve de base a las disposiciones del Código de 1810» (*Exposé des Motifs... cit.*, en NYPELS, *op. cit.*, pp. 770-771). En esta exposición de motivos se cita expresamente como fuentes a Chaveau et Hélie, a algunos pasajes de la exposición de motivos del Código penal francés de 1810 y a Rossi.

(43) *Rapport fait, dans la séance du 9 fevriér 1859, au nom de la commission, par M. E. Primez* (en NYPELS, *op. cit.*, II, pp. 788 y ss.).

(44) *Rapport... cit.*, p. 789.

(45) *Ibidem*.

(46) *Ibidem*. Al inicio de su Informe, Primez hace ver que con posterioridad a la presentación de la Exposición de Motivos gubernamental el propio Haus habría adoptado esta concepción del delito de amenazas, abandonando la tesis francesa (NYPELS, *op. cit.*, p. 788). En el hecho, Haus llegó incluso a introducir una nota a la segunda edición belga de la obra de Chaveau et Hélie, en los siguientes términos: «No es del todo exacto decir que el legislador, al sancionar la amenaza, sancione una resolución criminal manifestada por una prueba material suficiente; (...) La ley castiga la amenaza por ella misma, haciendo abstracción de la intención del agente; ella la considera como constitutiva por sí misma de una perturbación social lo suficientemente grave como para ser reprimida.» (*Theorie du Code pénal*, 1859, núm. 2531, note 1 Add., citada por NYPELS-SERVAIS, *Le Code Pénal Belge Interprété*, Tome II, Bruxelles 1897, p. 361).

se refiere a su penalidad (47). En todos los demás aspectos, es manifiesta la ausencia de la noción de la coerción como un delito contra la libertad. Así, pese a su carácter de delito autónomo, las amenazas condicionales no fueron consideradas como uno más de los «atentados a la libertad individual», sino que terminaron siendo agrupadas con delitos tan distantes de ellas como las asociaciones ilícitas, la evasión de detenidos y la vagancia y mendicidad (48). Tampoco la consideración de la seguridad y la libertad como bienes jurídicos protegidos por las amenazas condujo a una extensión del ámbito típico que fuera enteramente consecuente con ello. Pues el Código belga no sólo dejó sin sanción penal a las amenazas de atentados castigados con penas inferiores a la de reclusión, sino también a la amenaza simple verbal de atentado castigado con pena de muerte o trabajos forzados (en flagrante contradicción con la punición de las amenazas efectuadas por medio de gestos o emblemas) y a la amenaza verbal —simple y condicional— de un atentado castigado con la pena de reclusión. Y no se puede decir que éste haya sido el resultado de una inadvertencia. La acusada fragmentariedad de este sistema de sanción de las amenazas fue un rasgo deliberadamente buscado por el legislador. En vez de aceptar un nuevo sistema propuesto por el Senado en conjunto con el Ministerio de Justicia, que sancionaba toda clase de amenazas de atentados contra las personas o propiedades castigados con pena de muerte, trabajos forzados, reclusión o prisión correccional (49), la Cámara de Representantes prefirió mantenerse dentro de los parámetros del modelo francés (50).

(47) Tal como en la Cámara y en el Senado se hiciera presente repetidamente, puesto que la amenaza efectuada bajo condición de carácter patrimonial puede según las características del caso concreto equivaler a un principio de ejecución de los delitos de robo o extorsión, la pena de aquélla no puede ser superior a la pena de la tentativa de éstos (cfr. NYPELS, *op. cit.*, pp. 789 y 827).

(48) Aunque al parecer ello no habría influido en la redacción del Código belga, es interesante señalar que el origen remoto de este tratamiento sistemático de las amenazas se encuentra en el siguiente pasaje de FILANGIERI: «Finalmente, por no omitir ningún delito de los que se comprenden bajo este título, añadiremos los siguientes. *Buscar dinero por medio de cartas o de cualquier modo, con amenazas de matar o de incendiar en caso de repulsa...*» (*Scienza della Legislazione*, Libro III, Cap. XLVII, Tít. II, ed. 1788, Tomo V, pp. 95-96).

(49) Inicialmente, el Senado no estimó necesario establecer una diferencia de penalidad atendiendo a la gravedad de la pena del mal amenazado; sólo el hecho de haberse formulado la amenaza por escrito o verbalmente, como asimismo su carácter condicional o simple deberían a juicio del Senado constituir los factores determinantes de la punibilidad (cfr. NYPELS, *op. cit.*, pp. 804, 805, 808). Más tarde, a propuesta del Ministerio de Justicia, se incorporó también la penalidad del mal amenazado como criterio de determinación de la pena de las amenazas, distinguiéndose entre amenazas de atentados constitutivos de crimen y amenazas de atentados sancionados con prisión correccional (cfr. NYPELS, *op. cit.*, pp. 815-816, 821).

(50) «Los hechos no han demostrado la necesidad de extender la esfera de

Pero la mejor prueba de que al legislador belga le era por completo ajena la noción de la coerción como tipo delictivo se encuentra en el hecho de que durante todo el proceso de discusión parlamentaria nunca se haya siquiera planteado la cuestión de la punibilidad de las amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito. Incluso para el Senado, partidario como se ha visto de un sistema omnicompreensivo de sanción de las amenazas, era obvio que la punibilidad del mal conminado constituía un requisito indispensable de la punibilidad de la amenaza (51).

2.3. *Las reformas recientes*

Los rasgos esenciales del modelo francés, tal como quedaron definidos en 1863 en Francia y en 1867 en Bélgica, se han mantenido en términos casi idénticos a pesar de haber sido modificadas la redacción de las disposiciones respectivas en tiempos recientes. Tanto la Ley belga de 4 de julio de 1972 (52) como la Ley francesa nú-

los actos punibles; en un país en el que la policía y la justicia punitiva garantizan enérgicamente el respeto de las personas y de las propiedades, la seguridad no es quebrantada fácilmente por las amenazas, ya que su realización difícilmente tiene lugar. (...) La pena sólo debe tomar en consideración las amenazas que, por sí mismas y por las circunstancias que las acompañan, son de tal naturaleza que constituyen una perturbación de la seguridad pública» (*Rapport sur les articles du Titre VI, amendés par le Sénat, fait dans la séance du 29 Janvier 1867, au nom de la commission, par M. E. Pirmez, en NYPELS, op. cit., pp. 823-824*). Cabe señalar, en todo caso, que en el sistema del Código belga la estrechez de las amenazas condicionales es parcialmente contrarrestada por el tipo de delito de extorsión (art. 470), que no restringe el acto de disposición patrimonial a la sola suscripción o entrega de un documento escrito, como lo hacía su antecesor francés. Por otra parte, a pesar de que el texto legal limita aquí el alcance del término «amenaza» al «constreñimiento moral por la creencia de un mal inminente» (art. 483, II), después de las sentencias de la Corte de Bruselas de 11 de marzo de 1878, confirmada por la sentencia de la Corte de Casación de 13 de mayo de 1878, resulta indiscutible que el tipo belga de extorsión cubre el delito de chantaje, tal como fuera regulado en 1863 en Francia (cfr. *Pandectes Belges, 1886, XVII, pp. 1055 y ss.*).

(51) Como se aprecia en las siguientes palabras del Informe del Baron D'Arethan, presentado en representación de la Comisión del Senado: «Si el acto mismo no es tan grave como para ser sometido a una pena ¿como se podrá sancionar la simple amenaza de un acto que la ley no declara punible?» (NYPELS, *op. cit.*, p. 808).

(52) «Art. 327. El que haya, ya sea verbalmente o por escrito anónimo o firmado, con orden o bajo condición, amenazado con un atentado contra las personas o las propiedades punible con una pena criminal, no acompañada de orden o de condición, será castigada con prisión de tres meses a dos años y una multa de 50 a 300 francos» / «Art. 329. La amenaza por gestos o emblemas de un atentado contra las personas o propiedades, punible con una pena criminal, será castigada con prisión de ocho días a tres meses y una multa de 26 a 100 francos.» / «Art. 330. La amenaza hecha ya sea verbalmente o por escrito anónimo o firmado, con orden o condición, de un atentado contra las personas o propiedades punible con

meros 81-82, de 2 de febrero de 1981 (53) simplificaron considerablemente el sistema de punición de las amenazas, pero sin alterar su estructura básica (54a).

Esta nueva regulación puede apreciarse en los esquemas de la página siguiente:

Ambas reformas exhiben inmejorablemente los límites que el modelo francés impone al desarrollo del concepto de la coerción. Por una parte, es indudable que esta nueva fisonomía de las amenazas condicionales se encuentra más próxima a la idea de la coerción mediante amenaza que los términos originarios del Código de 1810. Así lo demuestra, en primer lugar, la menor relevancia asignada a los requisitos específicos del mal con que se amenaza y la ampliación de éste a todo (o casi todo) mal constitutivo de delito. También la equiparación de las modalidades escrita y verbal se orienta en esta dirección. Por último, la exigencia de la condicionalidad como presupuesto necesario de la punibilidad de las amenazas con males menos graves evidencia claramente que el fundamento de su incriminación se encuentra en la imposición de una condición, en el constreñimiento del comportamiento ajeno. Sin embargo la limitación del ámbito de las amenazas condicionales a la amenaza de un mal constitutivo de delito, como asimismo la permanente ausencia de un tipo de coerción violenta, demuestran de modo inequívoco que la idea de

prisión de a lo menos tres meses, será castigada con prisión de ocho días a tres meses y multa de 26 a 100 francos.» (*Les Codes Larquier-Code Penal*, ed. 1990, pp. 62-63).

(53) «El que haya, por cualquier medio que sea, amenazado con un atentado a las personas constitutivo de una infracción que la ley castiga con una pena superior a cinco años de prisión, será, en caso de que la amenaza haya sido hecha con orden de cumplir una condición, castigada con prisión de seis meses a tres años, y multa de 1.500 a 20.000 francos. / Las amenazas de atentado a bienes que la ley castiga con una pena superior a cinco años de prisión hechas bajo las condiciones recién previstas, serán castigadas con prisión de tres meses a dos años y multa de 1.500 a 20.000 francos. / Será castigado con las penas previstas en el apartado primero, el que sin orden de cumplir una condición, haya amenazado de muerte mediante escrito anónimo o firmado, imágenes, símbolos o emblemas.» / «Art. 306. El que haya, por cualquier medio que sea, amenazado con un atentado a las personas no previsto por el artículo 305, pero calificado de delito, será, en los casos en que la amenaza haya sido hecha con orden de cumplir una condición, sancionado con prisión de seis días a tres meses y multa de 500 a 15.00 francos, o con una sola de ambas penas.» (*Codes Dalloz, Code Pénal*, 89.^a ed., 1992, pp. 200-201). En concordancia con el nuevo art. 305-II, fue derogado el antiguo art. 496, que sancionaba la amenaza de incendio.

(54a) La novedad legislativa introducida por la Ley belga y por una Ley francesa anterior a la de 1981 (Ley núms. 75-624, de 11 de julio de 1975) se encuentra en la tipificación del delito de falsa advertencia de la comisión de un atentado (art. 308-1 C.P. francés, art. 328 C.p. belga).

A) Sistema de punición de las amenazas belgas después de la Ley de 4 de julio de 1972.

		escrita o verbal	condicional
	de atentado contra las personas o las propiedades sancionado con pena criminal		simple
Amenaza		por gesto o emblemas (sin distinción ulterior)	
	de atentado contra las personas o las propiedades sancionado con reclusión no inferior a tres meses	escrita o verbal	→ siempre condicional

B) Sistema de punición de las amenazas francesas después de la Ley núm. 81-82, de 2 de febrero de 1981.

		de atentado contra las personas	sancionado con pena superior a cinco años de prisión
	condicional (escrita o verbal)		sancionado con pena inferior, pero constitutivo de delito
Amenaza		de atentado contra las propiedades-sancionado con pena superior a cinco años de prisión	
	simple	→ (por escrito anónimo o firmado, imágenes, símbolos o emblemas)	→ de muerte

un delito de coerción nunca ha encontrado cabal acogida en el derecho penal francés (54b).

(54b) Con posterioridad a la redacción de estas páginas, el 1 de marzo de 1994 ha entrado en vigor en Francia un nuevo Código penal. En lo esencial, el nuevo Código penal mantiene el sistema tradicional francés: la idea de un delito genérico de coerción sigue siendo desconocida, la punición de coerción mediante violencia sigue dependiendo de la punibilidad del acto de violencia en sí mismo considerado y la coacción mediante amenaza sigue siendo considerada como una clase especial de amenaza, limitada siempre por el requisito de que el mal amenazado sea en sí mismo punible. En ciertos aspectos, el nuevo Código penal representa un progreso. Las referencias al mal con que se amenaza son simplificadas en una medida considerable, al requerirse tanto para las amenazas condicionales como para las simples únicamente que se amenace con la comisión de un crimen o delito, agravando la pena sólo para el caso de la amenaza de muerte. También en cuanto a la forma de comisión se advierte una relativa ampliación del ámbito típico de las amenazas simples: las amenazas verbales también son ahora punibles, en tanto se las haya formulado reiteradamente (las amenazas verbales condicionales son siempre punibles). Aparte de estos dos rasgos, la regulación del nuevo Código penal constituye un franco retroceso conceptual, ya que rompe con la tendencia evidenciada por las Leyes de 13 de mayo de 1863 y de 2 de febrero de 1981, reinstaurando la primitiva noción de la amenaza como una conducta relacionada con los actos preparatorios y la tentativa del delito con cuya comisión se amenaza. Así, el nuevo Código penal vuelve a separar sistemáticamente la amenaza con la comisión de un delito contra las personas de la amenaza con cometer una destrucción, degradación o deterioro de cosas, considerando a la primera como un atentado contra las personas (Libro II, Título II, Capítulo II, Sección I, § 3, arts. 222-17 y 222-18) y a la segunda como un atentado contra los bienes (Libro III, Título II, Capítulo II, Sección III, arts. 322-12 a 322-14). La naturaleza del mal amenazado es también el criterio fundamental empleado por el nuevo Código penal para demarcar las amenazas simples constitutivas de delito de las amenazas simples constitutivas de contravención, ya sean de atentados contra las personas (amenazas de violencias: art. R. 623-2) o de atentados contra los bienes (amenazas de daños leves o que no entrañen peligro para las personas: Arts. R. 631-1, 634-1). Por otra parte, el nuevo Código penal establece como requisito de la tipicidad del delito de amenaza simple de cometer un atentado contra las personas, no sólo que la conducta con que se amenaza sea constitutiva de delito, sino que además sea punible su tentativa. Esta vinculación preferente de la amenaza con la peligrosidad o significación del mal amenazado es finalmente evidente también en la regulación del delito de chantaje, ahora totalmente diferenciado del delito de extorsión. El nuevo Código penal establece una hipótesis agravada de chantaje para el supuesto que el autor “haya puesto en ejecución su amenaza” (art. 312-11). Lo paradójico de esta agravación es que la irrogación del mal amenazado es en sí misma en principio una acción penalmente irrelevante: el nuevo Código penal incurre con ello en el manifiesto error de proteger elípticamente la intimidad o consideración social de la víctima del chantaje, perdiendo de vista que el núcleo de lo injusto se encuentra aquí en la coerción —junto con el carácter patrimonial del acto constreñido—. En resumen, la preponderancia del pragmatismo y la retórica por sobre la sistematización rigurosa hacen que en materia de la regulación de la coerción el nuevo Código penal francés haya retrocedido en doscientos años de desarrollo doctrinario.

3. EL MODELO ALEMÁN

3.1. *La codificación alemana*

En su forma actual, el delito alemán de coerción es el resultado de un largo y complejo proceso de evolución. La historiografía convencional (55) considera como punto de partida legislativo de este proceso al § 1077, Parte II, Título 20 del Derecho General Nacional para los Estados Prusianos («ALR»), y como punto de partida doctrinario a los «Principios de la Ciencia Criminal» de Karl Grolman. Una consideración más atenta de ambas fuentes lleva sin embargo a atenuar considerablemente su relevancia histórica.

Si bien es cierto que la disposición legal prusiana consagró por primera vez en la historia del derecho penal un supuesto de coerción como delito contra la libertad (56), la descripción de la conducta es demasiado fragmentaria como para que el supuesto pueda ser considerado como un tipo autónomo de coerción (57). Es así como los comentaristas prusianos pasaron por alto su mención como un delito específico contra la libertad (58), y en la literatura no prusiana incluso

(55) LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23.^a ed. (1921), p. 365; BLEI, *Strafrecht-II, Besonderer Teil*, 12.^a ed. (1983), p. 69; MAURACH-SCHROEDER-MAIWALD, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 1, 7.^a ed. (1988), p. 126; WÜRTTEMBERG, *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung sei 1532, 1933* (reimpresión de 1973), p. 206; HANSEN, *Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht*, 1972, p. 28; TIMPE, *Die Nötigung*, 1989, p. 37.

(56) «§ 1077. El que fuera de estos casos (§§ 1075 y 1076) y fuera del ejercicio de su cargo, *con violencia* detiene o encierra a quien se encuentra en posesión de sus facultades mentales, o *le constriñe a hacer algo en contra su voluntad*, o infringe las prescripciones del § 1076...». (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, 3.^a Parte, 2.^a ed., Berlin, 1794, p. 1329.

(57) En este sentido, cfr. las observaciones críticas de FABRICIUS, *Die Formulierungsgeschichte des § 240 StGB*, 1991, pp. 13-19. Esta autora va aún más lejos, negándole al § 1077, II, 20 ALR el carácter de una norma protectora de la libertad personal. A su juicio, se trataría de una regla inspirada en el *crimen vis* del derecho común, que prohibiría la autotutela (*Sebsthilfe*); su fundamento político-criminal radicaría en el aseguramiento del monopolio estatal de la coerción, lo que coincidiría con el pensamiento político de Svarez, principal gestor del ALR (*op. cit.*, pp. 20-26 y 67-68). Esta es una tesis atractiva, pero que carece de suficiente base empírica. El § 1077, II, 20 ALR no sanciona casos de autotutela, sino supuestos de exceso en el derecho de detención de los particulares o de corrección paterno; la autotutela se encuentra regulada expresamente en el ALR, en un apartado sistemático diverso de las «ofensas a la libertad». Por lo demás, no existe ninguna prueba concreta de que la teoría política de Svarez haya influido en la redacción de estas disposiciones. El origen del § 1077, II, 20 ALR sigue siendo desconocido. Él no figura en el Proyecto publicado en 1786 (cfr. *supra*, nota 24), sino que fue introducido junto con los §§ 1075-1076 en el proceso de revisión posterior.

(58) STELTZER, *Lehrbuch des teutschen Criminalrechts*, 1793, §§ 587-592,

es posible encontrar la afirmación que el ALR habría desconocido por completo la coerción (59). En todo caso, es claro que históricamente el § 1077, II, 20 ALR no sirvió de modelo para el posterior desarrollo legislativo de la coerción en la codificación de Prusia. El Proyecto prusiano de 1828, punto de partida de la codificación prusiana del siglo XIX, adoptó la regulación sobre la coerción del Proyecto para Hannover de 1825, dejándose expresa constancia de lo impropia e incompleta que era la regulación del ALR en esta materia (60). La tesis de que el ALR constituye la fuente de la norma sobre el delito de coerción del Código prusiano de 1851, y a través de éste también del § 240 del Código de 1871, un verdadero lugar común en la historiografía alemana (61), es sencillamente infundada.

Tratándose de Grolman, es innegable que sus «Principios de la Ciencia Criminal», constituyen en este punto un ejemplo notable del tratamiento filosófico del derecho común que caracterizó a la ciencia penal alemana a fines del siglo XVIII. De aquí que sea tan recurrente su cita como punto de enlace de la concepción de la libertad personal propia del pensamiento ilustrado y el antiguo *crimen vis* (62). Sin embargo, no puede decirse que Grolman desarrollara cabalmente la noción de la coerción como delito contra la libertad. Así lo demuestra el tratamiento del robo, la violación y la extorsión como supuestos de violencias, a que antes se hiciera referencia. Pero la mejor prueba de ello se encuentra en los cambios introducidos por Grolman en la segunda edición de su obra. Mientras que en la primera edición (1798) el delito de violencias exigía el resultado de constreñimiento para su consumación, y paralelo a él existía el tipo de extorsiones, que recogía la coerción mediante cualquier clase de amenazas, en la segunda edición desaparece este segundo tipo, quedan restringidos los medios comisivos al ejercicio o amenaza de ejercicio de violencia, y se transforma el tipo en un delito de mera actividad. En

pp. 288 y ss.; KLEIN, *Grundsätze... cit.*, §§ 190-193 y 196-199, pp. 139 y ss.; TEMME, *Handbuch des preuss. Criminalrechtes*, 1837, §§ 107-109, pp. 252 y ss.

(59) MITTERMAIER, Nota VI al § 399 de FEUERBACH, *Lehrbuch...*, 14.^a ed. (1847), p. 637; MAREZOLL, *Das gemeine deutsche Criminalrecht*, 2.^a ed. (1847), p. 288; KÖSTLIN, *Abhandlungen aus dem Strafrechte*, 1858, p. 426.

(60) BODEN, *Motive zu dem von dem Revisor vorgelegten, Ersten Entwurfe des Criminal-Gesetzbuches für die preußischen Staaten*, III-2. 1829, pp. 280, 290-291, en SCHUBERT-REGGE, *Gesetzrevision*, I, 1, 1981, pp. 940, 950-951.

(61) Que procede de GOLTDAMMER, *Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten*, II, 1852, p. 452.

(62) *Vid. supra*, nota 26. Este punto de vista data de la segunda mitad del siglo pasado: GLASER, *Über strafbare Drohungen*, en del mismo, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrechte*, I, 1858, p. 63; HÄLSCHNER, *Das Preußische Strafrecht*, III, 1868, pp. 176-177; GEYER, *Verbrechen gegen die Freiheit*, en HOLTZENDORF (ed.), *Handbuch des Strafrechts*, III, 1874, p. 572; BINDING, *Lehrbuch...* *cit.*, p. 88.

otras palabras, situada en el contexto de la obra de Grolman, su celebrada definición del delito de violencias (63) constituyó un retroceso conceptual, como lo demuestra por lo demás el hecho de que ella se basara en la teoría del *crimen vis* de Feuerbach. Por último, no está probado que la teoría de Grolman haya servido de punto de partida para la posterior evolución de la coerción en la doctrina del derecho común. Ni Tittmann, ni Martin, ni Wachter —los principales hitos de tal evolución— efectúan referencia alguna a Grolman en esta materia.

El auténtico fundador de la idea alemana del delito de coerción es Karl August von Tittmann. Primero en su monografía dedicada a los delitos contra la libertad (64) y luego en las dos ediciones su obra principal (65), Tittmann desarrolló una notable teoría de la protección penal de la libertad personal, que en sus rasgos esenciales se mantiene vigente hasta hoy en día. En lo que concierne específicamente al delito de coerción (denominado por primera vez con la terminología actual, *Nöthigung*), éste es definido por Tittmann como la conducta de «forzar antijurídicamente a otro a una acción o situación no querida», señalando expresamente que la fuerza puede ser tanto física como psicológica, y distinguiéndolo nítidamente tanto de los demás delitos contra la libertad («encierro», «robo de hombre» y «rapto»: *Einsperrung*, *Menschenraub*, *Entführung*), como también del *crimen vis* y de la amenaza simple (66).

El punto débil de la teoría de Tittmann radicaba sin embargo en su falta de fundamento desde la perspectiva del derecho positivo alemán de principios del siglo XIX. De aquí que su concepción de la coerción como delito contra la libertad no encontrara acogida en la literatura de la época. Con todo, a partir de 1825 la elaboración de Tittmann fue siendo paulatinamente incorporada al análisis del delito de violencias (*Gewalthätigkeiten*), es decir, al *crimen vis* heredado de la antigua doctrina del derecho común. El primer paso en esta dirección fue dado por Martin, quien interpretó el supuesto de violencia en las personas —alternativa paralela a la violencia en las cosas— en el sentido de la violencia ejercida con fines coercitivos,

(63) «Por violencias (*Gewalthätigkeiten*) o extorsiones (*Erpressungen*) se entiende toda aplicación antijurídica de fuerzas corporales, o amenaza de la misma, para vencer los obstáculos que se oponen a los fines del autor, ya sea que éstos radiquen en las fuerzas corporales del otro o en especiales medios de protección de los derechos del mismo, y así determinarlo a tolerar, o a adoptar decisiones y ejecutar acciones». (*Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 2.^a ed., 1805, pp. 333-334).

(64) *Beiträge zur Lehre der Vebrechen gegen die persönliche Freiheit*, Meißner, 1806.

(65) *Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1.^a ed. (1806, 1807), 2.^a ed. (1822-1823).

(66) *Beiträge... cit.*, pp. 6-8; *Handbuch...*, 1.^a ed., I, pp. 138-142.

admitiendo de modo explícito el carácter típico tanto de la violencia física como de la psíquica (67).

La consagración definitiva de esta interpretación fue sin embargo obra de Karl Georg Wächter. En una secuencia de artículos sobre el *crimen vis* publicados entre 1830 y 1832, Wächter realizó un exhaustivo análisis de las fuentes romanas para llegar a la conclusión de que la violencia coercitiva («violencia personal» en su terminología) constituía el único alcance de este delito. Las consecuencias de esta tesis fueron desarrolladas por Wächter con toda claridad: a) la violencia coercitiva podía ser tanto física como compulsiva, b) la violencia en las cosas quedaba por el contrario excluida, en tanto su empleo no se efectuara atendiendo al menos indirectamente a una finalidad coercitiva, y c) el *crimen vis* dejaba de ser tipo de recogida para los delitos violentos que no supusieran una restricción de la libre voluntad de la persona (68).

Pese a que implicaba una radical transformación del contenido usualmente asignado al *crimen vis*, la interpretación de Wächter se impuso en términos casi absolutos en la doctrina alemana de mediados del siglo XIX (69). Si bien esto significó la consagración indiscutida de un tipo genérico y residual de coerción dentro del sistema

(67) *Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminal-Rechts*, 1825, § 189, notas 14 y 15, p. 473, citando expresamente a Tittmann. La tesis de Martin encontró inmediata acogida en WÄCHTER, *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts*, 1826, II, § 130-5-a), p. 4; HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, III, 1830, § 161, pp. 127, 131, e incluso en FEUERBACH, quien modificó su primitiva concepción del *crimen vis*. Mientras que las primeras ocho ediciones de su Tratado (1801-1823) omitían cualquier referencia a un propósito coercitivo y concebían a la violencia como ejercicio de fuerza física, a partir de la novena edición (1825) se admite también a la «violencia psicológica» y se interpreta el supuesto de la «violencia en la persona» en un sentido claramente coercitivo, como se puede apreciar en el siguiente pasaje: «En cuando a su objeto, la violencia puede ser ejercida... también directamente sobre la persona, en tanto ella sea constreñida a hacer, omitir o tolerar algo» (*Lehrbuch...*, 9.^a ed., § 400, p. 335).

(68) WÄCHTER, «Über das Crimen vis», en *Neues Archiv des Criminalrechts*, XI (1830), pp. 635 y ss.; el mismo, «Revision der Lehre von dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit (crimen vis)», en *Neues Archiv des Criminalrechts*, XII (1831), pp. 384 y ss. y XIII (1832), pp. 1 y ss., 195 y ss., 374 y ss.

(69) BAUER, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2.^a ed. (1833), §§ 283-284, pp. 411-416; ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, 1836, §§ 185-191, pp. 271-281; MITTERMAIER, Nota IV al § 399 de FEUERBACH, *Lehrbuch... cit.*, 12.^a ed. (1836), p. 360; HEFFTER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*, 2.^a ed. (1840), §§ 329-344, pp. 281-290; LUDEN, *Gewalt*, en WEISKE, *Rechtlexicon*, IV, 1843, pp. 829-890; REIN, *Das Criminalrecht der Römer*, 1844, pp. 734-735. Únicamente FEUERBACH [*Lehrbuch... cit.*, 12.^a ed., § 400-nota a), p. 361], y ROBHIRT (*Geschichte und System des deutschen Strafrechts*, II-1, 1839, pp. 109-110), se manifestaron en contra de la reducción del alcance típico del *crimen vis* a la sola «violencia personal».

de la Parte Especial, al mismo tiempo trajo consigo cierto retroceso conceptual. Pues en la interpretación de Wächter el *crimen vis* era un tipo de coerción que asumía la forma de un delito de resultado cortado, para cuya consumación bastaba con el puro ejercicio de la violencia, cuando ésta era aplicada con el propósito de constreñir a otro. Por otra parte, pese a su nueva configuración el *crimen vis* continuó siendo sistematizado conforme a la tradición del derecho común, es decir, como un atentado contra la paz y la seguridad pública (70).

La plena consagración de la concepción de la coerción como un delito contra la libertad no fue un producto de la doctrina sino de la legislación alemana, cuyo punto de partida también se encuentra en la obra de Tittmann. En este caso se trata su Proyecto de Código penal para el Reino de Sajonia (1811), cuyo § 725 era del siguiente tenor:

«§ 725. El que mediante violencia o amenazas fuerza a otro a la adopción de una acción, comete el delito de coerción» (71).

Como se puede apreciar, esta fórmula exhibe sumariamente todos los rasgos esenciales del modelo alemán, ya que se trata de un delito de resultado y de medios comisivos alternativos de amplio alcance. El delito de coerción también se encuentra presente, exhaustivamente regulado por 101 artículos, en el otro Proyecto para Sajonia de la misma época, elaborado por Erhard y publicado póstumamente en 1816. Más importante para la evolución histórica de la fórmula legislativa de Tittmann fue su recepción en el § 881 del primer Proyecto de von Weber para el reino de Württemberg (1813), ya que gracias a él se produjo en la década siguiente su afianzamiento en las diversas codificaciones particulares alemanas. Del art. 196 del segundo Proyecto de von Weber para Württemberg (1823), la disposición pasó al art. 250 del Proyecto para Hannover de 1825, y de éste al § 12, Párrafo 10, Título II del Proyecto para Prusia de 1828, siendo también recogida por Stübel en el § 518 de su Proyecto para Sajonia de 1824.

Debido a la influencia de Feuerbach, la codificación bávara se mantuvo apartada de esta evolución del delito de coerción por más

(70) Que esto implicaba un rechazo de la teoría de Tittmann, lo demuestran las siguientes palabras de MITTERMAIER: «El así denominado delito de coerción *Nöthigung*), esto es, la aplicación de una violencia contra una persona para forzarla a algo contra su voluntad (Tittmann, *Handbuch* I, p. 382), no es un auténtico delito y los casos realmente punibles pueden ser subsumidos bajo otras leyes penales» (nota al § 251 de FEUERBACH, *Lehrbuch... cit.*, 12.^a ed., p. 232). En el mismo sentido, BAUER, *op. cit.*, p. 289, nota c), y ROBHIRT, *op. cit.*, p. 122.

(71) *Entwurf zu einem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen*, Meißen, 1813, p. 139.

de veinte años (Proyecto de Feuerbach de 1810, Código de 1813, proyecto de Gonner de 1822, Proyecto de 1827). Fue el Proyecto para Baviera de 1831 el que introdujo por primera vez la coerción. en los siguientes términos:

«Art. 269. (Violencia o amenaza ilícitas). El que maliciosamente adopte cualquier medida para determinar a una persona a un hacer, omitir o tolerar contra su voluntad, ya sea que esto ocurra mediante aplicación de violencia real o mediante amenaza, será castigado con prisión de hasta un mes; en tanto el hecho no conlleve una lesión de derecho más grave» (72).

El cambio operado en la estructura típica salta a la vista. El constreñimiento del comportamiento ajeno deja de ser un elemento del tipo objetivo, pasando a adquirir un carácter meramente subjetivo, como tendencia interna trascendente, transformándose con ello la coerción en un delito de resultado cortado. La razón de esta modificación se encuentra probablemente en la influencia de la concepción del *crimen vis* de Wächter, citada en la fundamentación del proyecto como fuente de la disposición, junto con el Proyecto para Hannover de 1825 (73). Esta nueva fórmula se extendió a las demás codificaciones particulares, siendo precisamente de este modo como la coerción encontró consagración legal por primera vez en los Códigos penales de Sajonia (1838) y Württemberg (1839) (74). La influencia de la concepción del *crimen vis* se manifiesta también en la regulación del Código penal de Baden de 1845 (§ 278), que a pesar de tipificar la coerción como delito de resultado restringió el ámbito de la amenaza como medio coercitivo a aquella que apareciera unida al peligro de ejercicio inmediato e irresistible de violencia material ilícita. Sólo los Códigos penales de Hannover de 1840 (art. 247) y de

(72) Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Bayern, München 1831 (reimpresión de 1988), p. 96.

(73) *Motive zum Entwurfe des Strafgesetzbuches*, München 1831, § 79-h), p. 222.

(74) Código penal de Sajonia: «Art. 168. (Coerción). El que sin derecho o sobrepasando los límites de su derecho aplica violencia corporal o amenazas para constreñir a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado a querrela del ofendido, en tanto el hecho no constituya un delito más grave conforme al art. 166 (extorsión), con prisión de hasta seis meses.» (*Das neue Criminal-Gesetzbuch Sachsens*, 2.^a ed., Leipzig, 1840, p. 182) Código penal de Württemberg: «Art. 281. (Coerción). El que antijurídicamente aplica violencia corporal, amenazas u otros medios para constreñir a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado a querrela del ofendido, en tanto el hecho no haya constituido un delito más grave, con prisión.» (*Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg*, Stuttgart, 1839, p. 145). La primera disposición procede del Proyecto de Sajonia de 1836 (art. 159). La segunda, de los Proyectos para Württemberg de 1832 (art. 256) y 1835 (art. 264).

Hessen de 1841 (art. 168) se mantuvieron fieles a la fórmula de Tittmann, si bien este último denominó a la coerción como «Violencias» y la ubicó entre los delitos contra intereses colectivos, desligándola de los delitos contra la libertad.

Mención especial merece la codificación prusiana. Como ya se dijo, el punto de partida de la evolución legislativa del delito de coerción se encuentra en el Proyecto de Código penal de 1828, que lo consagraba en los términos originalmente previstos por Tittmann. En estos mismos términos permaneció en los Proyectos de 1830 (§ 320), 1833 (§ 411) y 1836 (§ 535). A partir del Proyecto de 1840 (§ 535), y siguiendo en esto la evolución general de la legislación alemana, la coerción pasó a revestir el carácter de un delito de resultado cortado, permaneciendo de tal modo en los Proyectos de 1843 (§ 363), 1845 (§ 250) y 1847 (§ 264). En este punto la codificación prusiana se apartó radicalmente del modelo alemán de regulación de la coerción. El Proyecto de 1848 consagró en su § 138 un tipo de coerción que, pasando por el Proyecto de 1850, fue recogido por el Código penal prusiano de 1851 en los siguientes términos:

«§ 212. El que fuerza o intenta forzar a otro a una acción u omisión, amenazándolo para tal objeto por escrito u oralmente con la comisión de un crimen o delito incurrirá en prisión de hasta seis meses» (75).

Tal como de inmediato se advierte, esta disposición corresponde al modelo francés de regulación de la coerción. La coincidencia se expresa básicamente en la exclusión de la violencia como medio coercitivo y en la reducción del ámbito de la amenaza a la comisión de un mal constitutivo de delito. Además, a pesar de que su redacción pone el acento en el constreñimiento del comportamiento ajeno y no en la acción de amenazar, lo cierto es que conforme al tenor literal de la disposición el tipo se realiza con la mera formulación de la amenaza, si es que ella es efectuada con propósitos coercitivos. Estas coincidencias no son casuales. Fue precisamente debido a la influencia del derecho francés, a la época de vigencia en la Provincia del Rin, que se produjo en 1848 el cambio de orientación de la codificación prusiana en esta materia.

La explicación de los cambios sufridos por el delito de coerción exige efectuar una breve referencia en la evolución experimentada por el tipo menos grave del delito extorsión (*einfache Erpressung*), consagrado en el § 157 del Proyecto de 1848. Originalmente, los Proyectos de 1828, 1833 y 1836 sancionaban de modo expreso la extorsión cometida mediante amenaza con una acción en sí misma lícita; con posterioridad, el Proyecto de 1843 estableció un tipo ge-

(75) GOLTDAMMER, *Die Materialien... cit.*, II, S. 452.

nérico subsidiario (§ 444), previendo sin embargo al mismo tiempo como hipótesis privilegiada la extorsión cometida mediante amenaza con interponer una demanda civil o querrela criminal infundada (§ 445). Durante la discusión suscitada por esta confusa regulación, la representación de la Provincia del Rin sostuvo una postura extrema, exigiendo la eliminación de toda amenaza de mal no constitutivo de delito (76). La comisión revisora dirigida por Savigny, en ese entonces Ministro de Justicia, se mantuvo sin embargo fiel a la orientación de los proyectos anteriores, volviendo así los Proyectos de 1845 (§ 274) y 1847 (§ 286) a explicitar la sanción de la extorsión mediante amenaza con una acción lícita. Pero con ello no quedaron definitivamente resueltas las discrepancias entre esta postura y la perspectiva prusiano-francesa, como lo demuestra el hecho de que la punibilidad de la extorsión mediante amenaza con un mal en sí mismo lícito fuera incluida dentro del listado de las cuestiones principales de la codificación penal mediante el cual se procedió a la convocatoria de la comisión unificada permanente de 1848 (77). En el seno de esta comisión, el Procurador del Estado de la Provincia del Rin, von Mylius, logró imponer el punto de vista francés por cinco votos de diferencia, eliminándose en consecuencia la disposición correspondiente al § 286 del Proyecto de 1847. Esta decisión sirvió de base al § 157 del Proyecto de 1848, reproducido por el Proyecto de 1850 (§ 216) y el Código penal de 1851 (§ 234), cuya redacción se basa obviamente en las disposiciones sobre amenazas del Código francés (78).

Paradójicamente, en materia del delito de coerción la comisión permanente unificada rechazó la propuesta de eliminación efectuada por la representación del Rin, manteniendo la regulación del proyecto de 1847 (79). Por esta razón no es posible reconducir la redacción del § 138 del Proyecto de 1848 a estos antecedentes, como usualmente se hace (80). El surgimiento del § 138 del Proyecto de 1848 parece más bien haber obedecido a una traslación de la redacción del § 157, siendo en este sentido que cabe afirmar el origen francés del § 138, especialmente en lo que respecta a la limitación impuesta al ámbito de la amenaza. En lo que se refiere a la exclusión de la violencia, incluso es posible que ello haya sido el resultado de una

(76) *Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843*, III, 1845, p. 30.

(77) BLEICH, *Verhandlungen des im Jahre 1848 zusammengerufenen Vereinigten ständischen Ausschusses*, 1848 (reimpresión de 1989), I, 1848, p. 24.

(78) Como por lo demás expresamente lo reconocen los redactores del Proyecto de 1850 (*Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten*, 1851, p. 56).

(79) BLEICH, *Verhandlungen... cit.*, I, p. 124 y IV, p. 115.

(80) Así, GOLTDMAMMER (*op. cit.*, p. 453), FABRICIUS (*op. cit.*, pp. 115-116), e incluso los redactores del Proyecto de 1850 (*Motive... cit.*, pp. 51-52).

mera inadvertencia, ya que en la regulación prusiana el uso de violencia contra la persona constituía un elemento del tipo calificado de extorsión (*räuberische Erpressung*: § 158 del Proyecto de 1848, § 218 del Proyecto de 1850, § 236 del Código penal de 1851) (81).

Oscilando entre el modelo primitivamente acuñado por Tittmann y la variante prusiana del modelo francés, se encuentra por último la regulación de la coerción de la fase tardía de la codificación bávara. El Proyecto de Código penal para el Reino de Baviera de 1854 alteró la fórmula adoptada en 1831, pasando esta nueva regulación de la coerción al proyecto de 1860 (art. 308) y de ahí al Código de 1861, en los siguientes términos:

«Art. 304. (Violentamiento). El que, sin intentar una extorsión, constriñe antijurídicamente a otro a una acción, tolerancia u omisión mediante la aplicación de violencia o amenazándole con maltrato corporal o con la perpetración de un crimen o delito, será castigado con prisión de hasta un año o con multa de hasta trescientos florines» (82).

Así pues, al momento de producirse su unificación, el derecho penal alemán contaba con cuatro modelos de regulación de la coerción: a) la fórmula de Tittmann: delito de resultado y medios comisivos alternativos de amplio alcance; b) la fórmula bávara temprana: delito de resultado cortado y medios comisivos alternativos de amplio alcance; c) la fórmula prusiana: delito de resultado cortado y un solo medio comisivo (la amenaza) de alcance restringido, y d) la fórmula bávara tardía, en cierto modo también compartida por el Código penal de Baden: delito de resultado y medios comisivos alternativos, uno de ellos (la amenaza) de alcance restringido.

En lo que respecta a la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XIX, la influencia de Wächter fue de tal magnitud, que a pesar de haber sido la coerción una creación original del movimiento codificador, de modo casi unánime se vio en ella tan sólo el remanente codificado del *crimen vis* del derecho común. Conforme a esta perspectiva, la codificación temprana —el Código austríaco de 1787, el ALR prusiano, el Código penal francés, el Código penal bávaro de 1813— habría tratado de disolver el contenido del *crimen vis*, tipificando del modo más exhaustivo posible todos los supuestos de violencias susceptibles de especificación atendiendo a la finalidad perseguida. La codificación posterior habría reconocido el vacío que de todos modos se producía en el sistema debido a la ausencia del

(81) Respecto de la negligencia del legislador prusiano en esta materia, cfr. TEMME, *Lehrbuch des Preußischen Strafrechts*, 1853, p. 879, nota 2.

(82) STENGLEIN, *Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*, München 1862, p. 439.

tipo residual de violencias, y tratado de llenarlo mediante el delito de coerción. Según esto, la justificación político-criminal del delito de coerción no habría radicado primariamente en la protección de un bien jurídico o derecho subjetivo comparable a la vida o a la propiedad, sino en el propósito legislativo de no dejar impune ningún caso de uso antijurídico de violencia. La función primordial del delito de coerción era por consiguiente servir como tipo de recogida en el sistema de la Parte Especial (83).

Así se entiende que la exclusión de la violencia en la coerción prusiana recibiera tan enérgica crítica por parte de la doctrina. Pues un tipo coerción que sólo admitía ser cometido mediante amenaza no podía cumplir el rol subsidiario del *crimen vis* en el sistema de la Parte Especial. Para sólo mencionar dos problemas tratados por la praxis judicial prusiana, las amenazas coercitivas no permitían recoger los casos de detenciones de corta duración, para los que la pena de la privación de libertad habría sido demasiado severa, ni

(83) Esta perspectiva se encuentra presente en las más diversas fuentes del derecho alemán de mediados del siglo pasado. (1) **Fundamentaciones oficiales de proyectos legislativos:** *Motive zum revidierten Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten*, 1.^a parte, 1833, p. 281; *Anmerkungen der Gesetzgebungskommission zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Baden*, 1839, p. 70; *Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs (für die Preußischen Staaten) von 1843*, II, p. 154; *Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Sachsen* (1853), p. 188; *Motive zu dem Entwurfe eines Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern*, 1854 (reimpresión 1989), p. 432. (2) **Comentarios y críticas doctrinales a proyectos legislativos:** TEMME, *Kritik des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten*, II, 1843, pp. 412-413; ABECC, *Kritische Betrachtungen über den Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten*, 1844, p. 294; el mismo, «Bemerkungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten vom Jahre 1847», en *Archiv des Criminalrechts-Neue Folge*, 1848, pp. 73-74; el mismo, *Beiträge zur Begutachtung des Entwurfs des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern vom Jahre 1854*, p. 132; el mismo, *Beiträge zur Begutachtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Sachsen im Jahre 1853*, p. 81. (3) **Comentarios a Códigos penales particulares:** HUFNAGEL, *Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg*, II, 1842, p. 162; WEIB, *Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen*, II, 2.^a ed. (1848), p. 298; KERMES, *Einige Bemerkungen zu den Artikeln 166 und 167 des königl. sächs. Criminalgesetzbuches*, en «Neue Jahrbücher für das sächsische Strafrechts», III (1845), p. 403; THILO, *Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden*, 1845, p. 266; TEMME, *Lehrbuch...* cit., p. 879; HÄLSCHNER, *op. cit.*, p. 173; DALCKE, *Revision des preußischen Strafrechts*, «Goltdammer Archiv 17» (1869), p. 4; GOLTDAMMER, *op. cit.*, p. 452. (4) **Tratados sobre el derecho penal común:** MAREZOLL, *op. cit.*, pp. 285, 288-289; HABERLIN, *Grundsätze des Criminalrechts*, III, 1847, p. 177; MITTERMAIER, nota VI al § 399 de la 14.^a ed. (1847) del Tratado de FEUERBACH (*Lehrbuch...* cit., pp. 637-638); BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1857, pp. 310-311; KÖSTLIN, *op. cit.*, 1858, pp. 426-427.

tampoco los casos de realización arbitraria del propio derecho cometido mediante violencia, cuyo tipo específico había sido eliminado en el proceso codificador, precisamente en atención a la posibilidad de sancionar la conducta como coerción violenta (84).

El inicio de la unificación penal alemana se efectuó bajo la influencia del derecho penal prusiano, ya que el Proyecto de Código Penal para la Federación Alemana del Norte de junio de 1869 reprodujo literalmente el § 212 del Código de 1851. Esta situación cambió al poco tiempo. En la breve pero intensa revisión efectuada por una Comisión presidida por el Ministro de Justicia Leonhardt, conocido por sus comentarios del Código penal de Hannover, fue modificada la redacción del precepto introduciéndose la violencia como medio comisivo y adoptando el tipo la fórmula usual de delito de resultado cortado (85). La razón de estas reformas se encuentra naturalmente en la crítica efectuada por la doctrina al Código prusiano, que también fuera hecha valer en contra del Proyecto de junio de 1869 (86). Junto con estas reformas, la Comisión restringió sin embargo aún más el ámbito de la amenaza como medio comisivo, limitándola ahora a la sola conminación de un mal constitutivo de crimen (*Verbrechen*).

Durante su discusión en el Parlamento, el precepto sufrió nuevas modificaciones. A iniciativa de una comisión revisora presidida por von Schwarze, el más célebre criminalista sajón del siglo pasado, se introdujo al comienzo de la disposición la expresión adverbial «an-

(84) TEMME, *Lehrbuch... cit.*, pp. 879 nota 2), 880; Goldammers Archiv, 8 (1860), p. 837; HÄLSCHNER, *op. cit.*, III, p. 179 nota 2); DALCKE, *op. cit.*, pp. 4-5. La única nota discordante en la doctrina prusiana se encuentra en la teoría de la amenaza elaborada por JOHN (*Über Landzwang und widerrechtliche Drohungen*, 1852, pp. 53 y ss., y *Ueber den Begriff und die heutige Anwendbarkeit des römischrechtlichen crimen vis*, en *Archiv des Criminalrechts-Neue Folge*, 1854, pp. 60 y ss.). Según John, la coerción mediante amenaza (entendida como *vis compulsiva*) constituía un atentado contra la libertad de naturaleza completamente diversa a la coerción mediante violencia (entendida ésta como *vis absoluta*), de modo tal que resultaba impropcedente su tratamiento conjunto. Esta tesis, elaborada como crítica a la teoría del *crimes vis* de Wächter, condujo a John a eliminar la coerción en su Proyecto para la Federación Alemana del Norte, postulando que con la sanción de la amenaza (simple) bastaba también para cubrir la comisión de una coerción mediante amenaza (*Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund*, 1868, pp. 485, 498-500).

(85) «§ 235. El que aplica violencia contra otro o lo amenaza con la comisión de un crimen para constreñirlo a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión de hasta un año o con multa de hasta doscientos táleros» (*Entwurf eines Stragesetzbuchs für den Norddeutschen Bund*, Berlin, 31 Dezember, 1869, p. 117).

(86) FUCHS, *Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund*, «GA» 17 (1869), p. 635; GEYER, *Bemerkungen zu dem Entwurf eines Stragesetzbuches für den Norddeutschen Bund*, en «*Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*» 12 (1879), pp. 215-219.

tijurídicamente» (*widerrechtlich*). Posteriormente, por moción del parlamentario Lasker se transformó la estructura típica del delito, dándosele la forma de un delito de resultado y declarándose expresamente la punibilidad de la tentativa. Asimismo, el ámbito de la amenaza coercitiva fue ampliado, incluyéndose la conminación de un mal constitutivo de simple delito (*Vergehen*). Esta última modificación fue defendida haciéndose ver que la distinción entre crimen y simple delito era las más de las veces arbitraria, y que la impunidad de la amenaza con cometer un simple delito resultaba injustificable frente a la punibilidad de la amenaza con cometer un crimen (87). El hecho de que conforme a la mayoría de los estados particulares alemanes también la amenaza de mal no constitutivo de delito fuera medio comisivo típico no fue sin embargo tomado en consideración.

Con la aceptación de las modificaciones antedichas quedó decidida la suerte del delito de coerción en la unificación del derecho penal alemán. El § 240 del Código penal para la Federación Alemana del Norte, de 31 de mayo de 1871, posteriormente promulgado como Código penal para el Imperio Alemán el 1 de octubre de 1871, contempló la siguiente disposición:

«§ 240. Coerción. El que antijurídicamente constriñe a otro mediante violencia o amenaza con un crimen o simple delito a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión de hasta un año o con multa de hasta 200 táleros» (88).

Paralelo a este estrecho tipo de coerción, el Código de 1871 consagró un tipo amplísimo de extorsión simple. Siguiendo aquí al pie de la letra al Proyecto para la Federación Alemana del Norte de 31 de diciembre de 1869, en el § 253 se sancionó la comisión de extorsión mediante violencia o amenaza», sin exigir respecto de esta última que el mal fuera constitutivo de delito o que consistiera en una acción antijurídica (89). Esta asimetría entre extorsión y coerción

(87) *Sitzungen des Reichstags*, 1870, II. *Beratung des Entwurfes eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund*, 35. Sitzung (5 April 1870), pp. 671-672.

(88) Citado según OPPENHOFF, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 3.^a ed. (1873), p. 387.

(89) La inclusión de la «violencia» en el tipo de la extorsión simple (§ 253) como un medio comisivo distinto de la «violencia contra una persona» propia de la extorsión calificada (§ 255) se debió a una inadvertencia de los redactores del Proyecto para la Federación Alemana del Norte de 31 de diciembre de 1869, que introdujeron la violencia en el § 253 siguiendo las modificaciones experimentadas por el § 240, sin reparar en que ella ya estaba contemplada en el § 255. En otras palabras, en 1869 se cometió en el ámbito de la extorsión exactamente el error inverso al que cometiera en 1851 el legislador prusiano en el ámbito de la coerción [sobre este punto, cfr. por todos WÄCHTER, *Über die Gewalt bei der Erpressung*, en GS, 27 (1871), pp. 161 y ss.].

genérica fue inicialmente avalada por la doctrina, aduciendo que la relevancia político-criminal del elemento subjetivo de la extorsión («obtener para sí o para un tercero un provecho patrimonial antijurídico») permitía una considerable ampliación en el ámbito de los medios comisivos sin que la conducta así descrita perdiera su específico desvalor de injusto. En el ámbito del delito de coerción, en cambio, donde una concreción de los objetivos del autor se encuentra por definición descartada, el desvalor de la conducta tenía que descansar primordialmente en la antijuricidad de los medios empleados. De todas formas, la limitación de la amenaza coercitiva a la amenaza con la comisión de un crimen o simple delito era considerada como una restricción excesiva, estimándose *de lege ferenda* preferible ampliar el tipo a la amenaza con ejecutar una acción antijurídica (90).

Esta situación cambió a fines del siglo XIX. En una conocida monografía relativa la antijuricidad del delito de coerción (91), Goldschmidt adoptó también como punto de partida la asimetría existente entre amenaza extorsiva y amenaza coercitiva, pero para criticarla como una injustificada preponderancia de la protección del patrimonio por sobre la protección de los bienes personalísimos. El caso propuesto como ejemplo principal era el chantaje de carácter sexual, que debía quedar impune conforme al Código de 1871 mientras que el chantaje de carácter patrimonial recibía una considerable sanción (92). También la tesis político-criminal subyacente a la regulación del Código de 1871 fue criticada por Goldschmidt apoyándose en el material proporcionado por la codificación sajona, que expresamente distinguía entre la antijuricidad basada en el carácter ilícito del medio coercitivo empleado y la antijuricidad basada en la ilicitud del propósito coercitivo perseguido (93). El aporte original de Goldschmit consistió sin embargo en postular un nuevo supuesto fundante de la antijuricidad de la coerción, consistente en la falta de conexión entre medio y fin, aunque estos fueran en sí mismos lícitos (94). Con ello quedaba restablecida la validez político-criminal del modelo alemán de regulación de la coerción originario (no-prusiano), tal como fuera ideado por Tittmann. La propuesta de *lege ferenda* del propio Goldschmidt consistía en adoptar el art. 154 del Código penal italiano de 1889, que a su vez se remontaba a la codificación particular alemana no-prusiana, como más adelante se verá.

(90) Cfr. por todos, GEYER, *Verbrechen gegen die persönliche Freiheit*, cit., p. 577.

(91) *Die Strafbarkeit der widerrechtlichen Nötigung nach dem Reichsstrafgesetzbuch*, 1897.

(92) *Op. cit.*, pp. 4-6.

(93) *Ibidem*, pp. 14-16.

(94) *Ibidem*, pp. 23-26.

La crítica de Goldschmidt encontró inmediata aceptación en la doctrina alemana, en el sentido que los tipos de la coerción y la extorsión debían ser estructurados de modo estrictamente paralelo (95). Pero con ello no quedaba automáticamente resuelta la determinación del ámbito típico de la amenaza, como pretendía Goldschmidt. Pues al mismo tiempo que era criticada la restricción de la amenaza coercitiva (§ 240), era también objeto de dura crítica la excesiva extensión del ámbito típico de la amenaza extorsiva (§ 253). El factor detonante de esta crítica fue la aplicación jurisprudencial del delito de extorsión a los trabajadores involucrados en conflictos laborales: la amenaza con ir a huelga y/o emprender un boicót pasaron a ser sancionadas como extorsión (en grado de tentativa), no obstante que la legislación especial establecía expresamente la impunidad del ejercicio de la huelga o de otros medios semejantes de presión (96).

Inicialmente, la doctrina concentró sus esfuerzos en rebatir lo que se consideraba como el punto más débil de la jurisprudencia, a saber, considerar «antijurídico» cualquier provecho patrimonial perseguido sin tener un título legítimo para exigirlo. En contra, se hizo ver que la antijuricidad del provecho patrimonial debía ser deducida de las normas del derecho privado, atendiendo a la ilegitimidad de su adquisición (97). Esta solución implicaba una remisión a las normas de

(95) Así, ROSENFELD, «Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit», en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, BT-V, 1905, pp. 410 y 494; FRANK, «Raub und Erpressung», en *Vergleichende Darstellung... cit.*, BT-VI, 1907, p. 166; BINDING, *Lehrbuch... cit.*, pp. 85-86; el mismo, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2.^a ed. (1916, reimpresión de 1991), II-2, pp. 1018-1019.

(96) La primera sentencia de relevancia en esta materia es el fallo del Tribunal del Reich de fecha 6 de octubre de 1890 (RGSt 21,114). De la vasta literatura alemana de fines del siglo pasado y principios de este siglo sobre coerción, extorsión y conflictos laborales resultan de especial interés para la teoría de la amenaza coercitiva: MEVES, *Das strafrechtliche Privileg in §§ 152, 153 der Gewerbeordnung*, en GA 40 (1892), pp. 264 y ss.; FRANK, *Anmerkung zum Urteil des Dritten Senats des RG v. 6. Oktober 1890 (RGSt 21,114)*, en ZStW 14 (1894), pp. 392 y ss.; LÖWENFELD, *Koalitionsrecht und Strafrecht*, en *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik von Heinrich Braun*, XIV (1899), pp. 471 y ss.; HEINEMANN, *Zur Behandlung der Streikvergehen in der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung*, en *Festgabe für Richard Wilke zum 12. September 1900 (1900)*, pp. 135 y ss.; HEINE, *Koalitionsrecht und Erpressung*, en *Archiv für Soziale Gesetzgebung und Statistik*, XVII (1901), pp. ss.; FREY, *Streik und Strafrecht*, 1906, esp. pp. 73 y ss.; KÜHNE, *Der Tatbestand der Erpressung im § 253 des Reichsstrafgesetzbuches*, 1906, esp. pp. 82 y ss.; VON TISCHENDORF, *Koalitionszwang und Erpressung im gewerblichen Lohnkämpfe*, en GA 54 (1907), pp. 441 y ss.; KÖPKE, *Das Verhältnis des Streiks zur Erpressung und öffentlichen Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze*, 1910, esp. pp. 5-24.

(97) MERKEL, *Raub und Erpressung*, en VON HOLTZENDORF (ed.), *Handbuch*

la *actio quod metus causa*, cuyos requisitos eran ciertamente más estrictos que los del Código penal (98). Pero después de la entrada en vigor del Código civil alemán (1901), esta remisión debía ser efectuada al § 123 BGB, el que no sólo dejaba la cuestión sin determinar (el precepto, aún vigente, declara anulable a los actos jurídicos que han sido «antijurídicamente determinados mediante amenaza»), sino que además se encontraba deliberadamente construido tomando como modelo el tipo penal de la extorsión (99).

El giro radical de la crítica al delito de extorsión fue dado por Frank. Primero en su monografía de derecho comparado sobre los delitos de robo y extorsión (1907), y luego en la 5.^a-7.^a edición de su comentario (1908). Frank calificó explícitamente a la determinación de la antijuricidad de la amenaza como el problema central del delito de extorsión. Su propuesta de solución también marcó el futuro rumbo de la doctrina alemana. Partiendo del carácter de atentado contra la libertad del delito de extorsión, y basándose en la relatividad de la libertad como bien jurídico protegido, Frank sostuvo que sólo una restricción anormal, que excediera los parámetros usuales de pre-

des Strafrechts, III, 1874, pp. 731 y ss.; WAAG, *Was ist unter «Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen» zu verstehen?*, en GS 31 (1879), pp. 241 y ss.; FRANK, *Anmerkung... cit.*; JEHLE, *Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug*, 1905.

(98) Tanto en lo que se refiere a la naturaleza del mal amenazado (*maioris malitatis*: muerte, tormento, encadenamiento, reducción a esclavitud, violación), como a la naturaleza del efecto psíquico causado en el coaccionado (Dig. 4,2,6; *Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat*). Al respecto, cfr. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840, III, pp. 99 y ss.; REGELSBERG, *Pandekten*, 1893, I, pp. 529 y ss.; DERNBURG, *Pandekten*, 5.^a ed. (1896), I, pp. 243 y ss.; desde la perspectiva de la romanística moderna, HARTKAMP, *Der Zwang im Römischen Privatrecht*, 1971, esp. pp. 20 y ss.

(99) *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band I. Allgemeine Theil. Amtliche Ausgabe* (2.^a ed., Berlin, 1896), pp. 204-208. Siguiendo la terminología de los tratadistas del siglo XIX, los proyectos iniciales de Código Civil hablaban de «inducir antijurídicamente a alguien a manifestar una declaración de voluntad, infundiéndole un justo temor» [*Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, § 101, Allgemeiner Theil. Vorlage des Redaktors Dr. Gebhard* (1881), en SCHUBERT (ed.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil-Teil I* (1981), p. 19]. En el seno de la Comisión del Ministerio de Justicia se propuso primero sustituir la expresión «infundir un justo temor» por la fórmula «determinar mediante la fuerza (*Zwang*)», para finalmente decidirse en favor de la sola expresión «amenaza», ya que a juicio de los miembros de la Comisión resultaba injustificado exigir otros requisitos que la finalidad coercitiva de la amenaza [Primera Comisión, 28.^a sesión, de 2-12-1881, Protocolo I, pp. 199-200, en H. H. JAKOBS-SCHUBERT (eds.), *Die Beratung des Bürgerlichen Strafgesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen* (1985) *Allgemeiner Teil, I. Teilbanda*, p. 601].

sión de la voluntad ajena imperantes en el tráfico jurídico, podía ser jurídico-penalmente relevante como medio de coerción. Conforme a sus propias palabras, la amenaza es antijurídica cuando la irrogación del mal con que se amenaza lo es también en sí misma considerada, o cuando, a pesar de ser en sí misma lícita, «se encuentra fuera de una conexión natural, acorde al tráfico, con la decisión a la que el amenazado ha de ser coaccionado» (100).

La tesis de Frank fue recibida como la expresión imprecisa de un postulado en lo esencial correcto. De aquí que la doctrina posterior (1907-1917) puede ser calificada como un intento de precisar tal postulado mediante la elaboración de una o más fórmulas generales. El común denominador de todos estos intentos es la idea — tomada de Frank— que la antijuricidad de la amenaza coercitiva requiere de una concreción adicional y que ella no puede determinarse atendiendo únicamente a la antijuricidad del mal con que se amenaza, sino a la relación entre mal amenazado y condición impuesta bajo amenaza. A partir de este común denominador, las distintas propuestas difieren considerablemente entre sí. En un extremo se encuentra la postura moralizante, que ve en la infracción a las buenas costumbres el elemento definitorio de la amenaza extorsiva, ya sea en general (101) o bajo la forma específica de un acto inmoral de explotación de la situación de necesidad en que se encuentra la víctima (102). La teoría contractual llega en los hechos a los mismos resultados que la postura anterior, aunque mediante una fórmula negativa referida a derecho privado, conforme a la cual la tipicidad de la amenaza extorsiva se encuentra excluida cuando ella ha dado lugar a la celebración de un acto jurídico no susceptible de invalidación (103). En el otro extremo se sitúa el pensamiento de la relación,

(100) *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 5.^a-7.^a ed. (1908), § 253 II.2, p. 411. La idea de una «conexión natural» entre mal amenazado y condición impuesta como fundamento de exclusión de la antijuricidad de la amenaza coercitiva fue tomada por Frank de la codificación noruega (cfr. *Raub und Erpressung*, cit., p. 106).

(101) KOHLER, *Über den Begriff der Erpressung*, en GA 56 (1909), pp. 190 y ss.

(102) KOLLMANN, *Die Lehre von der Erpressung nach deutschem Recht*, 1910, esp. pp. 83-100; el mismo, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit im Sinne der Erpressung*, en ZStW 31 (1911), pp. 53 y ss.; BOERCKEL, *Das Delikt der Erpressung mit Rücksicht auf die Reform des Strafgesetzbuchs*, 1911, esp. pp. 66-74.

(103) KLEE, *Der Erpressungsbegriff auf vertragsrechtlicher Grundlage*, 1911, esp. pp. 33 y ss.; el mismo, *Zur vertragstheoretischen Konstruktion der Erpressung*, en ZStW 34 (1913), pp. 672 y ss. La remisión al derecho privado efectuada por Klee se diferencia de la efectuada originalmente por la doctrina alemana a la *actio quod metus causa* por el hecho que según Klee la invalidación del acto jurídico en razón de la coerción ejercida no es la única ni tampoco la principal norma del derecho privado que debe ser tomada en consideración. En los hechos, la teoría de Klee no es más que una adopción de la elaboración privatista de la nulidad por

que rechaza la remisión a pautas morales en el ámbito del derecho penal, y retomando una antigua fórmula de Binding afirma la anti-juricidad de la amenaza en aquellos casos en que no corresponda a la esencia del mal amenazado el evitarlo mediante la destinación del provecho patrimonial perseguido (104). Finalmente, la teoría del efecto restrictivo de la libertad, volviendo a la formulación originaria de Frank, pretende atenerse exclusivamente a la naturaleza de la amenaza para sostener la existencia de una restricción a la libertad cuando el provecho patrimonial no puede ser adquirido mediante la irrogación del mal amenazado (105).

Teniendo presente esta multiplicidad de fórmulas, no es de extrañar que los primeros trabajos de reforma global (106) del Código de 1871 hayan demostrado poca claridad en este aspecto (107). El

contrariedad a las buenas costumbres (§ 138-I BGB), especialmente bajo la forma de explotación, análoga a la usura (§ 138-II BGB).

(104) ENGELHARD, *Das Chantage-Problem im geltenden und künftigen deutschen Strafrecht*, 1912, esp. pp. 52 y ss.; el mismo, *Die Erpressung nach Vertrags- und Relationstheorie*, en ZStW 35 (1914), pp. 414 y ss.; y, *Zur Problematik des Erpressungstatbestandes*, en Frank-FS, II, 1930 (reimpresión 1969), pp. 391 y ss. Es importante remarcar que en la versión de Engelhard el pensamiento de la relación no busca afirmar un juicio de reprobabilidad, sino que se basa solamente en la vinculación de un objeto no patrimonial (evitación de un mal determinado) a la disposición patrimonial como medio de intercambio. De aquí que la fórmula de Engelhard estuviera estrictamente limitada al ámbito de la extorsión, siendo impracticable su extensión a casos de coerción no patrimonial (cfr. *Das Chantageproblem... cit.*, pp. 123 y ss. y *Zur Problematik... cit.*, p. 413).

(105) NIPPERDEY, *Grenzlínen der Erpressung durch Drohung unter besonderer Berücksichtigung der modernen Arbeitskämpfe*, 1917, esp. pp. 69 y ss.

(106) El delito de extorsión fue también objeto de un proyecto de reforma parcial, presentado al Parlamento alemán con fecha 12 de marzo de 1909. Respondiendo al marco doctrinario anterior a 1907, este proyecto se limitaba a remarcar el carácter patrimonial de la extorsión, creyendo con ello poder poner término a su utilización en el marco de los conflictos laborales (cfr. al respecto las críticas de FRANK, VON LLIENTHAL, HEINE, y BRAUWEILER, en ZStW 29 (1909), pp. 639-646, 647-656, 656-665, y 33 (1912), pp. 93-103, respectivamente).

(107) A la discusión en torno a la concreción de la antijuricidad de la amenaza extorsiva debe agregarse el debate en torno a la relevancia de la antijuricidad del fin perseguido para la punibilidad de la coerción. Para una postura minoritaria, relevante en los inicios de la vigencia del Código de 1871, la expresión «antijurídicamente» (*widerrechtlich*) del § 240 exigía la constatación de un fin ilícito, restando en consecuencia impunes a título de coerción conductas como impedir la comisión de un delito o de un suicidio o exigir el pago de una deuda, cualquiera que hubiera sido el medio comisivo empleado [cfr. BRUCK, *Zur Lehre von den Verbrechen gegen die Willensfreiheit*, 1875, esp. pp. 57-59; JOHN, *Bemerkungen zu Urteilen der Strafsenate des Reichsgerichts, I. Nötigung*, en ZStW 1 (1881), pp. 222 y ss.; ZIMMERMANN, *Zur Auslegung der §§ 240 u. 241 des deutschen St.G.B.'s*, en GS 32 (1881), pp. 600 y ss.]. Por el contrario, la doctrina mayoritaria [GEYER, *Verbrechen... cit.*, IV, p. 393; VON BURI, *Zu §§ 240, 242, 193 des St.G.B.'s*,

Anteproyecto de 1909 (108) se situó más bien en el marco doctrinario previo a la evolución desencadenada por la crítica de Frank, al poner el acento únicamente en la antijuricidad del propósito perseguido por el autor, creyendo con ello compensar suficientemente la ampliación del ámbito de la amenaza en el delito de coerción (109). Por su parte, el Contraproyecto de 1911 utilizó las expresiones «para producir un resultado contrario al Derecho» (coerción) (110) y «con el propósito de obtener (...) un provecho patrimonial contrario al derecho» (extorsión) (111), en el entendido que con ellas no se hacía referencia a una conducta contraria al derecho como objeto de la coerción, sino que se excluía la punibilidad de los casos en que el medio empleado fuera adecuado en relación al fin perseguido (112). Finalmente, el

en GS 33 (1881); OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, II, 1.^a ed. (1883), pp. 834-835; HÄLSHNER, *Das gemeine... cit.*, pp. 123-127; BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*-BT-1, 1.^a ed. (1896), p. 38; VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 8.^a ed. (1897), p. 372; VON KATTE, *Der § 240 des Strafgesetzbuches*, 1898, esp. pp. 15-34; BOLLAG, *Die Grenzen der strafbaren Nötigung*, 1900, esp. pp. 107-112; FRANK, *Das Strafgesetzbuch... cit.*, 2.^a ed. (1901), pp. 295-296], así como la jurisprudencia constante del Tribunal del Reich (RGSt 1, 5; 2, 286; 3, 179; 7, 63; 12, 194; 19, 75; 15, 138), sostuvieron que la punibilidad de la coerción sólo exigía antijuricidad del medio comisivo empleado (violencia, amenaza con un mal constitutivo de delito). Cabe señalar, eso sí, que el principal objetivo de la tesis dominante era evitar la impunidad del ejercicio arbitrario del propio derecho, restando discutida la punibilidad del impedimento de la comisión de un delito o de suicidio.

(108) «§ 240. Coerción. El que con un propósito antijurídico constriña a otro mediante violencia o amenaza a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión de hasta dos años o con multa de hasta tres mil marcos.» «§ 275. Extorsión. El que, fuera de los casos del § 274 (Robo), con el propósito de obtener para sí o para un tercero una ventaja antijurídica, obtiene de otro mediante violencia o amenaza un provecho patrimonial por la fuerza, será castigado con prisión.» [*Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Berlin 1909 (reimpresión 1990), pp. 48, 55].

(109) *Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch-Begründung*, Berlin 1909 (reimpresión 1990), pp. 673-674, 757. En el marco del delito de coerción, el acento puesto en el propósito antijurídico cumplía además la función de acoger la postura doctrinaria que exigía la antijuricidad del fin para fundamentar la punibilidad de la conducta (cfr. nota 107).

(110) «§ 277. Coerción. El que, con el propósito de producir un resultado contrario al derecho, constriñe a otro mediante violencia o amenaza a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión.» (*Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches*, Berlin 1911, p. 77).

(111) «§ 320. Extorsión. El que, con el propósito de obtener para sí o para un tercero un provecho patrimonial contrario al derecho, daña el patrimonio ajeno al constreñir a otro mediante violencia o amenaza a la celebración de un negocio jurídico, será castigado con prisión.» (*Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches*, Berlin 1911, p. 89).

(112) *Gegenentwurf... cit.*, *Begründung*, pp. 292-293, remitiéndose a la fórmula

Proyecto de la Comisión para la Reforma del Código Penal de 1913 optó por regular distintamente los delitos de coerción y extorsión. Mientras que para el primero decidió limitar el tipo a la conminación de un mal antijurídico (113), extendió el ámbito típico de la extorsión también a «la amenaza que contraviene las costumbres del recto tráfico» (114). Esta última fórmula corresponde obviamente a la versión moralizante de la tesis de Frank (115). La restringida redacción del tipo de coerción, en cambio, se explica como un intento por establecer un punto medio entre la antijuricidad del medio comisivo (Código de 1871) y la del fin perseguido (Anteproyecto de 1909) como fundamento de la punibilidad de la coerción (116). Con ello sin embargo, la Comisión no hizo otra cosa que retroceder treinta años, volviendo a la propuesta originaria de los comentaristas del Código (cfr. nota 90).

acuñada por VON LISZT [*Lehrbuch... cit.*, 14.^a-15.^a ed. (1905), p. 473] y entendiéndolo con ello dar acogida a la nueva tendencia doctrinaria en materia de la extorsión (en especial la tesis de Frank). En el marco del delito de coerción, la fundamentación del Contraproyecto se inclina también por acoger a la postura minoritaria, tal como lo hiciera el Anteproyecto (*op. cit.*, pp. 262-263).

(113) § 310. Coerción. El que mediante violencia o mediante amenaza con violencia o con otro comportamiento antijurídico constriñe a otro a una acción, tolerancia u omisión, a la que éste no se encuentra jurídicamente obligado, será castigado con prisión de hasta dos años o con multa.» [*Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission*, Berlin 1913, p. 83 (reimpresión en SCHUBERT (ed.), *Entwürfe der Strafrechtskommission zu einem Deutschen Strafgesetzbuch und zu einem Einführungsgesetz (1911-1914)*, 1990, p. 331].

(114) «§ 365. Extorsión. El que, con el propósito de obtener para sí o para un tercero un provecho patrimonial que no tenga derecho a exigir, dañe el patrimonio ajeno al constreñir a otro a una acción, tolerancia u omisión mediante violencia, amenaza con violencia o con otro comportamiento jurídico, o mediante una amenaza que contradice las costumbres del recto tráfico, será castigado con prisión.» (*Entwurf... cit.*, p. 97/345).

(115) Esta fórmula procede de una propuesta del comisionado Jöel (Sesión 174, de 21-10-1912: en SCHUBERT (ed.), *Protokolle der Kommission für die Reform des Strafgesetzbuches*, vol. III, 1990, p. 310), que logró imponerse frente a la idea de exigir antijuricidad respecto de la coacción (Engelhard) frente a la remisión a las reglas sobre validez de los actos jurídicos (v. Hippel), e incluso frente a la versión no moralizante de la tesis de Frank (Niedermayer).

(116) Su redacción proviene de una propuesta del comisionado Jöel, efectuada precisamente tomando al Anteproyecto de 1909 como modelo [SCHUBERT (ed.), *Protokolle... cit.*, sesión 183 (11-11-1912), vol. III, 1990, p. 404]. En el seno de la Comisión fue también presentada, aunque sin éxito, una propuesta que siguiendo la tesis de Goldschmidt y v. Liszt optaba por entregar a la jurisprudencia y doctrina la elaboración de los criterios determinadores de la antijuricidad, consagrando de un modo amplio la amenaza como medio comisivo (SCHUBERT (ed.), *op. cit.*, pp. 406-407).

Apartándose de sus antecesores, el Proyecto de 1919 (117) introdujo una nueva formulación para el delito de coerción, que dominó los sucesivos trabajos de reforma durante más de una década. Con una redacción ligeramente modificada, esta nueva regulación aparece en el Proyecto de Radbruch de 1922 (118) y luego en los Proyectos de 1925 (§§ 253, 254) y 1927 (§§ 279, 280) y en el Proyecto de Kahl de 1930 (§§ 279, 280). El nuevo pensamiento básico consistía en distinguir entre dos tipos de coerción: uno cuya antijuricidad se basaba en el desvalor de injusto de los medios comisivos en términos idénticos a los del Código de 1871, y otro fundado en la ilegitimidad del fin perseguido. El resultado coercitivo correspondiente al primero podía no ser en sí mismo antijurídico, sancionándose con ello la realización arbitraria del propio derecho. Por su parte, el medio comisivo correspondiente al segundo delito —denominado «coerción del honor» (*Ehrennötigung*)— no era en sí mismo necesariamente ilícito pero sí de un ámbito claramente determinado correspondiendo a la amenaza de divulgar hechos infamantes para el coaccionado. En lo que se refiere al delito de extorsión, si bien también se limitó el ámbito de la amenaza a la conminación de ciertos males específicos (119), ello no dio lugar a la separación del tipo en dos hipótesis diversas, ni tampoco se exigió que la disposición patrimonial con-

(117). «§ 312. Coerción. El que mediante violencia o mediante amenaza con violencia o con un crimen o simple delito constriñe a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión de hasta dos años o con multa. / Del mismo modo será castigado el que, mediante amenaza con una denuncia o con otra forma de perjuicio para el honor o el buen nombre, constriñe a otro a someterse a una exigencia contraria a las buenas costumbres.» (*Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, II Teil-Entwurf von 1919*, p. 70).

(118) «§ 246. Coerción. El que mediante violencia o amenaza con un crimen o simple delito constriñe a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión, ya sea que el mal conminado esté dirigido contra el propio amenazado o contra alguno de sus parientes.» / «§ 247. Coerción del honor. El que mediante amenaza con una denuncia, o con la divulgación de un hecho idóneo para hacer peligrar el buen nombre, constriñe a otro a someterse a una exigencia contraria a las buenas costumbres, será sancionado con prisión, ya sea que el mal conminado esté dirigido contra el propio amenazado o contra alguno de sus parientes.» [*Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922)*, ed. por DEHLER y E. SCHMIDT, 1952, p. 31].

(119) A saber, la «amenaza con violencia o con un crimen o simple delito» y la «amenaza con una denuncia o con otros perjuicios para el honor o el buen nombre» (Proyecto 1919, art. 370), que posteriormente pasaron a constituir el concepto general de «amenaza peligrosa» con una redacción modificada: «amenaza con violencia o con un crimen o simple delito, con una denuncia o con la revelación de un hecho idóneo para poner en peligro el buen nombre, ya sea que el mal se dirija contra el mismo amenazado o contra alguno de sus parientes» (Proyecto 1922, § 11 Nr. 7, Proyecto 1925 § 9 Nr. 7; el Proyecto 1927 sustituye la expresión «alguno de sus parientes» por la expresión «otro»: § 9 Nr. 7).

traviniera a las buenas costumbres cuando fuera extorsionada bajo amenaza de atentar contra el honor.

Esta restricción de la amenaza con hechos en sí mismos no prohibidos a la conminación de atentados contra la intimidad o el honor corresponde obviamente a la idea francesa del «chantage» como forma especial de extorsión (120) y su recepción en el marco del derecho penal alemán constituye una completa anomalía. Pues, a pesar de que Frank sugiriera en su momento la posibilidad de limitar el delito de extorsión a esta clase de amenazas (121) y de que semejante solución no careciera posteriormente de propugnadores (122), lo cierto es que la doctrina y la política criminal alemanas se mostraron contrarias tanto a la división de los delitos de extorsión y coerción en dos tipos diversos como a la restricción del ámbito de la amenazas con un mal en sí mismo lícito a ciertos comportamientos específicos. Las razones para ello eran básicamente dos. En primer lugar, que con esta técnica se dejaba en la impunidad casos no menos relevantes de amenazas coercitivas, y, en segundo término, que la restricción de la amenaza a la conminación con divulgar o denunciar hechos íntimos o infamantes no bastaba para precisar lo injusto del delito de coerción, ya que eran pensables casos en que el uso de semejante amenaza no fuera sin embargo constitutivo de una coerción o extorsión antijurídica (por ejemplo, amenazar con denunciar la comisión

(120) Art. 400-II C.p., introducido por la Ley de 13 de mayo de 1863 (acerca de su surgimiento histórico, cfr. MALVEZY, *Essai sur le crime d'extorsion de titres ou de signatures et sur le délit de chantage*, 1896, pp. 43 y ss.; BONHOME, *Du chantage*, 1905, pp. 1-29; MELLOR, *Le chantage dans les moeurs modernes et devant la loi*, 1937, pp. 171 y ss.). La idea francesa del chantaje no fue tomada sin embargo directamente del Código penal francés, sino del art. 133 del Proyecto de Código penal suizo de 1918 (cfr. *Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums. Berlin 1920. Dritter Teil: Denkschrift zu dem Entwurf von 1919*, p. 319). Por otra parte, el origen directo de la regulación del Proyecto de 1919 se encuentra en un artículo programático de EBERMAYER, Presidente de uno de los Senados del Tribunal del Reich y miembro de la comisión que elaboró el Proyecto, en el cual la diferencia de medios comisivos era vinculada a una diferencia de fines perseguidos: la persecución de fines contrarios al Derecho resultaba así punible cualquiera fuera el medio comisivo utilizado (es decir, cualquiera fuera el mal con que se amenazaba), y la persecución de fines jurídicamente irrelevantes o permitidos sólo era sancionada cuando fueran utilizados medios comisivos antijurídicos (violencia, amenaza con violencia, amenaza con males específicos: efectuar una denuncia, divulgar secretos íntimos) [*Nötigung und Erpressung im geltenden und künftigen Strafrecht*, en: *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* XIII (1919), S. 296-306].

(121) *Raub und Erpressung... cit.*, p. 107.

(122) Su más vehemente defensor fue REINHOLD, *Die Chantage*, 1902, especialmente pp. 102 y ss.

de un delito para constreñir al delincuente a reparar los daños causados) (123).

Como sea, este intento por establecer el chantaje en Alemania no logró imponerse en definitiva, volviendo a ejercer su influencia la tesis de la falta de conexión entre medio y fin como elemento fundante de lo injusto de la coerción mediante amenaza. Este punto de vista es claramente perceptible en la fase final del proceso de reforma. En virtud de una propuesta formulada por el Gobierno el 24 de junio de 1930, la comisión parlamentaria encargada de la revisión del Proyecto de 1927 decidió refundir los parágrafos destinados a la coerción genérica y al chantaje en una sola disposición (124), ampliando el concepto legal de «amenaza peligrosa» procedente del Proyecto Radbruch de 1922 a...

«... una amenaza con violencia, con un crimen o simple delito o con otro mal sensible, cuya conminación o irrogación para obtener el fin perseguido por el amenazador infringe las buenas costumbres, ya sea que el mal conminado deba alcanzar al amenazado mismo o a otra persona» (125).

(123) STÄMPFLI, *Erpressung und Chantage nach deutschem, französischem und schweizerischem Strafrecht*, 1903, esp. pp. 70-71 y 149 y ss.; MITTERMAIER, *Raub und Erpressung*, en ASCHROTT-VON LISZT (eds.), *die Reform des Stragesetzbuchs*, III, BT, 1910, pp. 380-381; KOLLMANN, *Die Lehre... cit.*, pp. 191 y ss.; BOERCKEL, *Das Delikt... cit.*, pp. 70-74; KLEE, *Der Erpressungsbegriff... cit.*, p. 116; ENGELHARD, *Das Chantage-Problem... cit.*, pp. 110 y ss.; FECHNER, *Der Begriff der Erpressung in einem neuen Gesetz*, 1912, p. 19; SCHINK, *Der Erpressungsbegriff in eine neuen Strafgesetzbuche*, 1915, pp. 21 y ss. Para la crítica específica del Proyecto de 1927, cfr. BECHTEL, *Die Erpressung durch Androhung rechtmäßiger Handlungen*, 1927, pp. 67 y ss.; ZAPP, *Zur Gestaltung des Erpressungstabestandes*, 1927, pp. 41-43, y, ante todo, ENGELHARD, *Zur Problematik... cit.*, pp. 414 y ss.

(124) § 279. Coerción. El que mediante violencia o amenaza peligrosa constriñe a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión. / La tentativa es punible.» (*Protokolle des Rechtsausschusses über den Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs*, Reichstag. IV. Wahlperiode. 21. Ausschß, 142. Sitzung, pp. 7-8).

(125) *Protokolle... cit.*, *loc. cit.* La idea central de esta propuesta consistió en utilizar la definición de «amenaza peligrosa» como común denominador para la mayoría de los tipos de coerción contra personas individuales. Eso sí, no resulta nada claro hasta dónde sus redactores tuvieron plena consciencia de la enorme ampliación del ámbito de la amenaza coercitiva que ello implicaba. En su fundamentación se hace ver que el fenómeno característico de la coerción del honor —aplicación de un medio en sí mismo permitido para la persecución de un fin contrario a las buenas costumbres— ya se encuentra incorporado en una cláusula general como la propuesta, razón por la cual es posible prescindir de su tipificación como delito autónomo (*Protokolle... cit.*, *loc. cit.*). Y luego se agrega que si bien es cierto que esta modificación amplía «en pequeña medida» el ámbito típico de los demás tipos de coerción, ello corresponde a supuestos que en todo caso se han revelado

Esta nueva formulación —ahora común a las amenazas extorsiva y coercitiva— fue mantenida también en los trabajos de reforma realizados con posterioridad al advenimiento del Nacionalsocialismo, en el seno de la Comisión para el Derecho Penal presidida por el Ministro de Justicia Gürtner. Tanto el Anteproyecto de 1933 (§§ 9 núm. 7, 277) como los Proyectos de 1933/34 (§§ 298, 357 núm. 2), de diciembre de 1936 (§§ 88 núm. 1, 430) y de diciembre de 1939 (§§ 88 núm. 1, 435) se remitieron a la falta de conexión entre el mal con que se amenaza y el fin perseguido para delimitar lo injusto de la amenaza coercitiva (126). Con esta consagración legislativa de la teoría de la falta de conexión entre medio y fin, la actividad reformatoria nacionalsocialista dio definitivamente por superadas todas las insuficiencias que habían aquejado a los Proyectos en materia de coacción y extorsión desde 1909 hasta 1930 (127).

El delito de coacción no fue sin embargo modificado en el marco de una reforma global del Código de 1871, pues ésta nunca llegó a concretarse bajo el régimen nacionalsocialista. Su modificación se produjo con ocasión de la promulgación del Reglamento para la Ade-cuación del Derecho penal del Imperio y de los Territorios Imperiales de los Alpes y del Danubio, de 29 de mayo de 1943, que le dio la siguiente redacción al precepto (128):

como dignos de ser sancionados (*ibid.*). Las impresión de que esta modificación se basó en una inadvertencia se ve reafirmada por la labor previa de la comisión. Pues el origen inmediato de esta fórmula obedeció al propósito precisamente inverso, de restringir el sentido de la enumeración taxativa de males susceptibles de conminación. En vez de servir como sustituto de la amenaza con una denuncia o con un atentado contra el honor, la fórmula en cuestión había sido antes propuesta para los delitos de resistencia de la fuerza pública con la finalidad de precisar que incluso las «amenazas peligrosas» —esto es, las taxativamente señaladas por el Proyecto de 1927— debían cumplir con el requisito de consistir en un «anuncio de un mal que infringe las buenas costumbres» (*Protokolle... cit.*, Reichstag. IV. Wahlperiode. 21. Ausschß, 37. Sitzung, 31-1-1929, pp. 2-3).

(126) Abandonándose eso si a partir del Proyecto 1933/34 la denominación de «amenaza peligrosa», y reformulándose la definición legal de amenaza del siguiente modo: «amenaza con violencia o con un mal sensible, cuando contraviene a las buenas costumbres conminar la violencia o el mal para el fin perseguido» [*Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches (Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission, 1. Lesung 1933/34)*, p. 80, en: SCHUBERT-REGGE, *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechtes, II. Abteilung, NS-Zeit*, I. Band, 1. Halbband, 1989, p. 143]. Esta variación se debió a una proposición efectuada por MEZGER en la Sesión núm. 42 (14-9-1934) de la Comisión para el Derecho penal (cfr. SCHUBERT-REGGE, *op. cit.*, II-2, pp. 448-449, 762 y 789).

(127) Cfr. RIETSCH, *Angriffe auf die Freiheit*, en GÜRTNER, *Das kommende deutsche Strafrecht*, 2.^a ed. (1936), pp. 421-422; como también la fundamentación del Proyecto de diciembre de 1936 en: SCHUBERT-REGGE, *op. cit.*, I-1, pp. 80 y 262.

(128) *Reichsgesetzblatt*, 1943, Teil I, p. 341 (Nr. 57, Berlin den 1. Juni 1943). Mediante el artículo 3 del Reglamento para la ejecución de estas disposiciones,

«§ 240

(1) El que mediante violencia o amenaza con un mal sensible antijurídicamente constriñe a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado por coerción con prisión o con multa, en los casos especialmente graves, con prisión correccional o con prisión no inferior a seis meses.

(2) El hecho es antijurídico si la aplicación de la violencia o la irrogación del mal en relación con el fin perseguido contradice el sano sentimiento popular.

(3) La tentativa es punible.»

En la breve exposición de motivos se aduce como fundamento de esta reforma la necesidad de adecuar el derecho penal alemán y austriaco. Esto puede en cierta medida explicar el hecho de haberse remediado la asimetría entre extorsión y coerción, ya que ambos delitos constituían uno sólo en el derecho penal austriaco de la época. También la ampliación del ámbito de la amenaza coercitiva pudo haberse inspirado en el derecho austriaco, que no exigía que el mal amenazado fuera constitutivo de delito (129). Pero tanto la conservación de la coerción y la extorsión como dos tipos paralelos, como asimismo la extraordinaria amplitud del ámbito asignado a la amenaza, demuestran que el propósito legislativo consistió más bien en darle a la coerción del § 240 la misma estructura que la extorsión del § 253 C.p. alemán, que en homogeneizar las legislaciones alemana y austriaca en esta materia. En esto, el reglamento de 29 de mayo de 1943 no hizo más que seguir las directrices del Proyecto de 1939 (130).

también de fecha 29 de mayo de 1943, se extendió la nueva redacción del delito de coerción al tipo de la extorsión simple (§ 253 C.p.).

(129) Así, SCHÖNKE, *Die Änderungen des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts durch die novellen vom 29. Mai 1943*, en: *Deutsches Recht*, 13 (1943), pp. 726-727.

(130) El origen inmediato de esta reforma se encuentra en un artículo programático de FREISLER, Secretario de Estado del Ministerio de Justicia, quien después de comparar la regulación de la coerción en los Códigos penales alemán y austriaco propone la regulación del Proyecto de diciembre de 1939 como la fórmula óptima para la fusión de ambos (*ein Reich - ein Recht! Gedanken zur VErשמelzung des ostmärkischdeutschen und altreichsdeutschen Strafrechts*, en *DJ* 1941, pp. 478 y ss.). En un punto sin embargo el Reglamento de 1943 difiere diametralmente del Proyecto de 1939: mientras que éste visualiza la relación medio-fin considerando a la amenaza y al propósito perseguido, el Reglamento de 1943 toma en consideración la irrogación del mal amenazado y el propósito coercitivo. Según KLEE, esta divergencia se explicaría en parte por la inclusión del uso de violencia en la cláusula de antijuricidad y en parte también por una mera inadvertencia del legislador [*Nötigung und Erpressung*, en: *Deutsches Strafrecht N.F.* 10 (1943), p. 130].

Desde otra perspectiva, Callies ha pretendido explicar la reforma del § 240 como un producto típico de la tendencia nacionalsocialista a sustituir la técnica de la tipificación por la remisión a cláusulas generales de punibilidad (131). Esta tesis confunde sin embargo tres aspectos completamente diversos de la regulación introducida por el Reglamento de 1943.

Un primer aspecto es el relativo a la ampliación del ámbito de la amenaza coercitiva a la conminación de cualquier mal sensible (§ 240-I). En este punto, el Reglamento de 1943 no respondió a una orientación específicamente nacionalsocialista, sino que simplemente volvió al modelo alemán originario de regulación de la coerción, elaborado por Tittmann, consagrado por la mayoría de los Códigos penales particulares, defendido por Goldschmidt a fines del siglo XIX y adoptado por los primeros proyectos de reforma del siglo XX. Por lo demás, respecto del delito de extorsión, la exigencia de un «mal sensible» constituye un elemento delimitador del tipo, representando por lo tanto un avance en la precisión de la conducta prohibida en comparación con la regulación del Código de 1871 (132).

La remisión de la concreción de lo injusto de la coerción mediante amenaza a la aplicación de algún principio general de la antijuricidad implica ciertamente un foco de tensión con el principio liberal del *nullum crimen sine lege (certa)*. Pero tampoco esta tensión es adjudicable únicamente a un pensamiento jurídico totalitario: ella se encuentra presente desde los inicios mismos de la idea de la antijuricidad material, y concretamente en el ámbito de la coerción, desde que Frank aludiera a la falta de conexión entre medio y fin como parámetro de concreción de la antijuricidad de la amenaza extorsiva. Tampoco debe perderse de vista que en el ámbito del delito de extorsión, la inclusión de una cláusula general de reprobabilidad constituye otro elemento de concreción de lo injusto en comparación con el Código de 1871, que por lo demás fuera propugnado por la doctrina y el Proyecto de 1913, imponiéndose en los trabajos de reforma al final de la República de Weimar.

Es pues tan sólo la redacción concreta dada a la cláusula de antijuricidad (§ 240-II), lo que evidencia la impronta del pensamiento nacionalsocialista. Al reiterar la fórmula acuñada por la Ley de 28 de junio de 1935, la sustitución de la contravención a las «buenas costumbres» por la contrariedad al «sano sentimiento popular» incorpora expresamente al ámbito de la coerción la retórica del totali-

(131) CALLIES, *er strafrechtliche Nötigungstatbestand*, NJW 1985, pp. 1506 y ss. (1507); con posterioridad, *Sitzdemonstrationen und strafbare Nötigung in verfassungsrechtlicher Sicht*, NStZ 1987, pp. 209 y ss (210).

(132) Así, MEZGER, *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*, 3.ª ed. (1943), p. 297; SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2.ª ed. (1944), pp. 496 y 535.

tarismo nazi. Aun así, no resulta claro hasta dónde este cambio tuvo efectivamente por objeto una transformación material del contenido de la cláusula en cuestión (133). Incluso aquí resulta, pues, discutible la tesis de Callies (134).

Así se entiende por lo demás que una vez terminada la guerra la 3.^a Ley de Modificación del Derecho penal, de 4 de agosto de 1953, mantuviera intactos los párrafos I y III del § 240, sustituyendo tan sólo la fórmula del párrafo II por la siguiente cláusula de reprobabilidad:

«§ 240. (...) (2) El hecho es antijurídico, cuando la aplicación de la violencia o la amenaza del mal resulta reprobable en relación con el fin perseguido» (135).

Con posterioridad a esta reforma, el § 240 sólo ha experimentado una modificación referida a la penalidad asignada al delito de coerción (136). En su redacción de 1953, tanto el tipo objetivo (§ 240-I) como la cláusula de reprobabilidad (§ 240-II) se mantienen vigentes hasta el día de hoy (137).

(133) En su escrito programático, FREISLER da a entender que la expresión «sano sentimiento popular» no es otra cosa que la expresión «buenas costumbres» en una nueva terminología (*Ein Reich... cit.*, p. 493). Conforme también KLEE, *Nötigung... cit.*, pp. 130-131.

(134) Conforme, FABRICIUS, *op. cit.*, pp. 134-135.

(135) *Bundesgesetzblatt*, I, p. 735.

(136) Primera Ley de Reforma del Derecho Penal, de 25 de junio de 1969 (BGBl, I, 645), que estableció la pena privativa de libertad de hasta tres años o multa equivalente, y, para los casos especialmente graves, privación de libertad de seis meses a cinco años.

(137) Lo que de ningún modo significa que haya que considerarlos como la palabra definitiva de la cultura jurídica alemana en materia del delito de coerción. Desde la objeción que en 1954 formulara HELMUTH MAYER contra la redacción del § 240, poniendo en duda su constitucionalidad [*Die Gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, en *Materialen zur Strafrechtsreform*, I, 1954, pp. 259 y ss. (268-271)], el tratamiento del delito de coerción ha constituido un auténtico quebradero de cabeza para la doctrina, jurisprudencia y política legislativa alemanas. Así por ejemplo, al interior de la Gran Comisión para el Derecho Penal se formularon no menos de cinco propuestas diversas de regulación (incluyendo una de Welzel, que volvía a la regulación de Radbruch), terminando por prevalecer una fórmula semejante al actual § 240, pero que limitaba el medio comisivo de la amenaza, nuevamente denomina «amenaza peligrosa», mediante el establecimiento de un catálogo taxativo de males (cfr. *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, vol. 5, apéndice B, vol. 6, pp. 271 y ss., vol. 7, pp. 4 y ss.; *Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959-I*, §§ 176, 177, pp. 51-52; *Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959-II*, §§ 11 núm. 7, 170, 171, pp. 25, 50; *Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) E 1960*, §§ 11 núm. 7, 170, 171, pp. 113, 287-289; *Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) E 1962*, §§ 11 núm. 7, 170, 171, pp. 120, 309, 340). El Proyecto Alternativo, por el contrario, optó por darle al precepto una nueva redacción, estableciendo un tipo amplio

3.2. *La codificación austriaca*

Los primeros textos de la codificación austriaca no conocieron el delito de coerción. Como ya se dijo, la Ley general sobre crímenes y sus penas (Josefina) de 1787 consagró por primera vez en la historia del derecho penal la clase de los delitos contra la libertad como categoría sistemática de la Parte Especial, pero sin incluir dentro de ella un tipo de injusto para la coerción. Por su parte, el Código penal de 1803 incluso retrocedió a los criterios del derecho común, al prescindir de la innovación de su antecesor y considerar a los delitos de robo de hombre, restricción ilegítima de la libertad y rapto como supuestos de «violencia pública», junto a los delitos de atentado a

de coerción junto a una detallada regulación de los supuestos de exclusión de lo injusto, aplicando aquí la teoría de los principios elaborada por Roxin [Cfr. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband*, 1970, §§ 116, 117, pp. 10, 63-67; ROXIN, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*, JuS 1964, pp. 371 y ss.; SHÜNEMANN, *Die Freiheitsdelikte im künftigen Strafrecht*, MschrKrim 53 (1970), pp. 250 y ss.]. A partir de la década de los sesenta, al debate centrado en la delimitación de lo injusto de la amenaza coercitiva se ha agregado el debate en torno al nuevo concepto amplísimo de violencia propuesto por Knodel en 1962 (*Der Begriff der Gewalt im Strafrecht*, especialmente pp. 59 y ss.) y acogido prontamente por la jurisprudencia [cfr. especialmente BayObLGst 13 (1963), 81 y ss.; BGHSt 23 (1969), 43 y ss.], en contra de un sector importante de la doctrina (para una exposición de conjunto, cfr. BLEI, *Die Auflösung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs*, JA 1970, pp. 19 y ss., 77 y ss., 141 y ss.; MÜLLER DIETZ, *Zur Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffes*, GA 1974, pp. 33 y ss.; KELLER, *Die neue Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffes in der Rechtprechung*, JuS 1984, 109 y ss.; y SCHÄFER, *Leipziger Kommentar*, 10.^a ed. (1989), V, § 240 Rdn. 5-24). De aquí que en las propuestas de reforma más recientes se ponga el acento en la regulación de la violencia. Así por ejemplo, según las recomendaciones formuladas en 1990 por la Comisión sobre la Violencia, se debería limitar el concepto de violencia en el § 240 a la «violencia física», pero al mismo tiempo ampliar el tipo introduciendo como nuevo medio comisivo el uso de «fuerza psíquica de parecida gravedad» (cfr. KREY, *die Strafrechtliche und Strafprozessuale Reformvorschläge der Gewaltkommission*, 1991, pp. 21 y ss.). La moción presentada el 9 de febrero de 1993 por el Estado de la Baja Sajonia en el Consejo Federal sigue la dirección exactamente opuesta, al introducir una definición genérica de violencia mediante la cual se limita su alcance a aquella «fuerza que es ejercida recaendo sobre el cuerpo de otra persona o mediante privación de libertad (de movimientos)» (*Gesetzesantrag des Landes Niedersachsen-Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs und zur Reform des § 240 des Strafgesetzbuchs*, Drucksache 89/93). La fundamentación de esta última propuesta puede verse en *Strafrecht-ultima ratio. Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts*, Baden-Baden 1992, pp. 65-74. Para una visión general de las propuestas de reforma en materia del delito de coerción, cfr. DE WITH, *Von der Notwendigkeit, den Nötigungsparagrafen zu reformieren*, en: DIEKWISCH-WOLFGRAMM (eds.), *Recht und Pflicht*, 1992, pp. 129 y ss.

la autoridad y perturbación violenta de la posesión inmueble (Primera Parte, Capítulo IX, §§ 70-82).

El vacío que producía en el sistema la inexistencia de un tipo de coerción, aumentado por el hecho de que el derecho austríaco tampoco conocía el delito de extorsión, vino a ser parcialmente suplido con la promulgación del Decreto de la Cancillería Imperial de 19 de junio de 1835, del siguiente tenor:

«§ 1. El que directa o indirectamente, por escrito o verbalmente, o de otro modo, con o sin expresión de su nombre, amenace con asesinato, heridas o lesiones graves, emprisionamiento, destrucción de represas o con otra clase de daños graves a la propiedad mueble o inmueble, para obtener del amenazado una prestación u omisión por la fuerza, comete el crimen de violencia pública, en tanto el hecho no constituya un delito de conformidad con las disposiciones de la primera parte del Código penal, y siempre que la amenaza sea apta para infundir en el amenazado fundado temor atendiendo a las circunstancias y a su constitución personal sin distinguir si el mal se encuentra dirigido contra el mismo amenazado, contra su familia, parientes u otra persona situada bajo su protección, ni tampoco si la violencia o la amenaza ha tenido algún resultado o no.

§ 2. El mismo delito comete el que, con el propósito de atemorizar e intranquilizar personas, comunas o comarcas, aplica las amenazas descritas en el párrafo precedente y aptas para la producción de fundados temores del modo ahí señalado.

§ 3. La pena será presidio o presidio grave de seis meses a un año. Concurriendo circunstancias agravantes, esto es, si se ha amenazado con asesinato o con incendio, si la amenaza ha sido reiterada, si el daño en la propiedad amenazado sobrepasa el monto de mil florines o si el daño que provendría de la acción u omisión obtenida por la fuerza sobrepasa el monto de trescientos florines, o si la amenaza fuera dirigida contra una autoridad en razón de su cargo o contra comunas o comarcas, la pena será de presidio grave de uno a cinco años.

§ 4. Si la amenaza constituye el principio inmediato o la tentativa de otro delito, se aplicarán también las penas impuestas a este delito o a su tentativa» (138).

La consideración de estas conductas como supuestos de una misma figura de injusto demuestra naturalmente la influencia del derecho francés. Incluso la consideración francesa de la amenaza como punición de una tentativa remota del mal conminado puede advertirse

(138) Citado según KOPPEL, *Versuch einer Erklärung der Allerhöchsten EntschlieÙung vom 19. Juni 1835, über die als Verbrechen strafbaren Drohungen*, en *Zeitschrift für österreichische Rechtgelehrsamkeit und politische Gesetzkinde*, 1836-II, pp. 245 y ss. (246-247).

en el § 4, dedicado a solucionar el posible concurso entre el delito de amenaza y el delito amenazado. Quizás sea ésta también la razón de la estrechez con que se encuentra regulado el requisito del mal amenazado, mediante un catálogo nominativo y taxativo de delitos. Tal como lo sugiriera el primer comentarista de estas disposiciones (139), la exclusión de la amenaza con cometer otros delitos podría deberse al hecho de que por regla general el éxito de la comisión de un delito depende de que el plan del autor no sea conocido con anterioridad por el ofendido. Desde esta perspectiva, es obvio que sólo aquellos delitos cuya realización no requiere de engaño o clandestinidad pueden ser amenazados sin que el mismo hecho de la amenaza no represente un obstáculo para el plan criminal del amenazador.

No obstante lo anterior, en el Decreto de 19 de junio de 1835 es evidente un cierto reconocimiento de la idea de la coerción, a esa fecha ya difundida prácticamente en todos los proyectos de Código penal de los estados particulares alemanes. En ese sentido apuntan tanto la equiparación de todas las formas de exteriorización de la amenaza, como asimismo la irrelevancia del destinatario del mal con que se amenaza. Pero la expresión más clara de este reconocimiento se encuentra obviamente en la distinción entre la amenaza meramente intimidatoria (§ 2) y la amenaza coercitiva (§ 1). También la fórmula utilizada para describir esta última clase de amenazas —«para obtener por la fuerza (*erzwingen*) una prestación (*Leistung*) u omisión»— se encuentra estrechamente emparentada con la fórmula alemana, pese a sus diferencias de detalle.

Cualquiera que hayan sido los orígenes de este nuevo caso de «violencia pública», lo cierto es que la doctrina austríaca lo interpretó como una figura equivalente a los delitos de amenaza (simple), coerción y extorsión (mediante amenaza) del derecho alemán, e incluso fundamentó la punibilidad de la amenaza coercitiva en la teoría del *crimen vis* de Wächter, considerándola directamente como ejercicio *vis compulsiva* (140). De aquí que en el proceso de revisión del Código de 1803 resultara obvia la fusión de estos preceptos con el modelo alemán de la coerción.

Un buen ejemplo de ello se encuentra en el Proyecto de Frühwald de 1847, que reunía en un mismo tipo de delito el ejercicio de violencia o la formulación de amenazas cometidos para obtener por la

(139) KOPPEL, *op. cit.*, p. 254.

(140) Cfr. además del comentario de KOPPEL ya citado, WASER, *Beytrag zur Erläuterung der a.h. Entschließung vom. 19. Juny 1835 über das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeiten durch gefährliche Drohungen in fortleufender Vergleichung mit dem Verbrechen des Raubes*, en: *Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde*, 1840-II, pp. 388 y ss.; y GLASER, *Ueber strafbare Drohungen... cit.*, pp. 146-147.

fuerza una prestación, denominándolo «coerción» (*Nöthigung*), ubicándolo dentro del apartado dedicado a «restricciones no autorizadas a la libertad personal» (Capítulo XXII) y distinguiéndolo así del delito de extorsión, regulado junto al robo (141).

Mucho más conservador resultó en definitiva el Código de 1852, que deliberadamente no quiso rebasar el marco de una actualización parcial del Código de 1803, manteniendo su estructura. Por tal razón, las disposiciones del Decreto de 1835 fueron incorporadas como un caso más de «violencia pública» en los siguientes términos:

«§ 98

m) *Mediante extorsión*

Duodécimo caso. Incurrir en el crimen de violencia pública mediante extorsión, el que

a) haga violencia real a una persona, para constreñirla a una prestación, tolerancia u omisión, en tanto su acción no constituya un crimen sancionado más severamente.

Bajo el mismo requisito comete también este crimen aquel que

b) directa o indirectamente por escrito o verbalmente, o de otro modo, con o sin expresión de su nombre, amenace a alguien con un atentado al cuerpo, a la libertad, al honor o a la propiedad, con el propósito de forzarlo a una prestación, tolerancia u omisión, siempre que la amenaza sea apta para infundir en el amenazado fundado temor atendiendo a las circunstancias y a su constitución personal, o a la importancia del mal amenazado, sin distinguir si el mencionado mal se encuentra dirigido contra el mismo amenazado, contra su familia

(141) «§ 260. Coerción. El que haga violencia a una persona, o de cualquier modo amenace con la comisión de un crimen o de otra acción antijurídica, para forzarlo a una prestación u omisión, comete un crimen, en tanto el hecho no sea punible conforme a otra disposición de esta ley, y siempre que la amenaza sea apta para infundir en el amenazado fundado temor atendiendo a las circunstancias y a su constitución personal, sin distinguir si el mal se encuentra dirigido contra el mismo amenazado, contra su familia, parientes u otra persona bajo su protección, ni tampoco si la violencia o la amenaza ha tenido algún efecto. / § 261. La pena será de prisión mayor de cinco a diez años, si se hubieran ejercido violencias. Si sólo se ha incurrido en amenazas, la pena será de prisión de hasta cinco años, cuando se amenace con asesinato o incendio o si la amenaza es reiterada, o cuando el daño a la propiedad amenazado exceda de mil florines o el perjuicio proveniente de la prestación u omisión concierne a la intangibilidad corporal o exceda de trescientos florines, o cuando la amenaza sea dirigida contra una autoridad en razón de su cargo o contra comunas o comarcas; en los demás casos, la pena de prisión de seis meses a un año.» (*Entwurf eines Gesetzes über Verbrechen und deren Bestrafung für das Kaiserthum Oesterreich, bearbeitet von Wilhelm Theodor Frühwald*, Wien 1849, p. 75). Conforme a las anotaciones del propio Frühwald, los §§ 260-261 se basaban en el Decreto de 1835 y en los Códigos penales de Sajonia, Württemberg, Braunschweig, Hannover, Hessen y Baden (*op. cit.*, p. 122, nota 217).

y parientes u otra persona situada bajo su protección, ni tampoco si la violencia o la amenaza ha tenido algún resultado o no.

§ 99.

n) mediante amenaza peligrosa

Decimotercer caso. Comete el crimen de violencia pública mediante amenaza peligrosa el que, con el solo propósito de atemorizar e intranquilizar individuos, comunas o comarcas, use de las amenazas descritas en el § 98 y aptas para la producción de fundados temores del modo ahí señalado.

§ 100

Pena de los crímenes precedentes

La pena de los dos crímenes que anteceden, señalados en los §§ 98 y 99, será de presidio grave de seis meses a un año.

Concurriendo circunstancias agravantes, en especial si en virtud de la violencia o amenaza el ofendido ha sido sometido a un estado doloroso por largo tiempo; —si se ha amenazado con asesinato o con incendio—; si el daño en la propiedad con que se ha amenazado sobrepasa el monto de mil florines, o si el daño que provendría de la prestación u omisión obtenida por la fuerza sobrepasa el monto de trescientos florines; —o si la amenaza fuera dirigida contra comunas o comarcas, la pena será de presidio grave de uno a cinco años» (142).

Como es evidente, el § 98 reúne la coerción mediante amenaza proveniente del Decreto de 1835 —letra b)— con una hipótesis de coerción violenta tomada de la codificación alemana —letra a)—, complemento necesario de la primera para configurar en toda su plenitud el tipo de coerción, tal como lo exigían las directrices del modelo alemán. La estructura de injusto de ambas hipótesis es idéntica, correspondiendo también a la orientación legislativa dominante en la codificación alemana en esa época. Tal como se encarga de remarcarlo la última oración del § 98-b), se trata de un delito de mera actividad, para cuya consumación es irrelevante que acaezca o no el resultado coercitivo.

No obstante, el Código austriaco de 1852 se aparta de la codificación alemana en un aspecto de la mayor importancia, como es el de omitir la consagración de un tipo especial para la extorsión entre los delitos contra la propiedad o el patrimonio. El § 98, sancionaba bajo la denominación de «extorsión» (*Erpressung*) indistintamente tanto la coerción de carácter patrimonial o extorsión en su sentido propio como la coerción genérica. Esta anomalía originó tal número

(142) Citado según FRÜHWALD, *Handbuch des österreichischen Strafgesetzes über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen*, 3.^a ed. (1855), pp. 119-122.

de problemas durante el lapso de más de un siglo en que esta disposición estuvo en vigor, que un conocido autor llegó a calificar al § 98 de «auténtica cruz para la aplicación de la ley» (143).

El más discutido de estos problemas consistía en la interpretación del término «prestación» (*Leistung*), que el texto legal utilizaba para designar el objeto de la coerción alternativo a la «tolerancia u omisión». Una postura extrema sostenía que por prestación debía entenderse sólo un acto de disposición patrimonial, restringiendo con ello el ámbito típico a la extorsión en sentido propio (144). Otra postura más moderada, instaurada por Glaser y seguida por un sector importante de la doctrina y unánimemente por la jurisprudencia del siglo pasado, exigía que el comportamiento constreñido tuviera alguna relevancia jurídica, aunque fuera de naturaleza extrapatrimonial (145). El principal argumento de esta postura consistía en la necesidad de precisar los contornos del tipo, que de otro modo abarcaría prácticamente todos los ámbitos de la vida social. La postura que terminó en definitiva por imponerse en la doctrina consistió sin embargo en interpretar el término «prestación» directamente como una expresión equivalente a «acción» (*Handlung*) (146). En apoyo de esta tesis se invocaba el carácter de coerción genérica del § 98 C.p. 1852 y el texto del Decreto de 1835, que utilizaba indistintamente los términos «prestación» (§ 1) y «acción» (§ 3). Por otra parte, se objetaba lo inseguro de la distinción entre comportamientos jurídicamente relevantes e irrelevantes, y se hacía ver su superfluidad, ya que la necesaria concreción del tipo de injusto de la coerción sólo podía efectuarse desde la perspectiva de una consideración global de la antijuricidad.

Íntimamente vinculado con el problema anterior se encontraba la cuestión de si el § 98 abarcaba también la coerción constitutiva de realización arbitraria del propio derecho, o si requería que el coaccionador no tuviera derecho a exigir del coaccionado la prestación u omisión a que lo constreñía. Éste es un punto que el derecho alemán resolvía expresamente en sentido negativo, tratándose del delito de extorsión, y tácitamente en sentido afirmativo, tratándose del delito de coerción. La fusión de ambos delitos en un solo tipo hacía sin

(143) FINGER, *Das Strafrecht*, II, 3.^a ed. (1914), p. 215.

(144) FRÜHWALD, *Handbuch... cit.*, pp. 120-121.

(145) GLASER, *op. cit.*, pp. 167 y ss.; LAMMASCH, *Grundriss des Österreichischen Strafrechts*, 4.^a ed. (1911), p. 81. Una exposición detallada de la jurisprudencia puede verse en FINGER, *op. cit.*, pp. 220-226 (nota 221).

(146) Así HERBST, *Handbuch des allgemeinen österreichischen Strafrechtes*, I, 1.^a ed. (1855), p. 205; JANKA-KALLINA, *Das österreichische Strafrecht*, 4.^a ed. (1902), pp. 212-213; STOOB, *Lehrbuchs des Österreichischen Strafrechts*, 2.^a ed. (1913), pp. 303, 306-307; FINGER, *op. cit.*, pp. 217, 219, 226-227; ALTMANN-JACOB, *Kommentar zum Österreichischen Strafrecht*, I, 1928, pp. 287-288; RITTLER, *Lehrburch des Österreichischen Strafrechts*, II, 1962, pp. 66-67.

embargo insoluble esta cuestión, como lo demuestra el hecho de que en esta materia las opiniones discrepantes se mantuvieran durante toda la vigencia del precepto, sin que ninguna se impusiera en definitiva (147).

Otro importante aspecto que distinguía al Código penal de 1852 frente al Código penal alemán de 1871 era la mayor amplitud otorgada a la amenaza como medio comisivo de la coerción. La coerción austríaca sólo exigía que el mal con que se amenazaba implicara un perjuicio para el cuerpo, la libertad, el honor o la propiedad, sin que tuviera que revestir la calidad de un delito. Que esta mayor amplitud se debió a una decisión deliberada del legislador austríaco, congruente con la asunción de la idea de la coerción, lo demuestra el hecho de que esta regulación tuvo el carácter de una ampliación del margen típico dado a las amenazas por el Decreto de 1835. Con todo, parte la doctrina austríaca exigió que el mal amenazado fuera en sí mismo un hecho antijurídico, excluyendo con ello la amenaza con hacer uso de una facultad reconocida por el Derecho, aunque en su virtud se irrogara un perjuicio al honor, libertad o patrimonio del amenazado (148). El otro sector de la doctrina acogió sin embargo el desarrollo experimentado por la amenaza extorsiva en la doctrina alemana, inclinándose por la teoría de la relación (149).

Este progresivo acercamiento de la doctrina austríaca a la doctrina alemana es precisamente el hilo conductor del proceso de reforma de las disposiciones relativas al delito de coerción.

En una primera etapa, la reforma se dirigió a solucionar los aspectos más problemáticos de la regulación del Código de 1852, manteniendo sin embargo la idea central de regular conjuntamente la extorsión y la coerción genérica. Así, el Proyecto de Hye de 1863 distinguía conceptualmente entre extorsión y amenaza según la naturaleza pecuniaria o extrapatrimonial de su objeto, pero sin asignarle mayor relevancia a tal distinción; aquí, la determinación de la pena aplicable dependía exclusivamente del medio comisivo empleado, es decir, si violencia o amenazas, e incluyendo expresamente dentro de estas últimas a la amenaza con denunciar o difundir hechos infamantes (150). Por su parte, el Proyecto de 1867 trasladó la extorsión

(147) En favor de la admisión de la realización arbitraria del propio derecho: JANKA-KALLINA, *op. cit.*, p. 213; STOOB, *op. cit.*, pp. 306-307; FINGER, *op. cit.*, pp. 225-226. En contra: GLASER, *op. cit.*, pp. 174 y ss.; LAMMASCH, *op. cit.*, p. 82; RITTLER, *op. cit.*, pp. 69-70. En lo que respecta a la jurisprudencia, ésta mantuvo la postura negativa hasta 1938, fecha en la que se inclinó por la postura afirmativa.

(148) GLASER, *op. cit.*, pp. 196 y ss.; STOOB, *op. cit.*, pp. 213-214; ALTMANN-JAKOB, *op. cit.*, p. 290; con matices, LAMMASCH, *op. cit.*, pp. 83-84.

(149) JANKA-KALLINA, *op. cit.*, pp. 213-214; FINGER, *op. cit.*, pp. 234-235; RITTLER, *op. cit.*, pp. 71-72.

(150) «§ 240. *Crímenes de extorsión y coerción.* Si, fuera del caso del robo, alguien obtiene forzosamente de otro una prestación, tolerancia u omisión, ya sea

(siempre comprensiva de la coerción genérica) a un apartado especial, junto con el robo y la amenaza peligrosa (Título XXVII), haciéndola objeto de una regulación extremadamente detallada. Para resolver el problema de la determinación de la antijuricidad de la coerción, esta regulación comprendía tres hipótesis típicas, estableciendo una gradación de disvalor de medios y fines, y combinándolos en una relación inversamente proporcional. Sin embargo, este sofisticado sistema ni siquiera efectuaba una distinción conceptual entre la coerción genérica y la coerción patrimonial. Conforme a estas disposiciones, la pena se determinaba atendiendo por una parte al medio comisivo empleado, y por la otra parte al hecho de tener o no el coaccionador un derecho a exigir el comportamiento constreñido (151).

/ a) mediante violencia, o / b) mediante otras amenazas punibles, con las cuales se conmina de cualquier modo con infligir a él o a uno de sus parientes cercanos una lesión antijurídica al cuerpo, libertad, honor o patrimonio, en circunstancias tales que su ejecución pudo ser fundadamente temida; o bien / c) mediante la amenaza con la denuncia o difusión de un hecho del amenazado o de uno de sus parientes cercanos que estuviera penado por la ley, o de una acción o relación privada o familiar que fuera deshonrosa o inmoral, tales que fueran adecuados para hacerlo mal visto en la opinión de los demás, / entonces se comete el crimen de extorsión, cuando ello sucede con el propósito de obtener para sí o para otro un provecho patrimonial antijurídico; fuera de este caso, el crimen de coerción. / § 241. *Pena de estos dos crímenes.* Si la extorsión o coerción es cometida mediante irrogación de violencia, se aplicará la misma pena establecida para el robo [§ 115, (letra a)]. / En el caso del § 240-b) estos crímenes serán castigados con la pena de presidio de uno a cuatro años, y en el caso del § 240-c), con presidio de ocho meses a un año y siempre a requisición del ofendido.» (*Entwurf. Strafgesetz über Verbrechen und Vergehen*, Wien 1863, pp. 78-79). La inclusión de las amenazas previstas por el § 240-c) es fundamentada en la exposición de motivos del Proyecto atendiendo a su «evidente carácter inmoral y antijurídico» (*Entwurf... cit.*, p. 131). Cabe señalar también que el Proyecto dedicaba una disposición específica (§ 163) a sancionar la realización arbitraria del propio derecho.

(151) «§ 258. Se hace culpable de extorsión el que / 1. fuera del caso del robo obtiene por la fuerza cualquier clase de prestación, tolerancia u omisión, mediante el ilegítimo ejercicio o amenaza de violencia; / 2. fuerza a otro a una prestación, tolerancia u omisión a la que no tiene derecho, mediante una de las amenazas punibles señaladas en los parágrafos que siguen, en tanto ellas aparezcan adecuadas para infundir fundado temor atendiendo a su contenido y a la verosimilitud de su ejecución; / 3. obtiene de otro por la fuerza una prestación, tolerancia u omisión antijurídica o inmoral, mediante la amenaza de hacer uso de un derecho que sea adecuada para producir fundados temores. / § 259. Se tendrán por amenazas punibles de las mencionadas en el núm. 2 del párrafo anterior: a) las amenazas con denunciar o revelar hechos aun verídicos, imputándole al amenazado o a uno de sus parientes cercanos una acción punible o infamante, que sería adecuada para perjudicarlo ante la opinión de los demás; / b) las amenazas con revelar hechos aun verdaderos de la vida privada o familiar del amenazado o de uno de sus parientes cercanos, que lo perjudicarían o serían adecuados para dañarlo; / c) las amenazas

En su segunda etapa el movimiento de reforma dio un considerable giro en dirección al modelo alemán. El Proyecto de 1874 trataba el delito de coerción (Nöthigung) entre los «crímenes y simples delitos contra la libertad personal» (Capítulo XXVI), distinguiéndolo así de la extorsión (*Erpressung*, §§ 257-260). La influencia del modelo alemán se aprecia también en la sencillez de la fórmula típica asignada a la coerción, manifiestamente inspirada en el § 240 C.p. alemán de 1871 (152). En un aspecto el Proyecto de 1874 permaneció sin embargo fiel al Código de 1852. En vez de estipular como medio comisivo la amenaza con un crimen o simple delito, le otorgó tal carácter a la amenaza con irrogar cualquier clase de perjuicios (*Nachtheilen*). Eso sí, el Proyecto exigió que se tratara de una irrogación antijurídica de perjuicios, acogiendo con ello la tesis doctrinaria y jurisprudencial arriba mencionada. Estos rasgos son compartidos

con difundir acciones, vínculos familiares o laborales o demás circunstancias, aun verdaderas, del amenazado o de uno de sus parientes cercanos, tales que le acarrearían en la opinión de los demás consecuencias perjudiciales para su posición social o porvenir. / § 260. La extorsión será sancionada como crimen, si el coaccionado carece de derecho a la prestación, tolerancia u omisión que constituye su objeto y si tiene conocimiento de que su acción es punible; en caso contrario, como simple delito. / Sólo es punible de oficio la extorsión que corresponde al caso previsto en el § 258-1; en los demás casos se requiere que su castigo sea demandado por el ofendido. / § 261. La pena de la extorsión será la de presidio, y en particular. / 1. De uno a cuatro años de duración por regla general en el caso de § 258-1; sin embargo, la pena será de cuatro a ocho años, si: / a) el atacado tuvo que sufrir dolores particularmente graves; o si / b) la extorsión fue cometida mediante la amenaza de homicidio, incendio u otro daño de peligro común, o de irrogar un perjuicio patrimonial en sí mismo grave o muy sensible para el amenazado; o si / c) la prestación, tolerancia u omisión obtenida por la fuerza importa un perjuicio muy grave para la persona, libertad, honor o patrimonio del coaccionado. / 2. De cuatro meses a un año en los casos 2 y 3 del § 258, por regla general; y de uno a cuatro años si concurriere cualquiera de las circunstancias señaladas en las letras a)-c) que anteceden. / La pena de la extorsión como simple delito será de arresto de uno a cuatro meses. / § 262. Los maltratos, lesiones corporales, daños en la salud u homicidios que concurrieren con la extorsión serán especialmente punibles. (*Entwurf eines Strafgesetzes über Verbrechen und Vergehen*, Wien 1867, pp. 68-70). En la exposición de motivos, los redactores del Proyecto expresamente desestiman la relevancia de la distinción entre coerción y extorsión en sentido propio (*Entwurf... cit.*, p. 138). Para la crítica de esta decisión, especialmente en lo que concierne al tratamiento de la realización arbitraria del propio derecho, cfr. GEYER, *Besprechung des Entwurfs eines Strafgesetzes über Verbrechen und Vergehen für die nicht-ungarischen Länder Österreichs vom Jahre 1867*, 1867, pp. 188 y ss.

(152) «§ 252. El que mediante violencia antijurídica o amenaza con la irrogación antijurídica de perjuicios fuerza a otro a una acción, tolerancia u omisión, será sancionado en virtud de coerción con la pena de prisión de hasta un año o con multa de hasta 1.000 florines. La persecución procederá sólo a querrela de parte.» [*Entwurf eines Strafgesetzes über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen (Regierungsvorlage)*, Wien 1874, p. 58].

también por los Proyectos de 1881 (§ 249) y 1889 (§ 248), con algunas variaciones menores (153).

La regulación que el Anteproyecto de 1909 y tras él el Proyecto de 1912 le dieron a la coerción es quizás la más interesante de todas las fórmulas ensayadas durante el proceso de reforma del derecho penal austriaco. Ubicado al modo alemán dentro de la sección destinada a las «acciones punibles contra la libertad personal» (Capítulo XXIII), el § 321 del Anteproyecto de 1909 disponía lo siguiente:

«§ 321. *Coerción*

1. El que constriña a otro a una acción, tolerancia u omisión a la que no está obligado, ejerciendo violencia contra él o amenazándolo a él o a una persona a él cercana con ejercicio de violencia, será castigado con prisión de dos semanas hasta dos años.

2. El que constriña a otro a una acción, tolerancia u omisión a la que no esté obligado, amenazándolo a él o a una persona a él cercana con un ataque antijurídico a la libertad, honor o patrimonio, será castigado con prisión de una semana a un año o con multa de cincuenta a cuatrocientas coronas» (154).

Al tipificar conjuntamente la violencia con la amenaza de violencia y distinguirlas de las demás amenazas coercitivas para efectos de la penalidad, la primera disposición introduce en el ámbito de la coerción una distinción inusual en la codificación alemana (155), pero que es directa consecuencia de su estrecha vinculación con el delito de extorsión. El modelo de regulación de la extorsión que se impuso en el derecho alemán consistía precisamente en distinguir entre un tipo grave (*räuberische Erpressung*) y uno menos grave (*einfache Erpressung*), atendiendo al medio comisivo empleado: la «violencia contra la persona» y la «amenaza con peligro inmediato

(153) Ambos textos mencionaban separadamente la «amenaza con violencia» de la «amenaza con la irrogación antijurídica de perjuicios», aunque sin conectar a esto consecuencias relevantes para la determinación de la pena. El Proyecto de 1881 hacía además de la coerción un delito de acción privada.

(154) *Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch und zu dem Einführungsgesetze. September 1909*, Wien 1909, p. 85. La disposición respectiva en el Proyecto de 1912 es también el § 321 (*Strafgesetzbuch vom 1912-Regierungsvorlage, Beilage 90 zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XXI Session 1912*, p. 87).

(155) El único Código particular alemán en efectuar una distinción semejante parece haber sido el Código penal de Braunschweig de 1840, que tipificaba a la extorsión y a la coerción como delitos de comisión mediante violencia o amenaza peligrosa (esto es, amenaza unida a un peligro inmediato para el cuerpo o la vida), para luego sancionar como delito de amenaza, junto a las amenazas simples, a la extorsión y coerción cometidas mediante otra clase de amenazas (§§ 79 y 177 a 179).

para el cuerpo o la vida» definían el tipo grave, y las demás amenazas, el tipo menos grave (156). Por su parte, la segunda disposición de este párrafo manifiestamente recoge la postura restrictiva en la doctrina austriaca en un doble sentido, ya que excluye del ámbito de la coerción tanto a la realización arbitraria del propio derecho (fin en sí mismo adecuado a derecho) como a la amenaza de un mal justo o lícito (medio en sí mismo adecuado a derecho). Tal como se consigna en la exposición de motivos, los redactores del proyecto eran de la idea de que el tipo genérico de coerción exigía copulativamente antijuricidad en los medios empleados y en los fines perseguidos (157).

La originalidad de los Proyectos de 1909 y 1912 en esta materia no dio sin embargo frutos inmediatos. Esta etapa del proceso austriaco de reforma penal se cierra con una total adhesión a la legislación alemana de la época, ya que el Proyecto de 1927 reprodujo en términos casi idénticos la redacción del § 240 C.p. alemán de 1871 (158).

(156) Aunque de un modo sumamente fragmentario, esta regulación se encuentra ya en el ALR prusiano de 1794 (§§ 1254, 1255, II Parte, Título 20). El origen propiamente tal de la regulación alemana de la extorsión se encuentra en el Proyecto de Feuerbach para Baviera de 1810, reproducido en el Código penal bávaro de 1813 (arts. 241-242), y posteriormente simplificado en su redacción por el Proyecto bávaro de 1822. De aquí, la nueva regulación de la extorsión se propagó a las demás codificaciones particulares, como por ejemplo los Códigos penales de Sajonia de 1838 (art. 166), de Württemberg de 1839 (art. 314), de Hannover de 1840 (arts. 331-332), de Hesse de 1841 (arts. 349-352) y de Prusia de 1851 (§§ 234-236), aunque restringiendo este último el ámbito del tipo menos grave al uso de amenazas con un crimen o simple delito. Esta misma regulación es la que en rigor subyace a los actuales §§ 253 y 255 C.p. alemán (*vid. supra*, nota 89).

(157) Curiosamente, este principio general no era aplicado tratándose de los tipos especiales de coerción. La exposición de motivos agrupaba estos tipos en dos constelaciones, una formada por casos de coerción contra la autoridad y otra formada por casos de coerciones sexuales y patrimoniales. La exigencia de antijuricidad del medio empleado no sería aplicable a la primera constelación, en razón del interés público en garantizar una motivación desinteresada en la adopción de decisiones por parte de la autoridad. En la segunda constelación, la improbabilidad del fin sería de tal entidad, que justificaría la punición de un medio en sí mismo adecuado a derecho (*Erläuternde Bemerkungen zum Vorenwurf eines österreichischen Strafgesetzbuches vom September 1909 und dem Vorentwurf des Einführungsgesetzes*. Wien 1909, pp. 277 y ss.). El origen de esta formulación se encuentra en el § 301 de la segunda versión de la propuesta de Proyecto de Código penal de Hoegel, de 1902 (*Bearbeit zum Strafgesetzentwurfe. Ergebnis der Berathung des Referenten Dr. Hoegel mit den Universitätsprofessoren Dr. Stooß und Dr. Lammasch*, p. 102), debiéndose su redacción probablemente la influencia de Lammasch (*vid. supra*, notas 126 y 127). Las Propuestas de 1905 (§ 301) y de febrero de 1906 (§ 301), como asimismo el Proyecto de la Comisión de 1907 (§ 301) reproducen literalmente el precepto de la Propuesta de Hoegel.

(158) «§ 279. *Coerción*. El que con violencia o mediante amenaza con vio-

La actual regulación austríaca de la coerción data de la reforma de 1974, cuyos antecedentes inmediatos se encuentran en el Proyecto de 1964 (§§ 92 núms. 6 y 7, 127 y 128) y la Propuesta gubernamental de 1971 (§§ 77 núms. 6 y 7, 110 y 11) (159). El nuevo Capítulo III de la Parte Especial, dedicado a las «acciones punibles contra la libertad», contempla las siguientes disposiciones relativas a la coerción:

«Coerción

§ 105. (1) El que mediante violencia o amenaza peligrosa (*) constriñe a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año.

(2) El hecho no es antijurídico, si la aplicación de violencia o amenaza como medio para conseguir el fin perseguido no contraviene las buenas costumbres.»

Coerción grave

§ 106. (1) Será sancionado con privación de libertad de seis meses a cinco años el que comete una coerción bajo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. amenazando de muerte, con una mutilación considerable o un desfiguramiento ostensible, con raptó o incendio, con la puesta en peligro mediante energía atómica, radiación o explosivos, o con la destrucción de la existencia económica o la posición social;

2. sometiendo al coaccionado o a la otra persona en contra de quien se dirige la amenaza, a un estado doloroso por largo tiempo;

lencia o con un crimen o simple delito constriñe a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión, sin que importe si la violencia o el mal amenazado se dirigen contra el mismo amenazado o contra otra persona. / La tentativa es punible. / En casos especialmente graves, la pena será de presidio de hasta cinco años.» (*Der österreichische Strafgesetzentwurf vom Jahre 1927*, editado por KADECKA, 2.^a ed. 1931, p. 124).

(159) *Bundesministerium für Justiz - Entwürfe eines Strafgesetzbuches samt Erläuterungen*, Allgemeiner Teil, 1964, p. XIX, Besonderer Teil, 1964, pp. II-III. *Regierungsvorlage-Bundesgesetz vom XXXXXXXX über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB)*, Beilage 30 zu den *stenographischen Protokollen des Nationalrates XIII. GP.*, pp. 14 y 18. Entre estos textos y la reforma definitiva existen tres diferencias menores: (1) la reforma de 1974 prescinde de una definición general de violencia que incluya el sometimiento a un estado de inconsciencia o de indefensión, como lo hacían los textos de 1964 y 1971; (2) la Propuesta gubernamental de 1971 incluía una hipótesis de coerción calificada por el uso de medios que pusieran en peligro la vida de un gran número de personas o hicieran peligrar masivamente la propiedad; y (3) la reforma de 1974 incluyó dentro de las hipótesis de coerción calificada la de su comisión mediante amenaza de utilizar energía atómica, radiación o explosivos.

3. constriñendo al coaccionado a una acción, tolerancia u omisión que lesiona intereses especialmente importantes del coaccionado o de un tercero.

(2) Del mismo modo será sancionado el autor si el hecho tiene como consecuencia el suicidio o la tentativa de suicidio del coaccionado o de otra persona, en cuya contra se dirige la violencia o la amenaza.

(*) «§ 74 En el sentido de esta ley es (...) 5. amenaza peligrosa: una amenaza con una lesión al cuerpo, a la libertad, al honor o al patrimonio que es apta para infundir al amenazado fundado temor en consideración a las circunstancias y a sus características personales o a la gravedad del mal amenazado, sin distinguir si la amenaza se encuentra dirigida contra el amenazado mismo, contra sus parientes, o contra otras personas situadas bajo su protección o a cercanas a él» (160).

Ésta es una regulación que bien puede caracterizarse como esencialmente alemana, no obstante conservar algunos importantes rasgos del Código de 1852.

Haciendo honor a la tradición austríaca en esta materia, el Código de 1974 mantiene la técnica de caracterizar la amenaza coercitiva típica, ahora definida como «amenaza peligrosa», mediante una precisión relativa a la idoneidad coercitiva de su formulación y a la naturaleza del mal amenazado. Del modelo alemán proceden, por su parte, tanto la ubicación sistemática de los preceptos, que implica su diferenciación respecto del delito de extorsión (§§ 144-145), como también la redacción del tipo básico (§ 105-I). La exposición de motivos no deja lugar a duda alguna a este respecto (161). También la cláusula de reprochabilidad —aquí, más bien de «irreprochabilidad»— procede del derecho alemán, evidenciando con ello una aceptación legislativa de la teoría de la relación. Estos rasgos que son evidentemente los fundamentales, hacen que en definitiva esta regulación no sea más que una variante del modelo alemán.

3.3. *La codificación italiana*

En la literatura hispanoamericana es un lugar común atribuirle a Carrara el mérito de haberle dado a los delitos contra la libertad, y en especial al delito de coerción, su formulación teórica definitiva.

(160) «Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB)», en: *Dokumentation zum Strafrecht - Bundesministerium für Justiz*, Wien, 1974, p. 19.

(161) *Dokumentation... cit.*, pp. 144 y ss., haciendo especial hincapié en la sustitución del término «prestación» por el término «acción» como una consecuencia de la calificación del bien jurídico protegido por el delito de coerción.

Ésta es una apreciación errónea. Siguiendo una estrategia argumentativa característica de las teorías del derecho natural, Carrara no hizo sino presentar como verdades de razón lo que en su medio era derecho positivo. El auténtico mérito lo tiene la generación de criminalistas toscanos anterior a Carrara, como Puccioni, Buonfante, Forti, y ante todo Mori, que contribuyó a la creación y posterior desarrollo doctrinario del Código penal toscano de 1853 (162), sobre el cual se basó Carrara. Por cierto, no se puede negar que el prestigio del *Programma* contribuyó a afianzar la teoría de los delitos contra la libertad en la cultura jurídica italiana de la segunda mitad del siglo XIX, ni tampoco puede desconocerse que esta contribución resultó crucial para su afianzamiento, pues tuvo lugar precisamente en el momento en que el sistema toscano debía competir con el sardo en el proceso de unificación del derecho penal italiano. Con todo, el papel desempeñado por Carrara en esta materia fue el de un simple apologista. El surgimiento de los delitos contra la libertad en Italia, y en especial del delito de coerción, no fue obra de la doctrina sino de la legislación.

El punto de partida de la codificación italiana en esta materia es semejante al del resto de la codificación europea, ya que los primeros textos del movimiento codificador no conocieron la idea de la coerción como delito autónomo (163). La posterior introducción de los Códigos franceses de 1791 y 1810 en el Piamonte, la Liguria, la Lombardía, el Véneto, la Toscana y el Reino de Nápoles, y posteriormente del Código austríaco de 1803 en la Lombardía y en el Véneto, contribuyó aún más a este desconocimiento. Tampoco el surgimiento de los primeros Códigos penales particulares italianos se tradujo en una transformación sustancial de esta situación, ya que todos ellos evidencian una fuerte influencia del modelo francés.

El Código penal para los Estados de Parma, Piacenza y Guastalla de 1820 es el que sigue más de cerca al Código francés de 1810, diferenciando los atentados contra la libertad cometidos por funcionarios públicos de las detenciones ilegales cometidas por los par-

(162) Al respecto, cfr. PESSINA, «Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)», en del mismo, *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, II, 1, pp. 598-599, 611-632.

(163) El Edicto de Leopoldo II para el Gran Ducado de la Toscana de 1786, que carecía de un auténtico sistema de la Parte Especial, sólo efectuaba una referencia a la sanción de la violencia en su art. LIX. Por su parte, el Proyecto de Código Penal para el Reino de Italia de 1806 sí contemplaba una categoría sistemática expresamente dedicada a los delitos contra la libertad (Parte Segunda, Título IX, Sección I), pero sólo incluía dentro de ella a los delitos de comercio de esclavos, privación de libertad y allanamiento de morada (arts. 474-479). Este Proyecto también le otorgaba un lugar especial al delito de amenazas, entre los «delitos contra el buen orden interno del Estado», pero sólo sancionaba aquí la amenaza simple de cometer un homicidio (Título VI, Sección VII, arts. 381-382).

ticulares, al considerar a los primeros como delitos contra el Estado (Libro II, Parte I, Título III, Capítulo II, Sección, III, arts. 190-197) y a los segundos como delitos contra los particulares (Libro II, Parte II, Título I, Capítulo VII, arts. 378-381). En cuanto a las normas relativas al delito de amenazas, ellas reproducen casi literalmente los preceptos del Código francés (164) pero reciben una ubicación sistemática diversa. Dado que el Código de Parma reúne en una misma disposición a las amenazas francesas de homicidio y de incendio, salomónicamente le otorga a esta figura el carácter de «delito que lesiona a la persona y a la propiedad» (Libro II, Parte II, Título III, Capítulo II). En otras palabras, el cambio de ubicación confirma la vigencia de la idea francesa de la punición de la amenaza como una forma de protección del bien con cuya vulneración se amenaza.

Mayor independencia demuestra el Código penal napolitano, es decir, la Parte Segunda del Código para el Reino de las Dos Sicilias de 1819. Curiosamente, tanto la privación de libertad cometida por un particular como la cometida por un funcionario público son consideradas aquí como delitos contra el Estado, aunque en apartados sistemáticos diversos (165). En lo que se refiere a las disposiciones relativas a las amenazas, si bien también provienen del Código francés (166), ellas experimentan un par de modificaciones relevantes. A

(164) «Art. 525. El que mediante escrito firmado o anónimo haya amenazado a otro de asesinato, envenenamiento, incendio, o con cualquier otro atentado que sería punible con la pena de muerte, o de trabajos forzados perpetuos, será castigado con la pena de trabajos forzados temporales. Para tal efecto, se requiere que la amenaza sea hecha con orden de depositar una suma de dinero en un lugar indicado o de cumplir cualquier otra condición.» / «Art. 526. Si la amenaza no es acompañada de alguna orden o de alguna condición, la pena será de prisión no inferior a un año.» / «Art. 527. Si la amenaza hecha con orden o bajo condición ha sido verbal, el culpable será sancionado con prisión no mayor de un año.» (*Codice Penal per gli estati di Parma, Piacenza è Guastalla*, Parma, 1820, p. 152).

(165) Ambos supuestos pertenecen a la clase de los «delitos contra la administración de justicia y las demás administraciones públicas» (libro II, Título IV), pero la privación de libertad cometida por particular constituye un supuesto de «uso privado de los medios de la autoridad pública» (Capítulo I, Sección III, arts. 168-172), mientras que los atentados contra la libertad cometidos por funcionarios públicos son considerados como «abusos de la autoridad pública» (Capítulo IV, § II, arts. 234-236).

(166) «Art. 161. El que por medio de un escrito anónimo o firmado bajo el propio nombre o bajo un nombre fingido haya hecho amenazas de cualquier crimen, será castigado con el tercer grado de prisión, confinamiento o exilio correccional, en caso que la amenaza haya sido hecha con orden de cumplir cualquier condición; si la amenaza no ha sido acompañada de alguna orden o condición, la pena será del segundo grado de prisión, confinamiento o exilio correccional.» / «Art. 162. Si la amenaza hecha con orden o bajo condición ha sido verbal, el culpable será sancionado con el primer grado de prisión, confinamiento o exilio correccional.» (*Codice per lo Regno delle Due Sicilie, Parte Seconda-Leggi Penali*, 1819, p. 39).

diferencia del Código de Parma, el Código napolitano no incurre en el error de considerar a las amenazas como una forma de punición de la resolución de cometer el delito con que se amenaza, sino que las sistematiza como un delito contra el Estado, junto con las violencias públicas (Capítulo II del Título III). Por otra parte, el ámbito típico del delito de amenazas es algo más amplio que en el Código napoleónico, ya que aquí abarca toda «amenaza de crimen».

El Código penal para el Reino de Cerdeña de 1839 se encuentra en un punto intermedio entre el Código de Parma y el Código de las Dos Sicilias. Su sistema de punición de los delitos contra la libertad es semejante al del Código napolitano (167). En materia de amenazas, en cambio, recoge la redacción dada por el Código de Parma a los preceptos respectivos (168), aunque siguiendo una orientación sistemática original, al considerarlas como delitos contra la tranquilidad pública» (Libro II, Título VIII, Capítulo II).

Por último, el Código criminal para los Estados Estenses de 1855 contempla también al modo napolitano entre los delitos contra el Estado un apartado especial titulado «Del arresto, de la detención y del secuestro ilegal de las personas, y de los obstáculos puestos al libre ejercicio de los derechos ajenos» (Título XVI, arts. 235-242), y ubica a las amenazas francesas —en la redacción del Código de Parma (169)— en una sección especial (Título XXXV), entre el apar-

(167) Tanto la privación de libertad cometida por particular como la cometida por funcionario público son «delitos contra la administración de justicia y otras administraciones públicas» (Libro II, Título III), constituyendo sin embargo la hipótesis de comisión por particular un caso de «rebelión a la justicia, desobediencia y otros atentados contra la autoridad pública» (Capítulo I, Sección IV, arts. 237-242), y la hipótesis de comisión por funcionario público, un supuesto de «ejercicio abusivo de autoridad contra los privados» (Capítulo II, Sección IV, arts. 311-315).

(168) «Art. 446. Fuera de los casos previstos por los artículos 648 y 649 (extorsión), el que por medio de escrito anónimo o firmado bajo nombre propio o fingido, haya hecho amenazas de asesinato, envenenamiento, incendio o de cualquier otro atentado que acarrearía la pena de muerte o de trabajos forzados a perpetuidad, será castigado con la reclusión, cuando la amenaza haya sido hecha con orden o condición cualquiera.» / «Art. 447. Si la amenaza no fuera acompañada de alguna orden o condición, la pena será de cárcel no inferior a seis meses. / La misma pena tendrá lugar si la amenaza fuera solamente verbal, pero hecha con orden o bajo condición.» (*Codice Penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Torino, 1839, pp. 134-135).

(169) «414. § 1. El que por medio de un escrito anónimo o suscrito con nombre propio o fingido haga amenaza de asesinato, envenenamiento, incendio o de cualquier otro delito que conlleve la pena de muerte o de presidio perpetuo, será castigado con trabajos forzados de cinco a diez años, cuando la amenaza sea hecha on orden de depositar alguna cosa en un lugar indicado, o de cumplir cualquier otra condición. / § 2. Si la amenaza no fuera acompañada de alguna orden o de alguna indicación, la pena será de cárcel no inferior a un año.» / «415. La misma pena tendrá lugar si la amenaza fuera solamente verbal, pero hecha con orden o bajo

tado dedicado a las lesiones y el apartado dedicado a los delitos de incesto, adulterio y bigamia.

Con todo, si se contempla el sistema de la Parte Especial de los Códigos particulares italianos desde una perspectiva global, la regulación que en él recibe la coerción resulta incomparablemente menos fragmentaria que en el sistema originariamente ideado por el Código francés. Conforme a la tradición del derecho común, los cuatro códigos mencionados contemplan disposiciones destinadas a sancionar la realización arbitraria del propio derecho (170), un supuesto especial de coerción inexistente en el derecho penal francés. Por otra parte, los Códigos napolitano, sardo y estense amplían considerablemente el ámbito típico del delito francés de impedimento del ejercicio de derechos cívicos, extendiéndolo al impedimento del ejercicio de cualquier derecho garantizado por la ley (171). Con esta nueva formulación, el objeto de protección deja de ser propiamente la libertad política y pasa a consistir en la libertad individual jurídicamente garantizada; en otras palabras, el delito pasa a adquirir directamente el carácter de un tipo genérico de coerción (172), aunque con un ámbito más restringido que el alemán, ya que sólo abarca la acción de constreñir a omitir el ejercicio de un derecho legalmente reconocido. Finalmente, los Códigos parmense, napolitano y sardo sancionan como contravención el uso de vías de hecho y de amenazas no previstas entre los crímenes y simples delitos (173). Estas últimas disposiciones evidencian ciertamente el desconocimiento de la moderna idea de la coerción, en tanto siguen apegadas a la noción tradicional del *crimen vis*, pero la sanción del mero uso de cualquier clase de violencia y amenaza hace que el sistema sea indudablemente más cerrado.

condición como arriba, o con armas.» (*Codice criminale per gli Stati Estense*, Modena, 1855, pp. 94-95).

(170) Art. 168 C.p. de las Dos Sicilias; arts. 552-553 C.p. de Parma; art. 263 C.p. de Cerdeña; arts. 231-234 C.p. Estados Estenses.

(171) Código napolitano: «Art. 166. El que con vías de hecho o amenazas impida a otro el ejercicio de los derechos propios garantizados por la ley será sancionado con prisión del primer al segundo grado; salvo las penas mayores, cuando el hecho o la amenaza degeneren en delitos mayores.» (*Codice... cit.*, Título III, Capítulo I, Sección II, pp. 40-41). Los arts. 243 C.p. Sardo y 241 C.p. Estados Estenses reproducen literalmente este precepto, aunque ubicándolo en el mismo apartado destinado a la privación de libertad.

(172) Así lo estimaba, por ejemplo, CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, II, 2.^a ed. (1868), § 1559, nota I. La doctrina posterior, por el contrario, no le asignó mayor relevancia a este delito como antecedente histórico de la coerción italiana (cfr. por todos, DE MARSICO, «Violenza privata», en *Il Digesto Italiano*, XXIV, 1927, pp. 1214-1215).

(173) C.p. Dos Sicilias, art. 462 núms. 4.^o y 5.^o; C.p. Parma, art. 532 núm. 3.^o; C.p. Cerdeña, art. 733 núm 2.^o

Si hasta mediados del siglo XIX la hegemonía del modelo francés en la codificación italiana es indiscutible, con la promulgación del Código penal toscano de 1853 se produce la recepción del modelo alemán de regulación de la coerción. Siguiendo las directrices sistemáticas alemanas, el Código toscano considera a la libertad como un bien jurídico individual, en una condición análoga a la vida y la integridad personal, dedicándole en consecuencia un apartado sistemático específico («Delitos contra la libertad personal y la tranquilidad privada»: Capítulo I de la Sección II del Título VII (174). Dentro de esta categoría, se encuentran los delitos de plagio (art. 358), sustracción arbitraria de un impúber por causa religiosa (art. 359), cárcel privada (art. 360), violencia privada (art. 361), amenazas verbales o simbólicas (art. 362), violación de domicilio (art. 363) y apertura arbitraria de cartas ajenas (art. 364). El delito alemán de coerción—ahora denominado violencia privada, como reminiscencia del *crimen vis*— recibe aquí la siguiente regulación:

«Art. 361. El que hace uso de violencia para constreñir a otro a hacer, o a omitir, o a sufrir cualquier cosa, siempre que la acción no caiga bajo el título de otro delito, queda sujeto, como culpable de violencia privada, a la pena de cárcel de hasta dos años» (175).

Al igual que en la mayoría de los códigos particulares alemanes, en el derecho penal toscano la coerción asume la estructura de un delito de resultado cortado; también aquí basta con el uso de la violencia para que el delito se encuentre consumado, siempre y cuando su ejercicio haya sido efectuado con un propósito coercitivo. La regulación toscana se aparta del modelo alemán no obstante en lo que se refiere a la previsión de los medios comisivos de la coerción. A diferencia de todos los códigos particulares alemanes, que con mayor o menor amplitud siempre consagraron explícitamente a la amenaza como medio coercitivo, el Código toscano menciona únicamente a la violencia.

De lo anterior no cabe sin embargo deducir que el Código toscano hubiera decidido excluir del ámbito típico de la violencia privada toda forma de amenaza coercitiva. Desde luego, el art. 108 establecía como regla de hermenéutica legal válida para todas las demás disposiciones del Código, que por «violencia» debía entenderse «tanto la violencia usada con hechos, como aquella usada con amenazas». Este concepto amplio de violencia, comprensivo también de la ame-

(174) Por su parte, los atentados contra la libertad cometidos por funcionarios públicos se encuentran regulados en un apartado diverso, relativo a los delitos cometidos por oficiales públicos, dentro de la clase de los delitos contra la Administración del Estado (Título III, Capítulo III, arts. 183-185).

(175) *Codice Penale pel Gran Ducato di Toscana*, 1856, p. 123.

naza, era compartido por la gran mayoría de los tipos específicos de coerción del Código toscano, que, apoyándose en el art. 108, no mencionaban explícitamente a la amenaza como medio comisivo (176). De modo congruente con lo dicho, en la redacción del delito de amenazas (simples) se reconocía expresamente que el uso de la amenaza podía ser subsumido en el tipo de la violencia privada (177). De aquí, pues, que la doctrina y la jurisprudencia toscana consideraran como criterio demarcatorio entre los delitos de violencia privada y amenaza (simple) únicamente la existencia o inexistencia de un propósito coercitivo en el autor del delito. Lo cual implicaba que el hecho de ir acompañada la amenaza de una condición hacía que ésta «degenerara» en violencia privada cometida mediante «violencia moral» (178).

(176) Así, los delitos de atentado y resistencia a la autoridad (arts. 143, 144) y de realización arbitraria del propio derecho (art. 146), diversos supuestos innominados de «violencias contra el orden público» (arts. 201-204) y las coerciones sexuales (arts. 280-282).

(177) «Art. 362. El que, por medio de palabras o de otros signos representativos del pensamiento, amenaza a otro con un grave daño en la persona o en los bienes, siempre que la acción no caiga bajo la disposición del artículo precedente, incurre en la pena de cárcel de hasta un año, a la cual puede ser adjuntada el sometimiento a la vigilancia de la policía.» (*Codice penale...*, loc. cit.).

(178) Así, PUCCIONI, *Il Codice Penale Toscano*, IV, 1857, p. 640; CARRARA, *op. cit.*, §§ 1573, 1574, citando una sentencia de la Corte de Casación de Florencia de 30 de junio de 1860. Sin embargo, en el contexto del Código toscano no es del todo claro que cualquier amenaza coercitiva pudiera ser subsumida bajo este concepto amplio de violencia. Por una parte, la definición del art. 108 descansaba ostensiblemente en una concepción del ejercicio de violencia como conducta constitutiva de lesiones corporales, lo que restringía el ámbito de la noción de «violencia usada con amenazas» a la amenaza de causar lesiones. Por otra parte, la única regulación detallada y diferenciada de los medios coercitivos que contenía el Código toscano, que se encontraba en las disposiciones relativas a los delitos de hurto violento y extorsión (arts. 389 y 393), también parecía indicar que sólo ciertas formas calificadas de amenazas —con peligro inminente para la persona— podían ser equiparadas a la violencia como medio coercitivo. En consecuencia, desde el punto de vista de una interpretación sistemática, sólo se encuentra fuera de toda duda que el concepto de violencia del Código toscano abarcaba la amenaza de un mal contra la vida o la integridad personal de inminente irrogación. Incierta resulta en cambio la inclusión de las amenazas de un mal de inminente irrogación contra otros bienes personales distintos de la propiedad, como la libertad o el honor, o de la amenaza de daño futuro a la vida o a la integridad corporal. La extensión del concepto de violencia a las demás clases de amenazas es abiertamente discutible. En vista de estas dificultades, no es de extrañar que la doctrina toscana incurriera en vacilaciones y contradicciones. El mejor ejemplo de ello se encuentra en Carrara, quien a propósito del análisis de la extorsión contradujo todo lo que había afirmado respecto de la violencia privada y la amenaza: definió la «amenaza condicional» como una coerción mediante amenaza de mal futuro y la distinguió de la violencia privada,

En sus inicios, la unificación del derecho italiano tuvo lugar bajo un renovado predominio del modelo francés de regulación de la coerción. El Código sardo de 1859, cuya vigencia se extendió a la mayor parte del territorio italiano (en el norte, sin modificaciones, y en el sur con las modificaciones introducidas por el Decreto de 17 de febrero de 1861), en lo esencial no hizo sino reproducir las disposiciones del Código de 1839 (179). Sólo la Toscana se exceptuó de esta regulación, donde se mantuvo en vigor el Código de 1853.

El contraste entre los dos modelos opuestos de regulación de la coerción no podía ser más patente. De aquí que el primer paso hacia la unificación definitiva —el Proyecto de 17 de mayo de 1868, de la Primera Comisión Ministerial (integrada por Ambrosoli, Arabia, Tolomei y Paoli)— sea también el ejemplo más claro de toda la codificación europea de un intento deliberado por combinar los modelos alemán y francés. Ubicadas sistemáticamente conforme al Código toscano, es decir, dentro de un apartado destinado a los delitos contra la libertad, entre los delitos contra intereses individuales, las disposiciones respectivas eran las siguientes:

«Art. 347. El que, sin derecho, con violencia o arbitraria restricción de la libertad constriñe a otro a hacer, tolerar u omitir cualquier cosa, será castigado, si el hecho no constituye un delito más grave, con prisión en sus grados tercero a sexto, y con multa de hasta el tercer grado.

Art. 348. § 1. La misma pena se aplicará al que, con el fin indicado en el artículo precedente, ha amenazado a otro, oralmente o por escrito, con figuras o medios alegóricos de significado inequívoco, con un mal o daño grave, en circunstancias tales que el amenazado pueda creer sería la amenaza e inminente su ejecución.

§ 2. Sin embargo, si la amenaza es hecha con el solo fin de infundir temor de daños graves indeterminados, se aplica, a querrela de parte, la pena de prisión o confinamiento en segundo grado» (180).

la que a su vez pasó a ser definida por el hecho de haberse obtenido el propósito coercitivo (*Programma... cit.*, § 2132).

(179) Libro II («De los crímenes y de los delitos, y de sus penas»), Título III («De los delitos contra la Administración pública»), Capítulo I («De los delitos contra los derechos garantizados por el Estatuto»), Secciones I («De los atentados a la libertad individual», arts. 194-204), Título VIII («De los delitos contra la tranquilidad pública»), Capítulo II («De las amenazas», arts. 431-434); Libro III («De las contravenciones y de sus penas»), Capítulo II («De las contravenciones contra las personas», arts. 686 núm. 2.º). La única novedad del Código de 1859 consistió en la eliminación del tipo de coerción que preveía el art. 234 del Código de 1839, ocupando su lugar el tipo originario francés de impedimento del ejercicio de derechos políticos.

(180) *Il Progetto del Codice Penal pel Regno d'Italia*, I, 1870, p. 557.

En pocas palabras, si bien este proyecto sigue apegado a la noción francesa de un delito de amenazas compuesto por sus modalidades condicional (art. 348 § 1) y simple (art. 348 § 2), distingue sin embargo con toda claridad entre el carácter coercitivo de la primera clase de amenazas y el carácter meramente intimidatorio de las segundas, y, frente a la existencia de un delito de coerción, no vacila en remitir a él las amenazas condicionales para efectos de determinar su penalidad.

Este intento tan elocuente de compatibilizar los modelos francés y alemán no se encuentra sin embargo exento de problemas. Dejando de lado la exigencia de que la amenaza coercitiva sea de inminente ejecución y la previsión de la restricción de libertad como medio de coerción, el aspecto más problemático de esta regulación se encuentra en las diferencias que existen entre una y otra hipótesis de coerción en cuanto a sus respectivas estructuras de injusto. Mientras que la violencia privada se encuentra configurada como un delito de resultado, la hipótesis del art. 438 § 1 reviste la forma de un delito de resultado cortado. Este punto será en lo sucesivo uno de los aspectos más peculiares de la regulación italiana de la coerción.

Durante la revisión del Proyecto de 1868 en el seno de la Primera Comisión se observó que los supuestos de los artículos 347 y 348 § 1 representaban una sola figura delictiva, la violencia privada, razón por la cual debían ser fusionados. Así se contribuía además a distinguir mejor la amenaza que tiende a constreñir de la amenaza efectuada con el solo fin de intimidar, que permaneció regulada por una disposición aparte (181). Manteniéndose fiel al modelo toscano, la Comisión le dio a esta fusión la estructura de un delito de resultado cortado. Sin embargo, agregó un párrafo segundo, mediante el cual se establecía una pena más severa para el caso de que se hubiera conseguido el propósito perseguido con el ejercicio de la violencia o la amenaza (182). La Segunda Comisión mantuvo esta agravante, incorporándola al párrafo del tipo en cuestión y estableciendo un aumento de la pena como consecuencia de la misma (183). De este

(181) Sesión núm. 89, de 25 de abril de 1868 (*Il Progetto...*, *loc. cit.*).

(182) «Art. 329. § 1. Fuera de los casos especialmente previstos por la ley, el que usa violencia o amenaza también en modo simbólico, para constreñir sin derecho a otro a hacer, tolerar u omitir cualquier cosa, será castigado con detención de tres meses a dos años y con multa de cincuenta a quinientas liras. / § 2. La detención no podrá ser inferior a un año si el propósito ha sido logrado.» (*Il Progetto...*, *cit.*, 692).

(183) Sesión núm. 58, de 19 de enero de 1870 (*Il Progetto...*, *cit.*, II, 1870, p. 386). El texto acordado es el siguiente: «Art. 395. Fuera de los casos especialmente previstos por la ley, el que usa violencia o amenaza, de cualquier modo hecha o manifestada, para constreñir a otro a hacer, tolerar u omitir cualquier cosa será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años, y con multa de ciento cincuenta

modo, la coerción pasó a tener el curioso carácter de un delito de resultado cortado, respecto del cual la verificación del resultado producía sin embargo el efecto de agravar la pena.

Esta es precisamente la fórmula con que el delito de violencia privada fue recogido por el Proyecto de Vigliani de 1874 (art. 163) y el de Savelli de 1883 (art. 139), por los Proyectos de Zanardelli de 1883 (art. 139) y de 1887 (art. 149), y finalmente consagrado por el Código Penal para el reino de Italia de 1889, mediante la siguiente disposición:

«Art. 154. [Primera parte]. El que usa violencia o amenaza para constreñir a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, será sancionado con reclusión de hasta un año y multa de hasta mil liras; y, si consigue su propósito, la reclusión no podrá ser inferior de un mes ni la multa inferior de cien liras» (184).

Esta extraña mezcla de coerción toscana (tipo básico) y coerción alemana (supuesto agravado) caracterizó la regulación italiana de la coerción durante cuarenta años. Frente a esta regulación, la doctrina siguió entendiendo a la violencia privada como un «delito formal» que se consumaba con el mero ejercicio de la violencia o la formulación de la amenaza por parte del autor, siempre y cuando ello fuera llevado a cabo con un propósito coercitivo (185). Al mismo tiempo, interpretó la agravante como la verificación del efecto correspondiente al «propósito inmediato» del autor, esto es, como el acacimiento

a quinientas liras; pero si ha conseguido el propósito, será sancionado con prisión de un año y tres meses a cinco años» (*Il Progetto...*, cit., II, p. 714).

(184) *Code Penale per il Regno d'Italia*, Milano, 1889, p. 37. En el último Proyecto de Zanardelli, la disposición respectiva era de idéntico tenor, pero con un marco de penalidad levemente más severo (*Progetto del Codice Penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione, presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti, Camera dei Deputati, Seduta del 22 Novembre, Volume III*, p. 41). La principal innovación introducida por Zanardelli en materia de delitos contra la libertad fue de orden sistemático, ya que reunió todas las disposiciones que de uno u otro modo pudieran ser consideradas como atentadas a la libertad (delitos contra la libertad política, delitos contra la libertad de los cultos, delitos contra la libertad individual, delitos contra la inviolabilidad del domicilio, delitos contra la libertad del trabajo) bajo un mismo título (Título II), situado entre los delitos contra el Estado. La justificación de esta sistematización se encuentra en la relación de Zanardelli (*Progetto...* cit., *Volume II*, pp. 43 y ss.).

(185) Así, NEGRI, *Dei Delitti contro la Libertà*, en: COGLIOLO (ed.), *Completo Trattato Teorico e Pratico di Diritto Penale*, 1888, II-I, p. 478; CRIVELLARI, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*, V, 1894, p. 566; SCARLATA, *Dei Delitti di Violenza Privata e Minaccia*, 1907, pp. 57-58; NOSEDA, *Dei Delitti contro la Libertà*, en: PESSINA (ed.), *Enciclopedia...* cit., VI, 1909, pp. 739-740; MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, IV, 1911, p. 625; DE MARSICO, *Violenza...*, cit., p. 1221.

del resultado coercitivo, exigiendo en consecuencia una relación de causalidad entre éste y el ejercicio previo de violencia o amenaza por parte del autor del delito (186). El hecho de que el texto legal adelantara primero el momento de la consumación del delito para luego agravar la pena atendiendo a la verificación del resultado no parece haber extrañado a la doctrina italiana. Por el contrario, de modo unánime se vio precisamente en el carácter formal del delito la razón de la conveniencia de semejante circunstancia agravante (187).

Fue la reforma efectuada por el gobierno fascista, bajo la dirección de Rocco, la que le dio a la coerción italiana la forma que hoy día tiene. En el Proyecto Preliminar de 1927 el precepto respectivo recibió la siguiente redacción:

«Art. 618. [Primera parte]. El que, mediante violencia o amenaza, constriñe a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, será sancionado con reclusión de hasta cuatro años» (188).

Las observaciones formuladas a este Proyecto demuestran el grado de confusión imperante sobre este punto en el medio jurídico italiano. Así, por ejemplo, la Corte de Apelación de Nápoles y diversas Comisiones de Abogados y Procuradores criticaron el hecho de que el texto prescindiera de la agravante consistente en la obtención del propósito del culpable, reclamando su reinserción (189). No menos notable era la opinión de la Corte de Apelación de Catania, que justificaba la omisión de la agravante en cuestión «... porque, tratándose de un delito contra la libertad moral, él se encuentra perfeccionado prescindiendo de si se ha obtenido o no el propósito» (190). Con mejor criterio, la Comisión Revisora desestimó estas observaciones, haciendo ver que el momento consumativo del delito

(186) Cfr. por todos, DE MARSICO, *op. cit.*, pp. 1221-1222.

(187) Cfr. por todos, MANZINI, *op. cit.*, pp. 628-629.

(188) *Progetto preliminare di un Nuovo Codice Penale*, octubre 1927, año V, Roma, 1927, p. 240. Este texto ya contempla la distinción de tres sub-bienes jurídicos relacionados con la libertad individual que desde entonces ha caracterizado a la legislación y a la doctrina italianas. Estos son: (a) la «personalidad individual», protegida por las normas relativas a los delitos de reducción a esclavitud, trata o comercio de esclavos, enajenación o adquisición de esclavos y plagio, (b) la «libertad personal», protegida por las disposiciones correspondientes a los delitos de secuestro de persona y demás atentados contra la libertad ambulatoria cometidos por funcionarios públicos, y (c) la «libertad moral», que es objeto de protección de los delitos de violencia privada, violencia o amenaza para constreñir a cometer un delito, amenaza y reducción a un estado de incapacidad.

(189) *Lavori Preparatori del Codice Penal e del Codice di procedura Penale*, vol. III, parte IV, 1928, pp. 250-251.

(190) *Lavori...*, *cit.*, p. 249.

se encontraba en el constreñimiento del comportamiento ajeno y no en el uso de violencia para constreñir (191).

En todo caso, el propio Rocco sí tenía una visión clara de esta materia. La fundamentación de la alteración de la estructura típica de la coerción se encuentra expuesta en su Relación al Proyecto Definitivo de 1929, en los siguientes términos:

«El concepto de violencia privada permanece idéntico al del Código vigente (art. 154); he alterado sin embargo el momento consumativo del delito, exigiendo que el constreñimiento se encuentre efectivamente acaecido. El uso de actos idóneos, directos, en modo no equivoco al constreñimiento, constituirá tentativa» (192).

Con la entrada en vigor del nuevo Código penal en 1931 (193) quedó consumada la implantación del modelo alemán de regulación de la coerción en el derecho penal italiano, doce años antes que en la propia Alemania.

B. La regulación de la coerción en el Derecho penal español

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. *El Código penal de 1822*

La conocida observación de Joaquín Francisco Pacheco acerca del Código penal de 1822 —«Hay en él algo del Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto con el carácter del Código-Napoleón» (194)—, es especialmente aplicable a la regulación que en él recibe la coerción.

La influencia del derecho francés se manifiesta ante todo en la sistematización de los «delitos contra la libertad individual de los españoles» como «delitos contra la sociedad», específicamente como

(191) *Lavori...*, vol. IV, parte IV, 1929, p. 109.

(192) *Lavori...*, vol. V, parte II, 1929, pp. 417-418.

(193) «Art. 610. (*Violencia privada*). El que, con violencia o amenaza, constriñe a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, será sancionado con la pena de reclusión de hasta cuatro años.» (*Codice penale, Ministero della Giustizia e degli Affari de Culto*, Roma 1930-Anno IX, p. 123). El apartado segundo contempla circunstancias agravantes, remitiéndose para tal efecto a lo dispuesto en el art. 339, el que a su vez establece como agravantes del delito de violencia o amenaza ejercida contra una institución política, administrativa o judicial las circunstancias de haberse utilizado armas, disfraz, escrito anónimo, o de haberse cometido el delito por más de una persona, actuando reunidas, o mediante amenazas simbólicas o valiéndose de la fuerza intimidatoria derivada de asociaciones secretas, existentes o supuestas.

(194) *El Código Penal Concordado y Comentado*, 3.º ed. (1867), I, p. LIII.

«delitos contra la Constitución y el orden político de la Monarquía» (Parte Primera, Título Primero, Capítulo IV, arts. 242-246). A semejanza de los demás códigos napoleónicos, la mayoría de estas disposiciones se refieren a supuestos de detenciones ilegales (arts. 243 casos 5.º y 6.º, 244, 245) o de infracciones a las garantías del detenido (art. 246). El Código de 1822 va sin embargo más lejos que su modelo francés en la protección de los derechos constitucionales, al contemplar aquí disposiciones relativas a la imposición de condenas irregulares (art. 243 casos 1.º, 2.º y 3.º), al allanamiento de morada (art. 243 caso 4.º) y a la perturbación de la posesión (art. 243 caso 7.º). Pero la principal diferencia entre el Código de 1822 y su antecesor está en la consagración de un tipo genérico de coerción, en los siguientes términos:

«Art. 242. El que impidiere o coartare a algún español el ejercicio de la facultad legítima que tiene para hablar, escribir y hacer libremente todo aquello que no esté prohibido o se prohibiere por las leyes o por legítima autoridad con arreglo a ellas, y que no ceda en perjuicio de otra persona, o que aunque ceda esté autorizado por la ley, es violador de la libertad individual y sufrirá un arresto de dos días a dos meses. Si el violador empleare para ello alguna fuerza o violencia (...) será castigado con arreglo al capítulo cuarto, título primero de la segunda parte» (195).

Tal como el tipo del art. 166 del Código napolitano, este delito de coerción se estructura sobre la base de libertades nominativamente reconocidas por el ordenamiento jurídico, asumiendo una forma típica restringida, consistente en el impedimento del ejercicio de dichas libertades. A diferencia del Código napolitano, el Código de 1822 extiende sin embargo el ámbito típico más allá de la protección del ejercicio de tales libertades, al contener una cláusula residual sumamente amplia. Esta mayor amplitud del tipo español se refleja también en que él no es un delito de medios comisivos especificados. Conforme al Código de 1822, el uso de fuerza o violencia no sólo no es un requisito típico de esta coerción constitutiva de «violación de libertad», sino que su efectivo ejercicio cambia el título de imputación de la conducta, recibiendo —como se verá inmediatamente— una pena más severa.

En el sistema del Código de 1822, el art. 242 desempeña en consecuencia un doble papel. Por una parte es el tipo genérico de protección de la «libertad individual de los españoles», como lo de-

(195) *Código Penal Español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, Madrid, 1822, p. 48 (reimpresión en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRÍGUEZ RAMOS, RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos Penales Españoles*, 1988, p. 62).

muestra su previsión al inicio del respectivo capítulo. Por otra parte, es un tipo de recogida para toda forma de coerción constitutiva de un impedir hacer lo que la ley no prohíbe, cuando la acción no sea calificable como «fuerza» en atención a los medios comisivos empleados. Esta invención del Código de 1822 no tuvo sin embargo mayores consecuencias para el posterior desarrollo del derecho penal español (196). Es en la correspondiente hipótesis de «fuerza» a que hace referencia la oración final del art. 242 donde se encuentra el origen de la regulación española de la coerción.

El Capítulo IV del Título Primero («De los delitos contra las personas») de la Parte Segunda («De los delitos contra los particulares») del Código de 1822 se encuentra dedicado a los «raptos, fuerzas y violencias contra las personas». Conforme a su epígrafe (197), el capítulo comprende primero disposiciones relativas al delito de raptó (arts. 664 a 667), aunque entendiendo por tal no sólo la privación de libertad realizada con un propósito sexual, sino también cualquier traslado de una persona de un lugar a otro cometido «para hacerle algún daño». Luego contempla diversos supuestos de delitos sexuales (arts. 668-673), de inducción de mujer casada al abandono del hogar (674, 676) y los delitos de sustracción de menores y de inducción al abandono de hogar (arts. 675). Inmediatamente después, el Código de 1822 recoge la conexión sistemática entre los «atentados contra la libertad» y las «fuerzas» establecida por el art. 242. El art. 677 contiene una disposición declarativa, mediante la cual se confiere la calidad de «reos de fuerza» a los autores de los delitos de detención arbitraria y de atentado contra la libertad individual, previstos y sancionados en el Capítulo IV, Título I de la Primera Parte. A su vez, el art. 678 establece un tipo de extorsión documental, previendo una agravación por la causación de un perjuicio patrimonial, y el art. 679, un tipo de detención ilegal residual respecto del art. 245. Finalmente, el art. 680 cierra el catálogo de fuerzas o violencias» consagrando el siguiente delito:

(196) Si bien el art. 242 del Código penal de 1822 podría ser considerado como el antecesor remoto del actual art. 194 C.p., no existe una conexión histórica directa entre uno y otro precepto. La disposición del Código de 1822 desapareció en los Códigos de 1848 y 1850, surgiendo el actual art. 194 recién en el Código de 1944, como una forma de reunir en un precepto genérico la serie de disposiciones especiales destinadas a tutelar penalmente el legítimo ejercicio de diversos derechos constitucionales establecidas por el Código de 1870 y posteriormente desarrolladas por el Código de 1932.

(197) Este reza además «y de la violación de los enterramientos», materia regulada por los dos últimos artículos del capítulo en cuestión (arts. 681 y 682). Dada su evidente falta de relación con la regulación de la coerción, se prescinde de su examen.

«Art. 680 [primera parte]. El que sin facultades legítimas, o sin orden de autoridad competente, haga cualquier otra fuerza a una persona, por cualquiera de los medios expresados en el artículo 664, para obligarla a ejecutar lo que no quiera, sea justo o injusto, o para impedirle que ejercite lo que no le esté prohibido por la ley, sufrirá un arresto de ocho días a seis meses, con una multa de dos a veinte duros» (198).

Esta disposición representa una novedad absoluta entre los códigos pertenecientes al ámbito de influencia del Código penal francés. Ello hace que sean sumamente oscuros sus orígenes, pues tampoco es posible reconducirlo a alguna fuente de la codificación alemana (199). Todo pareciera indicar que se trata de una creación original del legislador español, basada en lo esencial en el material aportado por las Partidas. En efecto, el Código de 1822 efectúa una reestructuración de las «fuerzas» de la vieja legislación española (200), remitiendo varios de estos supuestos a las diversas secciones de los «delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público» (Parte Primera, Título III) y otros tantos a las «fuerzas y violencias contra las propiedades» (Parte Segunda, Título III, Capítulo IX). Con ello se vacía considerablemente de contenido la categoría de las «fuerzas y violencias contra las personas», que queda compuesta por diversos supuestos de atentados sexuales y demás agresiones violentas, casi todos constitutivos de hipótesis de coerción. En este contexto, el art. 680 tiene manifiestamente el carácter de una cláusula genérica de carácter residual, como se de-

(198) *Código Penal... cit.*, p. 138 (152).

(199) Por lo temprano de su redacción, es muy improbable que esta disposición se hubiera basado en un antecedente alemán. A esa época, la coerción alemana sólo figuraba en las obras de Tittmann (1806 y 1807) y en los Proyectos de Código penal para Sajonia del propio Tittmann (1813) y de Erhard, publicado póstumamente en 1816 (el primer Proyecto de von Weber para Württemberg, de 1813, nunca fue publicado y hasta el día de hoy permanece como manuscrito en el Archivo Central de Stuttgart). TORIO (*op. cit.*, p. 22) ha sugerido que el pensamiento alemán se reflejaría en el delito de coacciones español —se refiere al Código de 1848— probablemente por intermedio del Código del Brasil de 1830. Pero esta tesis pasa por alto que la disposición respectiva del Código del Imperio del Brasil (art. 180) probablemente procede del Código de 1822, y que, en todo caso, la regulación del Código de 1848 se encuentra mucho más cerca de su antecesor español que del texto brasileño.

(200) Ante todo la Partida Séptima, Títulos X («De las Fuerzas») y XX («De los que fuerzan, o lleuan robadas las virgines, o las mugeres de orden, o las biudas que bieuen honestamente»); también el Fuero Juzgo, Libro VIII, Título I, leyes 4 y 11-14, y el Fuero Real, Libro IV, Título IV, Leyes 1-12. En cambio, las hipótesis de atentados a la libertad consideradas por las Partidas como «deshonras de fecho» (1.6, tit. 9, Partida VII) no parecen haber ejercido mayor influencia en la confección del Código de 1822.

duce de su posición dentro del articulado y de la formulación de su núcleo típico —«el que... haga *cualquier otra* fuerza a una persona».

Lo que primero salta a la vista de este delito es la asimetría existente entre las dos alternativas típicas —«para obligarla a ejecutar *lo que no quiera, sea justo o injusto*» / «para impedirle que ejercite *lo que no le esté prohibido por la ley*»—, que permanece vigente hasta hoy en día, constituyendo uno de los rasgos más peculiares y problemáticos de las coacciones españolas. Quizás su explicación se encuentre también en esta combinación del antiguo material jurídico español y el derecho francés, tan propia del Código de 1822. Mientras que la hipótesis de «impedir ejecutar lo que no le esté prohibido por la ley» bien puede ser entendida como una reiteración del tipo de «violación de libertad» (art. 242) procedente del derecho francés, la hipótesis de «compeler a ejecutar lo que no quiera, sea justo o injusto» pareciera ser una generalización de la antigua fórmula de las Partidas relativa a la sanción de la coerción del deudor efectuada de propia mano por el acreedor (201), que es un caso paradigmático de compeler a ejecutar algo justo. De este modo, el art. 680 conjugaría en una sola disposición la protección de la libertad civil, en la definición de la Ilustración francesa, con la sanción de la autotutela proveniente del derecho romano. La diversidad de sus fuentes explicaría así la asimetría de ambas hipótesis, y de paso, la inevitable artificialidad de los intentos de racionalización emprendidos en el último tiempo por la doctrina (202).

Otro rasgo notable del art. 680 se encuentra en la especificación de los medios comisivos de la coerción. Ello tiene lugar mediante una remisión al art. 664, el primero del capítulo, que sanciona al rapto de una persona cometido...

«... bien con violencia material, bien amenazándola o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia...» (203).

(201) «E ha lugar esta pena (la correspondiente a la realización arbitraria del propio derecho), quando aquel que prendo a su deudor, lo fizo por fuerza o de otra manera sin derecho, e sin plazer del» (ley 14, tit. 10, Part. VII). Es interesante observar que la disposición del Código de 1822 relativa a la realización arbitraria del propio derecho (art. 810) únicamente contempla la hipótesis en que el acreedor se apodera de cosa mueble del deudor. Si bien es cierto que el Código de 1822 no sólo sanciona aquí el propósito del acreedor de hacerse pago con la cosa quitada al deudor, sino también el curioso caso en que el acreedor le quita la cosa al deudor «para obligarle á pagar lo que le debe», ello no obsta a que en el Código de 1822 el constreñimiento al pago de la deuda efectuado por otra clase de violencia o amenazas no realiza este tipo, sino el de la coerción del art. 680.

(202) En especial MIR, *op. cit.*, pp. 296-298, seguido por HIGUERA GUIMERÁ, *El delito de coacciones*, 1.ª ed. (1977), pp. 151-153 y GARCÍA-PABLOS, *op. cit.*, pp. 124-125.

(203) «... bien tomando el nombre ó el carácter de autoridad legítima, ó suponiendo una orden de esta.» [*Código Penal... cit.*, pp. 135 (149)].

Se trata por consiguiente de un delito de coerción de medios comisivos alternativos de amplio alcance, casi enteramente coincidente con el modelo alemán. También la previsión de un verbo rector común a ambas hipótesis —«hacer fuerza a otro»— coincide en cierto modo con el modelo alemán, aunque la relación existente entre este verbo rector y las hipótesis típicas alternativas no es muy nítida, ya que éstas describen resultados de dos acciones diversas —«impedir», «obligar»— y no dos objetos diversos de una misma acción. Por la misma razón, tampoco es del todo claro si la estructura típica tiene la forma de un delito de resultado o de mera actividad. Pues a pesar de que la distinción entre la acción de «hacer fuerza» y el hacer uso de los medios comisivos pareciera indicar que se trata de un delito de resultado, es innegable que conforme a la misma redacción del precepto —«hacer fuerza a otra persona... *para* obligarla a ejecutar... o impedirle ejercer...»—, la figura se encuentra más bien estructurada como delito de resultado cortado.

La respuesta a esta interrogante está en la regulación que el Código de 1822 hace de las amenazas. En el apartado destinado a los «delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas» (Título II de la Parte Segunda), y bajo el epígrafe «De las amenazas de homicidio u otros daños» (Capítulo II), el texto legal establece las siguientes hipótesis de amenazas:

«Art. 719. El que de palabra o por escrito o por interpuesta persona, amenace a otro con darle la muerte o herirle, o hacerle en su persona, honra o propiedad cualquier otro daño capaz de intimidarle o impedirle la resistencia, para usurparle por este medio alguna cosa, o para que el amenazado haga o deje de hacer alguna cosa con perjuicio de sus legítimos derechos, o para que sufra, tolere, consienta, encubra o cometa otro delito, será castigado con arreglo a los artículos 664, 666, hasta el 672 inclusive, 678, 679 y 680, si por medio de la amenaza llegare a conseguir su objeto en todo o parte.

Art. 720. Si sin embargo de la amenaza, no llegase a tener efecto alguno lo que se hubiere propuesto el amenazador, será éste castigado en los términos siguientes: con dos a ocho años de reclusión si para alguno de los objetos expresados en el artículo 719 amenazase con muerte u otro daño, por el cual, si lo cometiere, incurriría en pena capital, o de trabajos perpetuos o de deportación: con cuatro meses a cuatro años de reclusión o prisión, si para alguno de los efectos sobredichos amenazare con daño, por el cual, si lo cometiere, incurriría en pena de mas de cuatro años de obras públicas o en la de infamia; con un arresto de quince días a cuatro meses, si la amenaza fuere más leve, pero que, realizada, merecería reclusión, o más de un año de arresto.

Art. 721. [Primera parte]. Por las amenazas que se hagan, sin ser para alguno de los malos fines expresados en el artículo 719,

incurrirá el amenazador en un arresto de cuatro días a cuatro meses...» (204).

Como de inmediato se advierte, el origen de las disposiciones transcritas se encuentra en el Código penal francés de 1810. Sin embargo, la técnica de redacción del texto español es incomparablemente mejor. Aquí es evidente la superación de la consideración francesa de las amenazas como sanción de una resolución criminal referida al delito cuya comisión se amenaza, como lo demuestran la ubicación sistemática de los preceptos y la mayor amplitud con que se encuentran regulados los requisitos que debe revestir el mal con que se amenaza (205). Además, el texto español sistematiza las diversas hipótesis de amenazas atendiendo a su carácter condicional (arts. 719 y 720) o simple (art. 721) (206), quitándole toda importancia a la distinción francesa basada en el carácter escrito u oral de su formulación.

Pero el rasgo más notable del Código de 1822 en este punto es la total claridad con que consagra el carácter de auténtica coerción de las amenazas condicionales. La introducción de la distinción entre el cumplimiento y el incumplimiento de la condición como criterio esencial de punición, inexistente en el modelo francés, y la remisión de los casos de condición cumplida —«en todo o parte»— a los supuestos de coerción del Capítulo IV del Título I, en especial al art. 680, demuestran una decisión inequívoca de considerarlos como casos de «fuerzas», cuya única particularidad reside en la naturaleza del medio comisivo empleado. En este esquema, la pena impuesta por el art. 720 a las amenazas condicionales de condición no cum-

(204) *Código Penal... cit.*, pp. 146-147 (160-161).

(205) Si bien el art. 719 no exige expresamente que se trate de un mal constitutivo de delito, el art. 720 indica claramente lo contrario, al determinar la penalidad de la amenaza atendiendo a la pena asignada al mal amenazado. El art. 721, por su parte, tampoco pareciera exigir el carácter delictivo del mal amenazado. En todo caso, importa señalar que en el contexto del Código de 1822, la expresión «en su persona, honra o propiedad» equivale a decir cualquiera de los delitos de la Parte Segunda («delitos contra los particulares»), distribuidos precisamente entre delitos contra la persona (Título I), honra (Título II) y propiedad (Título III). Dado que esta expresión pasó en los mismos términos al Código de 1848, permaneciendo desde entonces inalterada, lo dicho viene a confirmar la corrección de la interpretación amplia de la expresión «en su persona» del actual art. 493 C.p., sostenida por la doctrina mayoritaria aunque en virtud de otras consideraciones [cfr. por todos LORENZO SALGADO, «Alcance y características del “mal” en los artículos 493 y 494 del Código penal», en *Libro Homenaje a Antonio Beristain*, 1989, pp. 763 y ss. (768-769)].

(206) QUINTANO (*Tratado... cit.*, I, p. 891) y ELENA LARRAURI (*op. cit.*, pp. 22-24) sostienen que el Código de 1822 sólo habría sancionado las amenazas condicionales. Sin embargo, no se vé que sentido pueda tener la expresión «sin ser para alguno de los malos fines expresados en el artículo 719» del art. 721, que no sea el de referirse a la amenaza simple.

plida representa obviamente un adelantamiento en la punición de la coerción, cuando el medio comisivo ha consistido en la amenaza de cometer un mal constitutivo de delito. Por otra parte, es precisamente esta conexión sistemática entre amenaza condicional y coerción («fuerza») lo que permite concluir que el tipo del art. 680 se encuentra concebido como un delito de resultado, pues de otro modo carecería de sentido la remisión que a él efectúa el art. 719.

No se puede negar que esta regulación de la coerción presenta graves deficiencias. El Código de 1822 carece de un criterio sistemático unitario en esta materia, abunda en previsiones redundantes y la redacción de sus preceptos adolece por lo general de un extremado casuismo. También es cierto que el Código de 1822 yerra completamente al momento de determinar la penalidad de las amenazas condicionales, ya que el art. 720 le asigna a las hipótesis de condición no cumplida una penalidad por lo general más severa que la pena de la coerción del art. 680, aplicable sin embargo a las hipótesis de condición cumplida.

Con todo, los aciertos del Código de 1822 son en definitiva más relevantes que sus defectos. El desarrollo de la idea de la coerción a partir de la antigua noción de las fuerzas constituye un rasgo que distingue claramente al Código de 1822 de toda la familia de los códigos penales napoleónicos. Dejando de lado el ALR prusiano, el Código de 1822 viene así a ser el primer código penal europeo en consagrar el delito de coerción, y ciertamente el único en haberlo hecho con independencia de la doctrina alemana.

No menos notable es el modo como el Código de 1822 recoge la herencia francesa —atentados a la libertad como delitos contra intereses colectivos, amenazas—, y le otorga una ordenación sistemática congruente con la idea de la coerción. En este sistema, el eje central es el delito de fuerza del art. 680, respecto del cual las amenazas condicionales de mal constitutivo de delito (arts. 719, 720) constituyen tipos calificados y la violación de libertad (art. 242) un tipo privilegiado, todo ello atendiendo a un mismo criterio: la mayor o menor gravedad del medio coercitivo utilizado.

Estas características hacen del Código de 1822 un documento único en su época y contexto cultural en lo que se refiere a la protección penal de la libertad personal.

1.2. *El Proyecto de Código criminal de 1831*

Aunque el papel desempeñado por el Proyecto de Sainz Andino en el paso del Código de 1822 al de 1848 no se encuentre del todo esclarecido (207), su examen es especialmente ilustrativo de la re-

(207) Cfr. CASABÓ RUIZ, *El proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz Andino*, Murcia, 1978, pp. 2 y ss.

cepción de la regulación del Código de 1822 en la cultura jurídica de la época (208).

Tal como el Código de 1822, el Proyecto de 1831 destina un apartado específico a «las fuerzas y violencias contra las personas» (Título 10.º, Sección 6.ª). Su contenido es sin embargo mucho más reducido, abarcando solamente los delitos de detenciones ilegales (arts. 950-954), extorsión (art. 955) y trato abusivo del detenido por parte de un funcionario público (arts. 957, 958). Estas últimas disposiciones constituyen el aporte más original del Proyecto, pudiendo ser citadas como el primer intento de regulación específicamente destinada a sancionar la tortura en el Derecho penal español. La regulación de la detención ilegal, en cambio, es una simplificación de las normas del Código de 1822, efectuada siguiendo en lo esencial el esquema de los arts. 341 a 344 del Código francés de 1810. Por su parte, el tipo de extorsión no es más que una adaptación de la respectiva disposición del Código de 1822.

Para la evolución del delito de coerción, lo más interesante de la construcción de Sainz Andino es sin duda el hecho de que no exista una norma como la del art. 680 C.p. 1822. Curiosamente, esto no se relaciona con una superación de la antigua idea de «fuerza». Tanto el epígrafe de la sección como la redacción de los diversos preceptos acuden claramente a la noción de «hacer fuerza o violencia a otro» como concepto común a los tres delitos que integran esta categoría. Más bien pareciera desprenderse del Proyecto la tesis de que fuera del ámbito de las lesiones, el ejercicio de violencia sólo resulta merecedor de pena en tanto se vincule a un propósito o resultado ulterior, o a especiales circunstancias de su comisión, que sean por sí mismos político-criminalmente relevantes.

La Sección 8.ª del Proyecto se encuentra consagrada a «las amenazas de hacer algún daño», contemplando el siguiente esquema de regulación (209):

(208) Los Proyectos de 1830 y 1834 no son de interés en este aspecto, salvo por el hecho de haber omitido totalmente esta materia en su articulado. A juicio de MIRA (*op. cit.*, p. 105, nota 20), ello habría sido una consecuencia de su carácter absolutista.

(209) «Art. 963. El que para obligar a alguna persona a que ponga a su disposición cantidad de dinero, o bien para que haga o deje de hacer alguna cosa en perjuicio de sus legítimos derechos o en contravención de sus deberes públicos o privados, le amenazare de causarle la muerte u otro daño grave en su persona, bienes o reputación, bien se haga la amenaza por escrito firmado o anónimo, sufrirá la pena de cuatro a seis años de trabajos públicos en presidios o arsenales, conforme sea más o menos grave el daño en que ella consistiere.» / «Art. 964. Si las amenazas que expresa el artículo precedente se hicieren de palabra o por medio de interpuesta persona, será castigado el amenazador con la pena de dos a tres años de obras públicas municipales.» / «Art. 965. En el caso de que por efecto de las amenazas se lograre alguna usurpación de los bienes o derechos de la persona amenazada, se

		por escrito anónimo o firmado
	de condición incumplida	
Amenazas de muerte o de daño (grave, determinado) en la persona, bienes o reputación	condicional	de palabra o por medio de interpuesta persona
	de condición cumplida	
	simple	

La sistematización y redacción de los preceptos evidencian su procedencia del Código de 1822. También aquí el eje central de la punición de las amenazas es su carácter condicional o simple, y, en el caso de las amenazas condicionales, si la condición se encuentra cumplida o no. Digno de nota es la asignación de una penalidad específica a la hipótesis de condición cumplida, consecuencia obligada de la eliminación del tipo genérico de fuerza. También es interesante que el Proyecto no le atribuya gran importancia al hecho de ser o no constitutivo de delito el mal con que se amenaza, ya que sólo exige que se trate de un daño grave en la persona, bienes o reputación del amenazado, y, para efectos de determinar la pena, prescinde completamente de la penalidad del mal.

Con todo, la influencia del Código francés no deja de manifestarse. Prueba de ello es la diferenciación de penalidades atendiendo a si la amenaza ha sido formulada por escrito o verbalmente, como también el establecimiento de una regla especial de penalidad para el caso de que «el amenazador llegue a poner en ejecución las amenazas». Esta última disposición deja en claro hasta qué punto Sainz Andino sigue pensando en la amenaza como una fase preparatoria de la acción con cuya comisión se conmina. O lo que es lo mismo, cuán lejos se encuentra el Proyecto de 1831 de la idea del delito de coerción, tal como fuera consagrada por el Código de 1822.

impondrá la pena de seis a diez años de trabajos públicos o arsenales con la multa de un importe doble de lo usurpado.» / «Art. 966. Siempre que el amenazador llegue a poner en ejecución las amenazas, se le impondrá la pena mayor que por las circunstancias más agravantes esté señalada a las del delito que hubiere cometido, y nunca podrá ser menor del máximo de la pena señalada en el artículo 963.» / «Art. 967. El que por escrito, por recado o de palabra hiciere a otro alguna amenaza de daño determinado en su persona o en sus bienes sin ninguno de los objetos que expresa el artículo 963, sufrirá de dos meses a un año de arresto. / Si la amenaza fuera de daño grave, podrá exigir el ofendido que el amenazador preste fianza de buena conducta, o en el caso de no hacerlo se le destierre del pueblo a distancia de diez leguas por uno a cinco años.» (CASABÓ RUIZ, *op. cit.*, pp. 220-221).

1.3. El Código Penal de 1848

El sistema ideado por el Código de 1848 para los delitos contra la libertad se aparta totalmente de la tradición francesa. La sección entre los delitos contra el orden institucional usualmente destinada a los atentados a la libertad desaparece por completo, pasando las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos a ser tratadas como una clase más de los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, específicamente, como abusos contra particulares (Libro II, Título VIII, Capítulo VIII, arts. 286-289). Por otra parte, la omnicompreensiva categoría francesa de los «delitos contra las personas» es reducida en su alcance, abarcando ahora sólo los homicidios, el aborto, las lesiones corporales y el duelo, surgiendo así como categoría autónoma la de los «delitos contra la libertad y seguridad» (Título XIII).

Esta nueva ordenación sistemática, cuya fuente se encuentra en el Código brasileño de 1831 (210), condujo a la regulación conjunta de las «amenazas y coacciones» (Capítulo VI del Título XIII), en los siguientes términos:

«Art. 407. El que amenazare a otro con causar al mismo o a su familia en sus personas, honra o propiedad un mal que constituya delito, será castigado:

1.º Con la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley al delito con que amenazare, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquiera otra condición ilícita y el culpable hubiera conseguido su propósito, y con la pena inferior en dos grados si no la hubiere conseguido.

La pena se impondrá en su grado máximo si las amenazas se hicieren por escrito o por medio de emisario.

(210) El Código Criminal del Imperio del Brasil dedicaba el Título I de su Parte III («Delitos particulares») a los «Crímenes contra la libertad individual», comprendiendo los delitos de reducción a esclavitud (art. 179), coerción (art. 180), detenciones ilegales cometidas por particular y por funcionario público (arts. 181-187), denegación de auxilio a funcionario público encargado de ejecutar una orden de *Habeas-Corpus* (art. 188), cárcel privada (arts. 189-190) y persecución religiosa (art. 191). Por su parte, las amenazas se encontraban ubicadas en una sección especial destinada a ellas (Sección V, arts. 207-208) dentro del Capítulo I («Crímenes contra la seguridad de la persona y la vida») del Título II («Crímenes contra la seguridad individual») de la Parte III, después de las secciones dedicadas al homicidio, al infanticidio, al aborto y a las heridas y otras ofensas físicas, y antes de las secciones dedicadas a la entrada en casa ajena y a la apertura de cartas. El origen de este sistema tan peculiar es desconocido, pues ninguno de los dos proyectos que le sirvieron de inspiración —el de Pascoal José de Mello Freire para el Reino de Portugal (1786) y el de Edward Livingston para el Estado de Louisiana (1825)— compartía estas características.

2.º Con las penas de arresto mayor y multa de 10 a 100 duros, si la amenaza no fuere condicional.

Art. 408. Las amenazas de un mal que no constituya delito hechas en la forma expresada en el número 1.º del artículo anterior, serán castigadas con la pena de arresto mayor.

Art. 410. El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5 a 50 duros» (211).

Estas disposiciones proceden manifiestamente del Código de 1822, pero se diferencian de los preceptos de éste en cuatro aspectos fundamentales:

(1) en el tipo de las coacciones sólo se contempla la violencia como medio comisivo, desapareciendo la mención a las amenazas y a la intimidación;

(2) las diversas hipótesis de amenazas de mal constitutivo de delito se encuentran reguladas conjuntamente y subordinadas a un encabezamiento común; con ello disminuye la relevancia sistemática de la distinción entre el carácter condicional o simple de la amenaza;

(3) la pena de las amenazas condicionales de mal constitutivo de delito no es autónoma, sino que se determina mediante una referencia a la pena del delito con cuya comisión se amenaza; y,

(4) se establece una hipótesis especial para las amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito.

Los rasgos (2) y (3) evidencian una renovada influencia del modelo francés sobre la regulación del Código de 1822. Desde este punto de vista, bien puede decirse que la regulación de las amenazas del Código de 1848 constituye un retroceso conceptual. Sin embargo, desde otra perspectiva también es posible sostener que el Código de 1848 representa incluso un progreso en la precisión de la naturaleza coercitiva de las amenazas condicionales. Pues el establecimiento de una hipótesis de amenaza condicional sin ninguna restricción relativa a la naturaleza del mal con que se amenaza —punto (4)— implica una ruptura total con el principio político-criminal básico del modelo francés. Esta ampliación explícita del ámbito de punibilidad de las amenazas condicionales, extendiéndolo más allá del ámbito de punibilidad del mal con que se amenaza, constituye un caso único entre los códigos napoleónicos, cuyo surgimiento se explica en virtud de las modificaciones experimentadas por el delito de coacciones.

(211) *Código Penal de España*, Madrid, 1848, pp. 97-98 (reimpresión en *Código Penales Españoles... cita.*, pp. 287-288). Como se recordará, además de los delitos de amenazas y coacciones el Código de 1848 incluía en este Capítulo al delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 411).

Como es notorio, el art. 410 del Código de 1848 recoge el art. 680 del Código de 1822, mejorando su redacción al simplificar considerablemente su formulación y prescindir definitivamente de la arcaica terminología proveniente de la antigua legislación. Aquí la modificación crucial se encuentra en el rasgo (1) antes señalado, es decir, en el reemplazo de la remisión que el artículo 680 del Código de 1822 hacía a los medios comisivos del raptó por la utilización del término «violencia» como única expresión legal referida al medio comisivo de las coacciones. En sus concordancias a esta disposición, Joaquín Francisco Pacheco sugiere tácitamente que el alcance del término violencia» equivale a todo el ámbito de aplicación de la fórmula del Código de 1822 (212). Esta tesis, que ha sido posteriormente defendida por algunos autores (213), es sin embargo inaceptable.

Basta con contrastar el Código de 1848 con el Código de 1822 para advertir que en la nueva regulación dada a la coerción el legislador excluyó deliberadamente a la coerción mediante amenaza del ámbito típico del delito de coacciones, estableciendo con ello un sistema paralelo de incriminación. Así se explica, en primer lugar, la modificación de la penalidad asignada al caso del cumplimiento de la condición impuesta bajo amenaza de mal constitutivo de delito. En vez de remitirse aquí a la pena de las coacciones, como lo hacía el Código de 1822, el Código de 1848 establece otro criterio para su determinación. Pero la prueba más importante de esta reestructuración de las relaciones entre amenazas condicionales y coacciones se encuentra evidentemente en el surgimiento de la hipótesis de amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito. Dado que en el Código de 1822 la coerción mediante amenaza de mal no constitutivo de delito pertenecía al ámbito típico de las coacciones, su aparición en 1848 como hipótesis paralela sólo se puede explicar a raíz de la decisión legislativa de distinguir tajantemente entre la coerción mediante violencia y la coerción mediante amenaza, excluyendo a esta última del ámbito del delito de coacciones.

Por cierto, lo expuesto deja en pie la cuestión de si en la práctica es posible mantener esta distinción tan nítida entre violencia y amenaza. También queda pendiente la respuesta a la pregunta por la

(212) Ello se desprende del modo como Pacheco incluye al art. 680 C.p. 1822 como fuente del art. 410 C.p. 1848 (art. 420 C.p. 1850), ya que transcribe el precepto de 1822 intercalando entre paréntesis la palabra «violencia» a continuación de la remisión que el art. 680 hacía al art. 664 (*Código Penal... cit.*, III, p. 269).

(213) JASO ROLDÁN, *op. cit.*, p. 302. También HIGUERA GUIMERÁ (*El delito... cit.*, p. 19) dice seguir esta interpretación histórica, citando sin embargo erróneamente los comentarios de Pacheco, en donde nada se dice a este respecto. Por no reparar en este error de cita, MIRA, ha criticado a Higuera, sosteniendo que la adjudicación a Pacheco de esta interpretación amplia del término «violencia» es infundada (*op. cit.*, p. 106).

correcta calificación de la intimidación como medio coercitivo, el tercer término empleado por el Código de 1822 y omitido por el Código de 1848. Pero nada de esto obsta a que toda la evidencia histórica indica que el sistema de regulación de la coerción ideado por el Código de 1848 se basa en la postulación de un paralelismo entre las amenazas condicionales y las coacciones violentas.

Lo dicho es enteramente aplicable a la actual regulación de la coerción ya que salvo por algunas modificaciones de detalle introducidas a lo largo de su evolución posterior (214), la regulación consagrada por el Código de 1848 se encuentra vigente hasta el día de hoy.

2. CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS

Los antecedentes históricos expuestos en la sección anterior permiten concluir que el Código penal español consagra un sistema complejo de punición de la coerción, formado por dos tipos alternativos que se diferencian entre sí en base al medio comisivo empleado. En este marco normativo, las hipótesis típicas denominadas «amenazas condicionales» (arts. 493 núm. 1 y 494 C.p.) constituyen auténticos supuestos de coerción; específicamente, de coerción mediante amenaza. La afirmación usual en la doctrina, conforme a la cual el Derecho penal español incluiría en el delito de amenazas lo que otros Códigos penales estiman como coerción, es por lo tanto imprecisa e inductora a confusión. Lo que caracteriza al Código Penal español es distinguir dos hipótesis básicas de coerción y regular una de ellas, la coerción mediante amenaza, junto con otro tipo delictivo diverso, la amenaza simple o delito de amenazas sin más.

Es cierto que esta interpretación de las amenazas condicionales puede resultar discutible en el ámbito del Derecho penal francés y de los demás textos legales estrechamente ligados a él en esta materia, como el Código napolitano de 1819, el Código parmense

(214) De las cuales las más importantes son las siguientes: (1) la introducción en el Libro III de una falta relativa a las coacciones leves (Código Penal de 1870); (2) la sustitución, en las amenazas condicionales de mal constitutivo de delito, de la expresión «cualquiera otra condición ilícita» por la expresión «cualquiera otra condición, aunque no sea ilícita», y de la expresión «ejecutar» por la expresión «efectuar», en las coacciones (Código Penal de 1870); (3) la sustitución, en las amenazas condicionales de mal constitutivo de delito, de la remisión a la pena del delito con cuya comisión se amenaza por penas autónomas (Código Penal de 1933); (4) la introducción de la agravante de haberse hecho la amenaza a nombre de entidades reales o supuestas (Código de 1944); (5) la introducción de hipótesis de coacciones laborales (Ley de 19 de julio de 1976), y (6) la introducción de una hipótesis de coacciones o amenazas cometidas con el fin de atemorizar a los habitantes de una población (Ley de 28 de diciembre de 1978).

de 1820, los Códigos sardos de 1839 y 1859, el Código para los estados estenses de 1855 y el Código belga de 1867. Pues en el modelo francés es la noción misma de la coerción como forma de injusto penal lo que siempre ha estado ausente.

También es cierto que la influencia del Código francés en el Código español de 1848 es especialmente fuerte en esta materia. De aquí que Quintano Ripollés pretendiera que por su origen francés las amenazas (simples y condicionales) tenían una «naturaleza jurídica» tan diversa de las coacciones.

Pero, como se ha visto, sólo la interpretación de las amenazas condicionales como hipótesis de coerción es capaz de ofrecer una reconstrucción racional del paso de la regulación del Código penal de 1822 a la regulación del Código de 1848. Pues lo fundamental en este punto es que a diferencia de todas las legislaciones pertenecientes al ámbito de influencia del Derecho francés, el Derecho penal español sí conoce la noción de la coerción como tipo de injusto penal, y es precisamente dentro de este marco conceptual donde reciben su consagración las amenazas condicionales.

El examen de la evolución del derecho penal europeo en esta materia también contribuye a corroborar esta interpretación. Enfrentada a los modelos francés y alemán, la regulación española puede parecer hoy en día excepcional. Comparada en cambio con la legislación vigente en Europa a la época de su promulgación, ya no resulta tan discordante. Pues allí donde existía la idea de la coerción como tipo de injusto pero se puede apreciar también la influencia del Código francés, se nota una marcada tendencia a destacar el perfil propio de la coerción mediante amenaza, ya sea eliminando el tipo de comisión mediante violencia, como en la fase final de la codificación prusiana (184-1851), o bien regulando ambos tipos de modo paralelo, como en el Código austríaco de 1852 y en el Proyecto de la Primera Comisión italiana de 1868. Demás está decirlo, en todos estos contextos la amenaza condicional francesa es siempre entendida como coerción mediante amenaza.

Además de permitir la reconstrucción de la evolución histórica de la codificación española, la interpretación de las amenazas condicionales como supuestos de coerción mediante amenaza constituye el punto de partida correcto para la solución de los diversos problemas que plantea la aplicación de los arts. 493 núm. 1, 494 y 496 del actual Código penal.

No es éste lugar para desarrollar en forma exhaustiva semejante «programa de investigación dogmática» (parafraseando la expresión de Imre Lakatos). El objetivo de las páginas que siguen se reduce a exponer someramente cuáles son las principales consecuencias que esta tesis implica para el análisis de tres aspectos básicos de la regulación española de la coerción: a) la distinción entre amenazas simples y amenazas condicionales, b) el paralelismo entre amenazas

condicionales y coacciones violentas, y c) la demarcación entre la violencia y la amenaza como medios de coerción.

Previo a ello conviene sin embargo detenerse un momento en la elucidación del concepto de libertad personal como bien jurídico protegido en estos delitos, a fin de despejar algunas complicaciones producidas por la introducción de la teoría de Binding en la doctrina española.

2.1. *El bien jurídico protegido*

Tal como lo sostienen Bustos y Elena Larrauri, y como también lo entiende Torío López, el bien jurídico protegido por las amenazas condicionales tiene que ser necesariamente el mismo bien jurídico protegido por las coacciones violentas. Si la diferencia entre uno y otro tipo de delito radica esencialmente en el medio comisivo empleado, entonces no resulta razonable sostener que ellos protegen diversos bienes jurídicos, pues la especificación del medio de ataque no altera el objeto de protección. Este bien jurídico no es otro que la *libertad personal* entendida como libertad de acción, es decir, como ausencia de obstáculos ilegítimos al desenvolvimiento de la propia capacidad de actuación en el marco de la vida social.

La postura dominante en la doctrina española postula sin embargo una pluralidad de bienes jurídicos. Siguiendo a Binding, estima que la libertad personal es la libertad de la voluntad, objeto susceptible de descomposición en tres elementos: la libertad de la formación de la voluntad, la libertad de la decisión de la voluntad conforme a motivos propios y la libertad de la actuación de la voluntad en el caso concreto. Estos tres elementos son entendidos como subbienes jurídicos que se encuentran estructurados en una secuencia cronológica, en la cual la protección del primero antecede a la del segundo y la de éste antecede a su vez a la protección del tercero (215). Hasta dónde esta interpretación de Binding concuerda efectivamente con su pensamiento, ello constituye un problema digno de examen, pero que no es necesario efectuar en esta oportunidad. Pues aun prescindiendo de esta cuestión parece evidente que semejante interpretación es dogmáticamente insostenible.

La importancia del esquema de Binding consiste en que ofrece un buen punto de partida para establecer una demarcación funcional

(215) Esta interpretación de Binding es explícita en las obras más recientes, como QUERALT, *op. cit.*, pp. 117-118; COBO-CARBONELL, *op. cit.*, pp. 730-731, y LORENZO, *El bien jurídico... cit.*, pp. 445 y ss. Las obras anteriores distinguen entre bien jurídico (libertad de acción) y objeto de la acción (esquema de Binding), pero en los resultados no se diferencian de la interpretación reciente: MIR, *op. cit.*, p. 270; GARCÍA-PABLOS, *op. cit.*, p. 115; MIRA, *op. cit.*, pp. 125 y ss. Oscilando entre la versión antigua y la reciente, BAJO, *op. cit.*, p. 113.

entre la violencia y la amenaza como medios coercitivos. Así entendido, las tres etapas del proceso de formación de la voluntad vienen a ser los presupuestos fácticos de la capacidad personal de acción. Es esta última la que constituye el objeto de ataque (objeto de la acción) correlativo al concepto de libertad personal como bien jurídico (objeto de protección). Las tres primeras, en cambio, representan los objetos específicos sobre los que recaen las posibles formas alternativas de vulneración de la capacidad de acción. En tanto objetos específicos, las etapas del proceso de formación de la voluntad son ciertamente susceptibles de ser atacadas de modo exclusivo, según el medio comisivo que se emplee. Pero el ataque a ellas sólo tiene relevancia penal en la medida en que se encuentre referido al constreñimiento de un determinado comportamiento, que es el objeto del cual se predica la libertad o la coerción. Por otra parte, es un error pretender que este esquema permite identificar una secuencia de estricto orden cronológico. Pues cualquier comportamiento intencional de mínima duración y complejidad supone la concurrencia simultánea o recursiva, pero no linealmente sucesiva, de la capacidad de formación, decisión y actuación de la voluntad.

Una vez que se tiene presente lo anterior, puede advertirse cuán incorrecta es la tesis usual en la doctrina española, que identifica el efectivo constreñimiento del comportamiento del coaccionado (lesión del bien jurídico) con la vulneración de la capacidad de actuación, al entender que ésta representa la última fase cronológica del proceso de formación de la voluntad (216). Esta errónea tesis, que en los términos de Binding equivale a hacer equivalentes el uso de un medio comisivo y la producción del resultado típico, ha desvirtuado o confundido los términos en que deben ser resueltos algunos de los más importantes problemas que plantea el tratamiento de la coerción.

Un buen ejemplo es la disputa en torno a la admisibilidad de los atentados a la capacidad de formación de la voluntad dentro del tipo de las coacciones (217). Lo que aquí se encuentra en discusión es la calificación de violencia para el uso de medios tales como el suministro de alcohol o narcóticos, la hipnosis y otras formas de pseudo-persuasión. La doctrina española ha intentado dar respuesta a esta cuestión preguntándose si la primera fase cronológica del proceso de formación de la voluntad estará o no comprendida dentro del ámbito de protección de las coacciones. Pero este modo de plantear el pro-

(216) MIR, *op. cit.*, p. 284; GARCÍA-PABLOS, *op. cit.*, p. 115; MIRA, *op. cit.*, 128-130; COBO-CARBONELL, *op. cit.*, p. 730; BAJO, *op. cit.*, p. 114; LORENZO, *op. cit.*, pp. 450, 452.

(217) Por la afirmativa, RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pp. 286, 288, MIR, *op. cit.*, pp. 277-278, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 39, BAJO, *op. cit.*, pp. 113-114. Por la negativa, GARCÍA-PABLOS, *op. cit.*, p. 118; MIRA, *op. cit.*, 127-128; COBO-CARBONELL, *op. cit.*, p. 731.

blema no conduce a resultados razonables. Desde luego, es posible utilizar tales medios para impedirle a la víctima que haga aquello que previamente había decidido hacer, caso en el cual carece de toda relevancia la referencia al proceso cronológico de formación de la voluntad. Distintos son los supuestos en que el coaccionador se anticipa a la deliberación de la víctima, reduciéndola a un estado de incapacidad de voluntad para así obviar de antemano cualquier resistencia o impedirle de plano hacer aquello cuya omisión interesa al coaccionador. De aceptarse la calidad de violencia de los medios arriba señalados, el problema que plantean estos supuestos consiste en la dificultad de distinguirlos de la mera reducción a un estado de inconsciencia, ejecutada sin un propósito coercitivo explícito o concreto. Pero éste no es un problema que concierna exclusivamente a la protección de la primera fase del proceso de formación de la voluntad. Éste es un problema clásico de los delitos contra la libertad en general, a saber, cómo distinguirlos de los demás delitos contra bienes jurídicos individuales —en este caso, la salud o integridad física o psíquica—, cuyos objetos de la acción correlativos constituyen presupuestos necesarios del libre desenvolvimiento de la personalidad.

Otro ejemplo de las confusiones originadas por esta interpretación de Binding lo brinda el análisis de las relaciones existentes entre las coacciones y las amenazas condicionales. El punto de partida se encuentra aquí en la inobjetable premisa sentada por Binding, conforme a la cual la diferencia entre la violencia y la amenaza se basa en la incompatibilidad de sus respectivos objetos de ataque. La doctrina española transforma esta tesis en una diferenciación de bienes jurídicos mediante la siguiente argumentación: dado que el delito de coacciones supone un efectivo resultado de constreñimiento —impedir hacer, compeler a ejecutar—, se tiene que el mencionado tipo sólo tutela la libertad de obrar o capacidad de ejecutar lo decidido, es decir, la última fase del proceso volitivo; luego, como la amenaza atenta contra el bien jurídico correspondiente a la etapa previa del proceso de volición, la libertad de decisión conforme a motivos propios, debe concluirse que ella se encuentra excluida del ámbito típico de las coacciones (218). Esta última conclusión es correcta, no así su fundamentación. Conforme a la teoría de Binding no es el constreñir a hacer o a omitir (resultado típico) sino el empleo de violencia (medio comisivo) el elemento del delito de coerción que implica un atentado a la capacidad de actuación de la voluntad. Esto es algo obvio en el contexto del § 240 C.p. alemán, que desde 1871 exige la producción del resultado, ya sea que el medio empleado consista

(218) MIR, *op. cit.*, p. 284; GARCÍA-PABLOS, *op. cit.*, pp. 115-116; MIRA, *op. cit.*, pp. 128-130; LORENZO, *op. cit.*, pp. 450-453, COBO-CARBONELL, *op. cit.*, pp. 730-731; BAJO, *op. cit.*, p. 114.

en la violencia o en la amenaza. Pero también fuera de este contexto sigue siendo evidente la improcedencia del argumento. Si a un juez español se le hiciera ver que no puede subsumir en el tipo de las coacciones un caso de coerción mediante intimidación porque dicho tipo exige que la víctima efectivamente haya ejecutado u omitido algo, de seguro quedaría perplejo. Y con razón, pues cualquiera entiende que también mediante el uso de una amenaza se puede constreñir efectivamente el comportamiento ajeno, se puede impedir a alguien hacer algo o compelerle a ejecutarlo. Claramente se advierte aquí dónde radica el inconveniente más grave de este tipo de confusiones, en que debilitan la distinción bindingiana entre la violencia y la amenaza en vez de contribuir a su defensa.

Si a lo anterior se le agrega el carácter cada vez más intrincado de las distinciones que la doctrina española ha ido desarrollando en torno a esta materia, se entiende perfectamente que Quintano Ripollés en su época y actualmente Bustos Ramírez hayan cuestionado de modo tan tajante la validez de la teoría de Binding. Pero tal como se ha señalado, la solución consiste en reestructurar el esquema de análisis, reconociendo un único bien jurídico y dándole a la distinción de Binding el rol que en rigor le corresponde, es decir, en el nivel de la demarcación de los medios comisivos de la coerción.

2.2. *La diferenciación entre amenazas condicionales y amenazas simples*

La consideración de las amenazas condicionales como supuestos de coerción mediante amenaza exige su total diferenciación respecto de las amenazas simples. La conexión que el texto legal establece entre ambos tipos debe ser entendida como una mera medida de economía en la redacción de los preceptos, que no reviste mayor relevancia para su análisis. Desde un punto de vista dogmático, la relación que existe entre las amenazas condicionales y las amenazas simples españolas es idéntica a la que existe entre el delito de coerción (mediante amenaza) y el delito de amenaza (simple) en el derecho penal alemán o italiano.

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de amenazas (simples) constituye una cuestión sumamente debatida, cuyos resultados aún siguen siendo inciertos (219). Por el contrario, el bien jurídico protegido en el delito de amenazas condicionales es inequívocamente la libertad de acción (220). La principal consecuencia de

(219) Para un panorama de la diversidad de posturas existentes en esta materia, cfr. LARRAURI, *op. cit.*, pp. 219 y ss.; LORENZO, *op. cit.*, pp. 456 y ss.

(220) Ciertamente es que una postura doctrinaria, que se remonta a CARRARA, considera también a la amenaza (simple) como un delito contra la libertad (cfr. *Pro-gramma... cit.*, § 1575, QUINTANO, *Tratado... cit.*, pp. 893 y ss.), con lo que pare-

esta diferencia se relaciona con las condiciones que debe cumplir la amenaza para realizar uno y otro tipo, especialmente con los requisitos de la seriedad, o intención positiva de irrogar el mal amenazado, y la verosimilitud, o posibilidad fáctica de irrogar el mal amenazado. En el ámbito de la amenaza simple, el alcance que se dé a estos requisitos depende de la postura que se adopte respecto del bien jurídico protegido. En la medida en que se relacione al delito de amenazas (simples) con la protección de los bienes jurídicos con cuya lesión se amenaza, cabe también exigir que el amenazador haya tenido el efectivo propósito de cometer el delito anunciado y que el cumplimiento de la amenaza haya sido fácticamente posible. En el ámbito de las amenazas condicionales, en cambio, carece de sentido la constatación de un peligro concreto para el bien con cuya lesión se amenaza. Puesto que los requisitos de la amenaza se determinan aquí atendiendo a su funcionalidad coercitiva, lo único relevante es su credibilidad desde la perspectiva del coaccionado.

Algo semejante sucede con la postura que considera al sentimiento de tranquilidad personal o seguridad subjetiva como bien jurídico protegido (en grado de lesión o peligro) por las amenazas simples. Cualquiera sea la plausibilidad de esta tesis y de las consecuencias que ella conlleva para el análisis del concepto de amenaza (simple), lo cierto es que en el ámbito de las amenazas condicionales es improcedente exigir la causación actual o potencial de un estado psíquico penoso para el coaccionado. El destinatario de una amenaza coercitiva puede analizar su situación con toda frialdad, decidir racionalmente que acceder a las exigencias del amenazador representa para él un costo menor que sufrir la amenaza y cumplir en consecuencia con la condición impuesta, sin que ello altere para nada el carácter coercitivo de la amenaza. Por lo demás, conforme a la naturaleza de las cosas, la amenaza condicional no defectiva necesariamente lleva implícito un *minus* de inseguridad para su destinatario que la amenaza simple, ya que la condicionalidad implica por definición también una oferta de no llevar a cabo la amenaza para el caso en que se cumpla la condición (221).

cería difuminarse la importancia de distinguir entre amenazas condicionales y amenazas simples. Pero la razón aducida por esta postura incurre en la falacia de no distinguir entre la libertad como fundamento político-criminal de la protección de todos los bienes jurídicos individuales y la libertad como uno de esos bienes jurídicos individuales, concreta y específicamente considerada. Del hecho que la intranquilidad producida por una amenaza haga que el amenazado restrinja su marco normal de actividades no se deduce que la amenaza sea un delito contra la libertad: ¡también las lesiones implican por definición una disminución de la capacidad de acción del lesionado!

(221) Desde un punto de vista analítico, una amenaza condicional constituye en cierto modo también una promesa, pues sólo bajo la expectativa de que el mal amenazado no será llevado a cabo en caso de cumplirse con la condición impuesta

Otra diferencia importante entre el tratamiento de la amenaza simple y el tratamiento de la amenaza condicional puede apreciarse, por último, en el requisito de la injusticia del mal con cuya irrogación se amenaza.

En el ámbito de la falta de amenazas (simples) prevista por el art. 585 núm. 3 C.p. (art. 480 núm. 10.º C.p. 1848), aunque la conducta con que se amenaza no sea constitutiva de delito, debe tratarse sin embargo de una acción antijurídica, de un mal cuya irrogación no se encuentre permitida por el derecho. Pues quien se encuentra jurídicamente autorizado a realizar una determinada conducta, con mayor razón puede anunciar su realización (222). Por el contrario, la aplicación de esta tesis en el ámbito de la amenaza condicional de mal no constitutivo de delito es sumamente discutible. En el siglo pasado, ella sólo fue defendida al interior del ámbito de influencia del pensamiento francés y hoy en día es compartida en España y Alemania por una postura minoritaria. La postura dominante considera que la apreciación de la antijuricidad de la amenaza condicional no puede efectuarse atendiendo únicamente a la antijuricidad del mal con que se amenaza o únicamente a la antijuricidad de la condición que se impone, sino a la antijuricidad material de la relación medio-fin que existe entre amenaza y condición.

En otras palabras, si bien es cierto que el tratamiento de la antijuricidad de la coerción mediante amenaza de un mal en sí mismo lícito o justo sigue siendo una cuestión debatida, este mismo hecho constituye sin embargo una demostración más de la magnitud de las diferencias que separan a la amenaza condicional de la amenaza simple.

Por cierto que tanto la amenaza simple como la condicional comparten un mínimo común denominador, ya que ambas admiten ser definidas como el anuncio de un mal cuya irrogación se presenta

puede la amenaza ser idónea como medio coercitivo. Entre la amenaza y la promesa existe sin embargo una importante diferencia. La promesa exitosa implica el costo de tener que cumplirla o perder credibilidad, no así la amenaza; y a la inversa, la amenaza defectiva implica el costo de cumplirla o perder credibilidad, lo que no sucede en caso de una promesa fallida. Desde el punto de vista de la racionalidad costo-beneficio, promesas y amenazas son por lo tanto asimétricas. Para un ilustrativo análisis de la amenaza (condicional) desde la perspectiva de la teoría de los juegos, cfr. SCHELLING, *The Strategy of Conflict*, 1963, pp. 35 y ss., 123 y ss., y 175 y ss.

(222) Este argumento demuestra también cuán discutible resulta sancionar penalmente la amenaza (simple) de mal no constitutivo de delito, pues es difícil encontrar un fundamento para la punibilidad del mero anuncio de un comportamiento, cuando éste es en sí mismo penalmente irrelevante. Sostener que la intranquilidad causada por la perspectiva de un daño es político-criminalmente más relevante que la irrogación de ese mismo daño no parece muy convincente.

como dependiente de la voluntad de quien formula dicho anuncio. Pero esta definición es demasiado abstracta, y a lo más permite diferenciar a la amenaza (simple o condicional) de la mera advertencia. Todas las demás cuestiones dogmáticas deben ser resueltas mediante postulados adicionales, que en el caso de la amenaza condicional se deducen de su evidente función coercitiva, y que en el caso de la amenaza simple son por lo general inciertos, debido a la falta de claridad en torno al bien jurídico que ellas protegen.

2.3. *El paralelismo entre amenazas condicionales y coacciones*

Las reflexiones anteriores conducen a replantear la posición de la amenaza dentro de la estructura de injusto del delito de amenazas condicionales, y a sostener que el núcleo del tipo no se encuentra en la formulación de una amenaza sino en la imposición de una condición. La consideración de las amenazas condicionales como hipótesis paralelas a las coacciones violentas confirma esta tesis. Si el núcleo del tipo de las coacciones se encuentra en la conducta de impedir hacer o compeler a ejecutar, y si el ejercicio de violencia desempeña el rol de un medio comisivo, como indiscutidamente se sostiene, entonces es en la imposición de la condición donde debe verse el elemento paralelo al impedir hacer o compeler a ejecutar, y en la amenaza el medio comisivo paralelo a la violencia.

Esta interpretación implica ciertamente una reformulación del precepto legal, en tanto transforma la oración «amenazar a otro imponiendo cualquier condición» en la fórmula «imponer cualquier condición amenazando a otro». Pero lejos de infringir los cánones de interpretación que legítimamente pesan sobre la dogmática penal, esta reformulación no hace más que explicitar la gramática profunda del texto legal, evidenciada por el examen de la historia de su establecimiento. Por lo demás, esta reformulación sólo invierte las relaciones de prioridad entre ambos elementos del tipo, sin alterar el alcance de ninguno de ellos. En rigor, la reformulación no hace sino explicitar la única interpretación razonable del elemento típico de la condicionalidad.

Siempre se ha estimado que por «condición» sólo cabe entender una exigencia relativa al comportamiento del destinatario de la amenaza y no el acaecimiento de un evento cualquiera, que la agravación en caso de que «el culpable hubiere conseguido su propósito» se encuentra referida al cumplimiento de la condición impuesta y no a la satisfacción de otros objetivos perseguidos por el amenazado y que entre la amenaza y el cumplimiento de la condición debe mediar una relación de causalidad. Todas estas aseveraciones presuponen sin embargo una relación directa entre la imposición y/o cumplimiento de la condición y el peligro y/o lesión de la libertad de acción de la víctima como fundamento de punibilidad. Luego es obvio que si

la libertad de acción es el bien jurídico protegido, entonces la imposición y/o cumplimiento de la condición expresa el núcleo de lo injusto de las amenazas condicionales.

Sin duda, el mayor obstáculo para la aceptación de esta tesis ha radicado en la idea de que el bien protegido por las amenazas condicionales es la libertad de decisión conforme a motivos propios. Puesto que el ataque a este objeto es precisamente lo que caracteriza a la amenaza, se entiende que la imposición de la condición haya sido siempre considerada como un elemento secundario del tipo. Esto es sin embargo incorrecto. Desde luego, esta idea no es más que otra consecuencia de la errónea interpretación de la teoría de Binding. Conforme al esquema de análisis que aquí se postula, es obvio que la relación que existe entre amenaza y libertad de decisión (medio comisivo y objeto específico de ataque) tiene que estar subordinada a la relación entre la libertad de acción y la imposición de una condición (bien jurídico y objeto de la acción típica). Pero aun al interior de la errónea interpretación de Binding es posible demostrar que la imposición de una condición juega el papel principal en la estructura de injusto de las amenazas condicionales. Pues lo que hace que la formulación de la amenaza constituya un ataque a la libertad de decisión es precisamente su condicionalidad. Una amenaza simple no introduce motivos ajenos en la fase de deliberación de otra persona, porque al no existir la oferta simultánea de no irrogar el mal amenazado, al no precisarse un comportamiento como vía de escape a la amenaza, ésta no puede influir en el proceso de deliberación del amenazado induciéndolo a adoptar una determinada decisión. Sin el elemento de la condicionalidad no puede hablarse de amenaza coercitiva, o sea, de atentado a la «libre formación de la voluntad» en el sentido de Binding.

Existe un punto sin embargo, en el cual el Código penal español claramente rompe el paralelismo entre amenazas condicionales y coacciones violentas. Mientras que la consumación de este último delito requiere que el autor haya constreñido a la víctima a hacer u omitir algo, las amenazas condicionales se encuentran consumadas con la sola imposición de la condición bajo amenaza. El posterior cumplimiento de la condición impuesta sólo viene a agravar la pena, tratándose de las amenazas condicionales de mal constitutivo de delito. En este punto, pues, no se puede compartir la opinión de Torío López, para quien tanto en el caso de las coacciones violentas como en el caso de las amenazas condicionales «se trata de delitos de resultado, en que el comportamiento del autor ha de determinar la aparición de una consecuencia posterior, es decir, de una acción u omisión» (223).

(223) TORÍO, *op. cit.*, p. 22. Recientemente, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO ha insistido en este punto de vista, aseverando que «no cabe apreciar una diferencia

Esta peculiar configuración de las amenazas condicionales es uno de los puntos más oscuros y problemáticos del modelo español de regulación de la coerción. Para un sector doctrinal, la relevancia asignada por el texto legal a la distinción entre el cumplimiento y el incumplimiento de la condición carece de fundamento; el hecho de que la víctima haya o no satisfecho las exigencias del autor de la amenaza es visto como algo ajeno a la conducta delictiva de éste (224). No se requiere de mayores argumentos para demostrar que esta tesis es incompatible con la comprensión de las amenazas condicionales como hipótesis de coerción y que por lo mismo conduce a resultados inaceptables (225). Otra postura considera que en el caso de la amenaza condicional de condición cumplida se está ante un delito de lesión de la libertad de obrar siendo la amenaza condicional de condición no cumplida un delito de peligro del mismo bien jurídico (226). No cabe duda que este modo de ver las cosas se aviene mucho mejor con la comprensión de las amenazas condicionales como hipótesis de coerción; su defecto radica sin embargo en que consiste más bien en un etiquetamiento de ambas hipótesis típicas que

significativa» entre amenazas condicionales y coacciones en lo que respecta al momento consumativo [*El injusto de las amenazas condicionales con mal no delictivo (criterios de delimitación)*, CPC 44 (1991), pp. 345 y ss. (348-351)]. Para fundamentar su tesis, Serrano acude a la distinción entre resultado típico y agotamiento material del delito, perdiendo sin embargo de vista que aun bajo esta precisión son completamente diversos los requisitos típicos relativos al resultado exigidos en los arts. 493 núm. 1, 494 y 496.

(224) QUINTANO, *op. cit.*, pp. 911-913; QUERALT, *op. cit.*, p. 127. Cfr. también las opiniones de BACIGALUPO y MIRA, citados por LORENZO, *op. cit.*, pp. 446-47, nota 30.

(225) Según esta postura, la «obtención del propósito del culpable» vendría a ser un supuesto de agotamiento del delito, tipificado bajo la forma de una condición objetiva de agravación de la pena. Pero esta tesis, o bien deja sin respuesta las tres cuestiones prácticas más importantes —en qué consiste el propósito del culpable, cuándo se encuentra éste cumplido y qué relación debe existir entre su cumplimiento y la amenaza—, o bien incurre en el error de tratar como condición objetiva de punibilidad (agravada) un supuesto necesariamente abarcado por el dolo del autor, causalmente imputable a su acción y que corresponde al momento de la lesión del bien jurídico protegido.

(226) BUSTOS, *op. cit.*, p. 98; ELENA LARRAURI, *op. cit.*, pp. 184-185. LORENZO establece una distinción análoga, pero refiriéndola a la libertad de decisión como bien jurídico lesionado o puesto en peligro (*op. cit.*, pp. 447-448). Esto es un error, pues la lesión (o puesta en peligro) de la fase de decisión es en sí misma intrasendente en el esquema legal de punición de las amenazas condicionales, si es que ella es entendida como una fase previa a la ejecución, es decir, como el acto mental (volitivo e intelectual) que antecede a la acción corporal. La hipótesis de condición cumplida va más allá de la lesión a la fase de decisión, pues es también la ejecución de lo decidido lo que el amenazador ha logrado constreñir. Y para la realización de hipótesis de condición incumplida no se requiere que el coaccionado haya decidido algo bajo amenaza.

en una explicación de su naturaleza jurídica. Pues lo relevante es determinar cuál es la relación existente entre una y otra hipótesis y qué consecuencias se deducen de ello para su aplicación en la práctica, preguntas estas para las cuales no obtienen respuestas de su mera catalogación como delito de peligro y de lesión, salvo la obvia conclusión que la pena por la realización del segundo absorbe la pena correspondiente a la verificación del primero.

Esta regulación de las amenazas condicionales tiene naturalmente una explicación histórica. Aunque la formulación de los preceptos relativos a las amenazas haya obedecido principalmente a la influencia del derecho francés, es manifiesto que la técnica utilizada por el legislador español coincide con la técnica dominante en la legislación de su época. Como se pudo apreciar en las secciones anteriores, la mayoría de los Códigos penales particulares alemanes, el Código austríaco de 1852 y el Código toscano de 1853 le dieron a la coerción la estructura típica de un delito de resultado cortado. Y ésta es precisamente la fórmula que el legislador español adoptó para tipificar la coerción mediante amenaza. En el esquema dominante en el derecho penal europeo de mediados del siglo pasado, la efectiva causación del resultado coercitivo (el constreñimiento del comportamiento ajeno) quedaba fuera del ámbito del tipo objetivo, desempeñando sólo el papel de un elemento subjetivo, una tendencia interna trascendente. En el Código español, este propósito coercitivo se expresa en la exteriorización de una condición. El tenor literal de los preceptos es distinto, pero su sentido es en definitiva exactamente el mismo. La diferencia entre el Código penal de 1848 y las demás codificaciones europeas de mediados del siglo XIX consiste en que el texto español establece una agravación de la pena en caso de verificarse el resultado coercitivo (cumplimiento de la condición), tratándose de la coerción mediante amenaza de mal constitutivo de delito. Pero incluso en este punto la regulación española no constituye un caso del todo aislado en el contexto del derecho penal europeo. La consagración del delito de coerción durante la unificación del derecho penal italiano a fines del siglo pasado tuvo lugar precisamente mediante la adopción de esta fórmula típica.

Ciertamente, lo exclusivo del Código español es que en él la coerción adopta tres estructuras típicas diversas, según cual sea el medio comisivo empleado. La coerción mediante violencia es un delito de resultado, la coerción mediante amenaza de mal no constitutivo de delito es un delito de resultado cortado, y la coerción mediante amenaza de mal constitutivo de delito, un delito de resultado cortado con agravación de la pena para la verificación del resultado. La valoración de este modelo tan especial de regulación de la coerción corresponde a la última sección. Lo que aquí interesa es establecer las líneas generales que deben regir el tratamiento de estas hipótesis de *lege lata*.

Si se observa este problema con detenimiento, fácilmente se advierte que cuando el medio coercitivo utilizado es la amenaza, por regla general es posible distinguir de modo bastante nítido entre la actuación del coaccionador (intimación de la condición y formulación de la amenaza) y la posterior actuación u omisión del coaccionado bajo amenaza (cumplimiento de la condición). Si el texto legal entendiera la coerción mediante amenaza como un delito de resultado, es evidente que la actuación del coaccionador —en los términos recién descritos— correspondería a una tentativa acabada de coerción, reconocible con toda claridad como un evento susceptible de separación espacio-temporal del resultado coercitivo. En otras palabras, bien puede decirse que las amenazas condicionales españolas implican un adelantamiento de la punición de la coerción mediante amenaza, en la medida en que lo que de otro modo sería sólo tentativa acabada de coerción (en principio punible como delito frustrado) en ellas ya implica la consumación del delito (227). La principal consecuencia práctica de esta interpretación consiste naturalmente en la irrelevancia de lo que sería el desistimiento de una tentativa acabada (arrepentimiento activo): aunque el autor libere expresamente a la víctima del cumplimiento de la condición y se desdiga de su amenaza, una vez formulada ésta se aplica siempre la pena prevista por la ley para la hipótesis de condición no cumplida (228).

La comprensión de la hipótesis de condición cumplida como el acaecimiento del resultado coercitivo —que correspondería a la consumación del delito, si éste estuviera tipificado como delito de resultado— permite también resolver otras importantes dificultades prácticas. A diferencia de las coacciones, en que el resultado coercitivo es definido por la ley desde una perspectiva neutral —impedir hacer *lo que la ley no prohíbe*— o incluso desde la perspectiva del coaccionado —compeler a ejecutar *lo que no quiera*—, la técnica de

(227) ELENA LARRAURI ha sido el único autor español en plantearse la posibilidad de esta explicación, aunque rechazándola (*op. cit.*, p. 183). Su rechazo se basa sin embargo en la confusión de los conceptos de tentativa de coerción mediante amenaza y tentativa (remota) del delito con cuya comisión se amenaza, como asimismo en el hecho de que la autora no alcanza a liberarse completamente de la tradicional noción de amenaza como núcleo común de injusto a las modalidades simple y condicional.

(228) Naturalmente, lo dicho depende de cuál sea la respuesta que se dé a la dudosa cuestión de si para la consumación del delito de amenaza de condición no cumplida se requiere o no que la víctima haya tomado conocimiento de la amenaza. Si bien en abstracto resulta admisible la tesis negativa (pues ello coincide con la idea de una tentativa acabada de coerción mediante amenaza), no deja de parecer político-criminalmente razonable exigir —al menos en el ámbito de la amenaza condicional— la toma de conocimiento por parte del destinatario de la amenaza, ya que sólo a partir de éste momento queda el acaecimiento del resultado coercitivo entregado a su decisión.

redacción de las amenazas condicionales utiliza como parámetro de definición la perspectiva del coercionador: el criterio de reconocimiento del resultado coercitivo radica aquí en el contenido del propósito del coercionador. Esto debe ser sin embargo matizado, pues una interpretación literal del precepto contradiría el fin de la norma, que es la protección de la libertad personal del coercionado. Para la agravación de la pena se debe por una parte tener presente que son irrelevantes los propósitos ulteriores del coercionador (por ejemplo, la efectiva obtención de un provecho) y que es improcedente exigir una concordancia total entre lo exigido por el coercionador y lo efectuado por el coercionado. Pero por otra parte, no cualquier conducta realizada por el coercionado en virtud de la amenaza puede bastar para dar por realizada la hipótesis de condición cumplida. En primer lugar, es imprescindible poder imputar al coercionador la conducta efectuada por el coercionado, como resultado de lesión de la libertad de éste. Y, en segundo término, es necesario constatar una lesión material de la libertad que revista la relevancia necesaria como para justificar la agravación de la pena. Como se puede ver, ambos criterios se deducen de una misma premisa: el cumplimiento de la condición corresponde al momento de la vulneración de la libertad de acción en grado de lesión.

2.4. *La demarcación entre violencia y amenaza*

La principal tarea que el Código penal español impone a la dogmática en materia del delito de coerción consiste sin duda en la elaboración de criterios precisos para delimitar la violencia de la amenaza. En el derecho penal español, de la calificación del medio coercitivo empleado depende tanto la determinación de la penalidad aplicable, como también el tratamiento de las diversas etapas de desarrollo del delito.

Como ya se ha dicho, la premisa adecuada para establecer la demarcación entre los conceptos de violencia y amenaza se encuentra en la teoría de Binding. En sus propias palabras:

«La amenaza se diferencia radicalmente de (la violencia). En tanto ella coloca al amenazado frente a la elección de adoptar una determinada decisión y ejecutarla o soportar tarde o temprano un mal, la amenaza apela a la capacidad de la formación y actuación de la voluntad, las cuales son precisamente suprimidas por la violencia» (229).

Bustos ha impugnado la validez de esta distinción, tachándola de artificial ya que a su juicio «todo lo que tiene efecto sobre la moti-

(229) BINDING, *Lehrbuch... cit.*, p. 84.

vacación influye también en la actuación» (230). Esto es cierto, en el sentido trivial de que el ataque a cualquiera de los presupuestos de la capacidad de actuar de una persona se traduce en definitiva en un mismo resultado, cual es la vulneración de su libertad de acción. Pero la crítica de Bustos pasa por alto el punto crucial, que consiste en el hecho de que el ataque a la capacidad de decisión conforme a motivos propios es fácticamente incompatible con el ataque a las capacidades de formación y actuación de la voluntad. Tal como Binding lo señala, quien amenaza a otro para constreñirle a hacer u omitir algo, necesariamente tiene que contar con que éste posee la capacidad de comprender la amenaza y la condición que se le impone, como asimismo la capacidad de cumplir con la condición impuesta bajo amenaza. De lo contrario, la amenaza no podría ser coercitivamente idónea. Es por lo tanto en la propia racionalidad coercitiva, o si se quiere, en la naturaleza misma de las cosas donde se encuentra el fundamento de la distinción formulada por Binding.

Con todo, la asignación que éste hace de todo el ámbito de ataque a la capacidad de decisión de la voluntad al concepto de amenaza, y de toda otra forma de ataque a la voluntad al concepto de violencia, es demasiado apresurada. La correcta demarcación entre violencia y amenaza exige la elaboración de criterios aún más precisos.

Como primera medida, es indispensable establecer una distinción entre dos niveles de lenguaje, estipulando un lenguaje técnico paralelo al lenguaje utilizado por el texto legal. La razón de la introducción de este segundo lenguaje, radica en la necesidad de evitar confusiones de índole terminológica. Así, en el nivel del lenguaje estipulativo se pueden formular todas las distinciones desde una perspectiva puramente analítica, y una vez hecho esto se puede entrar a establecer las correlaciones entre los términos técnicos y los términos legales, tomando ahora en consideración todos los elementos de juicio que corresponden al contexto legal, como sus antecedentes históricos y la concordancia entre diversas disposiciones que lo componen. Para este efecto, lo mejor es servirse de los términos jurídicos latinos tradicionalmente empleados en este contexto, denominando *vis absoluta* a la supresión de la capacidad de formación de la voluntad y a la puesta de obstáculos insuperables a la capacidad de ejecución de la voluntad, y *vis compulsiva* al ataque contra la capacidad de decisión de la voluntad.

Que el concepto técnico de *vis absoluta* corresponde al concepto legal de violencia, es algo indiscutido. Las dificultades surgen al momento de decidir si cualquier forma de ejercicio de *vis absoluta* es automáticamente susceptible de ser calificada como violencia para los efectos legales (231). Pero estas dificultades se

(230) BUSTOS, *op. cit.*, pp. 96 y 101.

(231) Aquí se produce una tensión entre la definición funcional del concepto

refieren a la extensión del ámbito de la violencia y no a su demarcación respecto de la amenaza. Aquí las alternativas en disputa son, o bien la sanción como coerción violenta, o bien la atipicidad de la conducta.

El concepto de *vis compulsiva* requiere de un mayor análisis. Para facilitarlo y despejar dificultades conviene introducir otro término latino de uso menos frecuente que los anteriormente mencionados, el término *minæ* (232). El criterio distintivo de las *minæ*, en contraposición a la *vis compulsiva stricto sensu*, consiste en que el ataque a la capacidad de decisión de la voluntad se efectúa mediante la mera puesta en conocimiento del coaccionado del evento de tener que sufrir un mal en caso de no comportarse conforme a las exigencias del coaccionador. El término *vis compulsiva (stricto sensu)* queda en adelante reservado para toda forma de ataque a la capacidad de determinación de la voluntad mediante la efectiva irrogación de un mal. Así pues, lo que distingue a uno y otro concepto es la actualidad o mera potencialidad de la irrogación de un mal que opera compulsivamente sobre la voluntad del coaccionado.

En principio, es claro que todo el ámbito del concepto de *minæ* corresponde al concepto legal de amenaza. En la doctrina española se discute sin embargo si el hecho de encontrarse las *minæ* referidas a un mal de próxima o inminente irrogación cambia su calificación, trasladándolas al ámbito de la violencia. La tesis tradicional sostiene que esta forma especial de *minæ* corresponde al término legal intimidación—, cuyo uso es frecuente en los tipos especiales de coerción pero que no aparece mencionado en los arts. 494 núm. 1, 493 y 496-I. Según esta tesis el rasgo de la proximidad o inminencia de la irrogación del mal es de tal relevancia, que la intimidación debe ser

de violencia, orientada al resultado de coerción, y la exigencia de que el concepto sea además portador de un disvalor de acción adicional a la mera causación del resultado. Se trata de una tensión insoluble, pues cualquier decisión radical por uno de los dos extremos sería igualmente inaceptable. Prescindir de la exigencia de un disvalor adicional de acción implicaría desconocer el claro tenor del texto legal, que no se satisface con el mero resultado de constreñimiento, sino que exige la concurrencia de un modo especial de comisión. Prescindir a su vez de la funcionalidad coercitiva de la violencia implicaría desconocer la posición de este elemento dentro de la estructura del tipo y transformar a las coacciones en un delito pluriofensivo. Lo primero contradiría su carácter de delito contra la libertad, y lo segundo no concordaría con su calidad de tipo de recogida situado en el umbral mínimo de punición del sistema de la Parte Especial.

(232) El uso del término *minæ* era frecuente en la doctrina de la *concussio* del derecho común, preocupada de si este delito exigía el empleo de *minæ iuris* (amenaza con el ejercicio abusivo de una potestad o facultad jurídica) o si se satisfacía también con cualquier clase de *minæ facti*. Tal como aquí se lo introduce, el sentido del término *minæ* equivale al concepto de amenaza (*Drohung*) elaborado por KNODEL (*op. cit.*, pp. 77 y ss.).

considerada como violencia, quedando así el concepto legal de amenaza reservado sólo para las *minæ* referidas a un mal de futura irrogación. Por el contrario, la postura hoy en día dominante niega la relevancia de la inminencia o futuridad de la irrogación del mal conminado y consecuentemente califica como amenaza toda forma de *minæ*.

No corresponde examinar aquí en detalle los argumentos esgrimidos por una y otra postura. Sí interesa señalar que, contrariamente a lo sostenido por la postura hoy dominante, la distinción entre la proximidad o futuridad de la irrogación del mal conminado sí es político-criminalmente relevante. Pues una amenaza de mal de próxima irrogación coloca al amenazado en la situación de tener que resolver de inmediato si accede a las exigencias o padece la amenaza, sin permitirle ninguna de las alternativas de defensa que posibilita una amenaza de mal de futura irrogación, entre las cuales se cuenta solicitar la protección del Estado. En este sentido, es perfectamente válido sostener que el término legal «intimidación», tal como es empleado en las disposiciones relativas a la violación, el robo o la extorsión, sólo comprende una clase especial de *minæ*. Con ello se logra además un importante punto de apoyo material para fundamentar el mayor disvalor de injusto de estos tipos especiales de coerción respecto de los tipos genéricos.

Pero, y ahora en contra de la tesis tradicional, de esta interpretación de la intimidación no se deduce que ella deba ser calificada como violencia en el marco de los tipos genéricos de coerción. No hay razón alguna para sostener que el concepto de amenaza en las amenazas condicionales tenga que ser interpretado en un sentido restringido, opuesto al concepto de intimidación, y no más bien en un sentido amplio, equivalente al concepto de *minæ*. Puesto que a nivel de la regulación genérica de la coerción el legislador decidió distinguir únicamente entre violencia y amenaza, lo lógico es subsumir la intimidación bajo este último término, pues en definitiva ella no es más que una clase especial de *minæ* (233). Sólo si en el sistema legal se le asignara un trato penal más severo a la coerción violenta podrían existir motivos para calificar de este modo también a la intimidación. Pero dado que el sistema español sigue precisamente el criterio opuesto, calificar la intimidación como violencia implicaría incurrir

(233) Cabe observar, eso sí, que el término «intimidación» puede ser usado en un sentido parcialmente más amplio que el concepto *minæ*. Puesto que el término en cuestión sólo se refiere *al efecto* de atemorizar, y no *al modo* como se causa ese efecto, también puede resultar comprensivo de formas no conminatorias de producción de temor, como por ejemplo la falsa advertencia o lo que más adelante se definirá como *vis compulsiva no-conminatoria*. Obviamente, este sentido especial del término «intimidación» no queda comprendido por el término legal «amenaza».

en el absurdo de otorgarle un trato privilegiado frente a las *minæ* de menor gravedad (234).

La calificación de la *vis compulsiva* ha sido desde siempre un punto sumamente discutido. En la antigua doctrina alemana, las posturas opuestas están representadas por Binding, quien consideraba como amenaza toda forma de ataque a la capacidad de decisión de la voluntad conforme a motivos propios, y por Frank, que entendía la *vis compulsiva* como una forma de violencia, apoyándose ante todo en el uso cotidiano de este último término (235). Como se ha visto, la postura dominante en la doctrina española se inclina por la tesis de Binding, al estimar que debe ser excluida del ámbito de las coacciones toda forma de atentado a la libre determinación de la voluntad conforme a motivos propios. En la doctrina alemana, en cambio, la tesis dominante es la de Frank.

Ninguna de estas dos posturas es sin embargo enteramente satisfactoria, pues cada una a su modo incurre en el error de otorgar un mismo tratamiento a toda forma de *vis compulsiva*. En esta materia, el punto crucial es advertir que el concepto de *vis compulsiva* debe ser descompuesto en dos clases diversas: la *vis compulsiva conminatoria* y la *vis compulsiva no conminatoria* (236).

Al concepto de *vis compulsiva conminatoria* corresponden todos aquellos casos en que la irrogación actual de un mal se encuentra conectada con la amenaza de proseguir o reanudar la irrogación de ese mal, o de irrogar otro mal diverso. En estos supuestos, la irrogación actual del mal no hace sino reforzar el efecto coercitivo de la amenaza con que se encuentra relacionada. El caso paradigmático de esta forma de *vis compulsiva* es la tortura. La doctrina española considera que estos supuestos se caracterizan por ser una combinación de coerción mediante violencia y coerción mediante amenaza, cuyo tratamiento debe regirse por el art. 68 C.p. (237). Una consideración más atenta revela sin embargo que desde un punto de vista

(234) La doctrina ha observado que este argumento no sería aplicable al caso de la amenaza de irrogación inminente de un mal no constitutivo de delito, ya que esta hipótesis recibe una pena inferior a la asignada a las coacciones violentas (asi, MIR, *op. cit.*, pp. 384-385; GARCÍA-PABLOS, *op. cit.*, pp. 148-149; MIRA, *op. cit.*, pp. 157-159). La objeción es correcta sólo tratándose de supuestos en que el ofendido haya efectivamente ejecutado algo que él no quiere u omitido algo que la ley no prohíbe; de lo contrario, es decir, encontrándose pendiente el cumplimiento de la condición, sería superior la pena a imponer conforme al art. 494, pues con ella concurriría la pena correspondiente a una tentativa de coacciones.

(235) BINDING, *Lehrbuch... cit.*, *supra* nota 6; FRANK, *Raub und Erpressung, cit.*, pp. 20 y ss.; el mismo, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a ed. (1931), §§ 52 y 240.

(236) De modo semejante al texto, MIR, *op. cit.*, pp. 285 y ss.

(237) Cfr., por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.* (1992), pp. 286-287.

estrictamente funcional aquí sólo existe una coerción mediante amenaza.

Quien confiesa bajo tortura no lo hace *porque* fue torturado, sino *para* no seguir siendo torturado: la idea de que las lesiones infligidas *causan* la confesión es insostenible. No se necesita un gran esfuerzo para advertir que detrás de la consideración de esos supuestos como coerción violenta se esconde el uso corriente del término «violencia» como agresión física o maltrato corporal. Pero para determinar si la pena aplicable a la coerción es la del art. 496 o la del art. 493 núm. 1 lo que cuenta es establecer cuál fue, desde una perspectiva funcional, el medio empleado para constreñir el comportamiento ajeno. En consecuencia, si alguna relevancia penal se le quiere dar a la irrogación actual del mal, la solución está en apreciar un concurso entre las amenazas condicionales y el delito que eventualmente se hubiere cometido con la irrogación del mal (lesiones o daños, por regla general) (238).

Por cierto, también pueden darse auténticos casos de combinación de violencia y amenaza coercitivas; estos supuestos deben ser tratados conforme al art. 68 C.p., ya que aquí carece de sentido buscar una respuesta unívoca a la cuestión de la demarcación (239). Pero esto no altera la importancia dogmática de distinguir la especificidad de la *vis compulsiva conminatoria* y en consecuencia tratarla como coerción mediante amenaza. Pues esto permite, en primer lugar, dar una solución pacífica a diversos supuestos cuya caracterización como violencia requeriría extender el ámbito de ésta mediante postulados *ad hoc*, como los discutibles conceptos de violencia contra terceros

(238) De lo anterior se desprende también la improcedencia de la tesis sostenida por COBO-CARBONELL (*op. cit.*, p. 737) y seguida por LORENZO (*op. cit.*, p. 453), que ve aquí un concurso de delitos entre las coacciones y las amenazas condicionales. Problemático resta el tratamiento de la *vis compulsiva conminatoria* cuando el mal actualmente irrogado no es constitutivo de delito (*vid. supra*, nota 213): en estos casos, la aplicación del art. 494 implica desechar de plano la relevancia penal de la irrogación actual del mal.

(239) Así por ejemplo, si *A* constreñe a *B* a tolerar una determinada acción golpeándolo hasta que deje de oponer resistencia, el resultado puede ser atribuido tanto a la amenaza implícita de continuar con los golpes como al agotamiento producido por los golpes ya dados. Del mismo modo, si *A* ata de manos a *B* y además permanece junto a él armado con una pistola para disuadirlo de cualquier intento de liberarse de sus ataduras, la coerción a omitir o tolerar a que *B* es sometido tiene lugar tanto mediante violencia como mediante amenaza. El supuesto más interesante desde un punto de vista teórico se encuentra sin embargo en aquellos casos en que *A*, antes de proceder a constreñir a *B* mediante *vis absoluta*, le comunica sus intenciones, haciéndole ver la superfluidad de cualquier intento de resistencia por su parte, logrando con ello que *B* efectivamente omita oponer resistencia. Este supuesto reviste la peculiar forma de una coerción mediante amenaza con cometer una coerción mediante violencia, o sea, de una amenaza condicional en la cual el mal con que se amenaza es idéntico a la condición que se impone.

y violencia en las cosas (240). Y, en segundo término, hace posible identificar con claridad la constelación de casos de *vis compulsiva* de más dudosa tipicidad, que corresponden precisamente a su forma no conminatoria.

Casos de *vis compulsiva no conminatoria* bien conocidos por la doctrina española son, por ejemplo, el del arrendador que para desalojar a su inquilino corta el suministro de gas o energía eléctrica, o arranca las ventanas o el techo de la habitación arrendada, o arrienda las habitaciones vecinas a personas indeseables. También pertenecen a esta categoría los casos de *Sitzblockaden* que tanta discusión han originado en la doctrina alemana.

Desde un punto de vista funcional, la *vis compulsiva no conminatoria* sólo puede ser caracterizada de modo negativo; ella no es *vis absoluta* ni tampoco amenaza (*minæ* y *vis compulsiva conminatoria*). Hasta el momento no ha sido suficientemente elaborada una definición positiva de esta forma de *vis compulsiva*, que ponga de relieve la justificación de su sanción como medio coercitivo y permita deslindar sus contornos frente a otras formas de introducción de motivos ajenos en el proceso de deliberación tradicionalmente consideradas irrelevantes para el derecho penal.

La razón de esta carencia se encuentra principalmente en el tratamiento conjunto de ambas formas de *vis compulsiva* que tiende a legitimar el carácter típico de la *vis compulsiva no conminatoria* en base a una extensión o analogación del indiscutido carácter típico de la *vis compulsiva conminatoria*. Pero el error de este tratamiento radica naturalmente en que el fundamento de la incriminación de la *vis compulsiva conminatoria* descansa en su calidad de amenaza coercitiva, rasgo que por definición no puede compartir la *vis compulsiva no conminatoria*. El tratamiento de ésta se ve pues enfrentado al siguiente dilema: o bien se la incluye en el tipo de las coacciones violentas, renunciando con ello a un concepto funcionalmente unitario de violencia, o bien se la declara directamente atípica.

Lo dicho en esta sección queda resumido en el siguiente esquema:

(240) Así, quien para constreñir a una madre a hacer u omitir algo, procede a golpear a su hijo, no comete una coerción mediante violencia ejercida sobre el hijo sino claramente mediante amenaza dirigida a la propia madre. Así también, comete coerción mediante amenaza el mafioso que constriñe a un productor de cine a aceptar a un sobrino y protegido suyo en el rodaje de un filme mediante el expediente de cortarle la cabeza a su caballo favorito y dejarla a los pies de su cama en el transcurso de la noche; aquí no es la muerte del caballo ni el desagrado matutino lo que determina el comportamiento del productor del cine, sino la evidencia del poder de la mafia para causarle un mal en cualquier momento.

Términos técnicos-jurídicos		Términos legales	
<i>vis</i>	<i>absoluta</i>		violencia
	<i>compulsiva</i>	no conminatoria	¿violencia?
		conminatoria	amenaza
<i>minæ</i>	(con un mal de inminente irrogación)		
	(con un mal de irrogación futura)		

La principal virtud de un esquema funcional de demarcación entre la violencia y la amenaza como el que aquí se ha expuesto, que no es más que una elaboración más detallada del esquema de Binding, consiste en que permite en principio prescindir de todos los conceptos acuñados por la casuística. En su mayor parte, estos conceptos se definen atendiendo a la forma como se manifiesta la acción del coaccionador o al objeto concreto sobre el cual ella es desplegada, como por ejemplo los términos opuestos fuerza física/fuerza psíquica, *vis corporalis/vis moralis*, y *vis in personam/vis in rebus*. Puesto que ninguno de estos conceptos es definido conforme a criterios estrictamente funcionales, su utilización indiscriminada en el marco del análisis de la coerción sólo puede inducir a confusión.

Eso sí, la perspectiva puramente funcional tiene que ser complementada con criterios adicionales si es que se pretende contar con conceptos auténticamente normativos de violencia y de amenaza. En el ámbito del concepto de violencia la incorporación de estos criterios originan el conocido contrapunto entre el disvalor de acción y resultado arriba mencionado (*vid. supra*, nota 231). En el ámbito del concepto de amenaza, ellos llevan a distinguir la conminación de un mal como una forma específica de compulsión, portadora de un disvalor de acción no comunicable a las demás formas no conminatorias de compulsión. Dónde radica este específico disvalor de injusto, es una interrogante cuya respuesta aún se encuentra pendiente. Una sola cosa es segura, y es que la socorrida apelación a la «libertad de decisión conforme a motivos propios» es incapaz de brindar esa respuesta. Pues o bien toda decisión bajo amenaza obedece a un motivo eminentemente «propio» (evitar el mal conminado), o bien no todos los casos de actuación conforme a motivos «ajenos» son merecedores de pena. En otras palabras: el criterio del «motivo ajeno»— o es falso o es irrelevante.

C. Conclusiones y observaciones de *lege ferenda*

Lo expuesto en las secciones precedentes puede resumirse en siete tesis, que se formulan a continuación:

1. La regulación española de la coerción se caracteriza por consistir en un sistema complejo, compuesto por dos tipos alternativos: las amenazas condicionales (arts. 493 núm. 1 y 494 C.p.) y las coacciones violentas (art. 496 C.p.).

2. El criterio central que define la realización de uno y otro tipo se encuentra en el medio comisivo empleado: el uso de la amenaza como medio coercitivo realiza el tipo de amenazas condicionales, el uso de violencia, el tipo de las coacciones. La exacta demarcación entre uno y otro constituye la principal tarea que el texto legal español impone a la dogmática.

3. Para establecer la demarcación entre violencia y amenaza, lo más razonable y congruente con la decisión del legislador español es considerar como amenaza toda forma de conminación, ya sea que la irrogación del mal sea futura o inminente. Incluso en los casos en que ya se haya irrogado o se esté actualmente irrogando un mal, si el medio coercitivo consiste en la conminación de la continuación o reanudación de la irrogación de ese mal, la conducta debe calificarse como coerción mediante amenaza.

4. Tal como el núcleo de injusto de las coacciones consiste en un «impedir hacer o compeler a ejecutar», el núcleo de injusto de las amenazas condicionales se encuentra en la conducta de «imponer una condición». La formulación de la amenaza juega un papel esencial, pero subordinado; tal como la violencia en las coacciones, en las amenazas condicionales la amenaza representa el medio comisivo utilizado para imponer la condición. Dicho en otras palabras, las amenazas condicionales no son hipótesis de amenazas, sino de coerción: el único delito de amenazas que existe es el de las amenazas simples (art. 493 núm. 2 C.p.).

5. De lo anterior se deduce que en el ámbito de las amenazas condicionales es necesaria una interpretación funcional del concepto de amenaza, entendida como amenaza coercitiva. Independentemente de lo que se estime correcto para el delito de amenazas (simples), ni la existencia de un peligro objetivo para el bien amenazado, ni tampoco la producción actual o potencial de un efecto mental penoso para él son requisitos típicos de las amenazas condicionales. Como principio general, sólo cuenta la idoneidad de la amenaza respecto del resultado de constreñimiento del comportamiento ajeno.

6. Esta interpretación funcional del concepto de amenaza ha de complementarse sin embargo con criterios normativos que permitan fundamentar la distinción que el Código efectúa entre el uso de la amenaza y el uso de cualquier otro medio compulsivo de coerción.

7. Entre las amenazas condicionales y las coacciones violentas existe finalmente una importante diferencia de estructura de injusto. Mientras que las coacciones son un delito de resultado, las amenazas condicionales se encuentran configuradas por regla general como delito de resultado cortado, aumentándose la pena en un caso específico (amenaza condicional de mal constitutivo de delito), si tiene lugar el momento equivalente al resultado de las coacciones. Es en este sentido —es decir, en atención a la estructura de injusto— que las amenazas condicionales implican un adelantamiento de la protección de la libertad de acción, bien jurídico común a ambos tipos de coerción.

Pero, parafraseando ahora a Bentham, del hecho que éstos sean los criterios que deben regir la tarea del *expositor* de la legislación española de la coerción no se deduce que también deba atenerse a ellos su *ensor*. Si alguna lección puede extraerse del examen de la evolución histórica de la codificación europea en esta materia, es que lo razonable sería abandonar la regulación heredada del Código de 1848, sustituyéndola por un tipo de coerción estructurado conforme al modelo alemán. En esta dirección apuntan, elocuentes, los ejemplos del derecho penal austríaco e italiano. Ésta es también la propuesta de la doctrina española, que desde 1947 viene reclamando la fusión de las amenazas condicionales y las coacciones violentas en un mismo tipo de delito.

Contra toda expectativa, la regulación proveniente del Código de 1848 ha demostrado una inusitada capacidad de supervivencia. Tanto el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 (arts. 189-192), como la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 (arts. 165-168), el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992 (arts. 177-180) y ahora el Anteproyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994 (arts. 165-168) insisten en regular conjuntamente las amenazas simples y condicionales, en consecuencia, en mantener entre estas últimas y las coacciones violentas las tradicionales diferencias en lo relativo a la penalidad y al tratamiento del momento consumativo. No está de más, pues, aprovechar esta oportunidad para insistir en la perspectiva mantenida por la doctrina, formulando un par de observaciones de *lege ferenda* acerca de los aspectos que definen los diversos modelos de regulación de la coerción en el derecho penal comparado (241).

(241) Las siguientes observaciones sólo se refieren a la regulación del tipo genérico de coerción, dejándose por lo tanto de lado el comentario de la vía seguida por los Proyectos de 1992 y 1994 para concretar antijuricidad de las amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito, así como la tipificación de una hipótesis especial para la amenaza condicional de revelar o difundir hechos íntimos. La simple remisión a la literatura alemana de principios de siglo basta para demostrar cuán discutibles resultan estas innovaciones. Por lo demás, la nueva hipótesis de amenaza condicional de mal no constitutivo de delito se encuentra configurada como

Una primera observación se refiere a la determinación del contenido de la clase de los delitos contra la libertad.

El concepto de libertad personal manejado por la Parte Especial del Derecho penal no es otra cosa que el concepto de libertad negativa acuñado por el liberalismo, que también sirve de base a la teoría constitucional de los derechos-libertades. Pero entre la protección constitucional y la protección penal de la libertad existen importantes diferencias. La técnica de protección empleada por el derecho público consiste en especificar el ámbito de acción protegido y el tipo de restricciones o injerencias respecto de las cuales se brinda protección (242). El derecho penal utiliza precisamente la técnica inversa. No sólo no establece un catálogo de libertades atendiendo al ámbito de acción que se desea proteger, sino que la indefinición del ámbito de acción protegido es un rasgo esencial de los delitos contra la libertad, ya que su especificación, como por ejemplo, la concreción de su carácter sexual o patrimonial, determina la exclusión del tipo en cuestión de la categoría sistemática de los delitos contra la libertad personal.

Dentro del sistema de la Parte Especial, la consagración de la libertad personal como bien jurídico individual específico tiene lugar mediante la configuración de dos formas básicas de injusto, la *restricción de libertad* respecto de una (cualquiera) acción concreta, que es recogida por la figura de coerción y la *privación de libertad* que resulta del impedimento de la traslación del cuerpo en el espacio y que es recogida por la figura denominada secuestro de personas o arresto o detención ilegales (243). A estas dos formas clásicas de injusto se agrega el delito de toma de rehén o privación de libertad cometida con el propósito de imponer condiciones, modernamente incorporado en los Códigos penales europeos (244) y que no es más

un supuesto de chantaje patrimonial (art. 178-2 P. 1992, art. 167-2 P. 1994), debiendo en consecuencia ser sistematizada conforme a su auténtica naturaleza jurídica, cual es la de constituir un caso menos grave de extorsión.

(242) Al respecto, cfr. por todos ALEXY, *Theorie der Grundrecht*, 1986, pp. 194 y ss. También es especialmente ilustrativa sobre este punto la crítica efectuada por Hart al concepto de libertad utilizado en la Teoría de la Justicia de Rawls y la respuesta de éste (HART, *Rawls on liberty and its priority*, en: DANIELS (ed.), *Reading Rawls*, 2.ª ed. (1989), pp. 230 y ss.; RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971, sección 32; el mismo, *The Basic Liberties and Their Priority*, recientemente reimpresso en *Political Liberalism*, 1993, pp. 289 y ss.).

(243) Ésta es la primitiva formulación de VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1.ª ed. (1881), § 63, pp. 250-253; 3.ª ed. (1888), § 98, p. 340.

(244) Art. 343 C.p. francés, introducido por la Ley núm. 71-553, de 9 de julio de 1971; art. 347 bis C.p. belga, introducido por la Ley de 2 de julio de 1975; §§ 239a, 239b C.p. alemán, introducidos por la 12. StÄG y modificados posteriormente por la StÄG de 9 de junio de 1989; art. 630 C.p. italiano, introducido por

que una combinación de los dos delitos clásicos: aquí es utilizada la privación de libertad, o mejor dicho la amenaza con su prolongación, como medio coercitivo. Fuera de estos tres tipos de injusto no existen más atentados contra la libertad que sean político-criminalmente relevantes.

La evolución de los proyectos españoles de reforma ha seguido la dirección correcta en este aspecto. El Proyecto de 1980 dio el primer paso en la depuración del contenido del actual Título XII (Libro II), al eliminar el apartado destinado al abandono de familia. La PANCP de 1983, y tras ella los Proyectos de 1992 y 1994, han terminado por reducir el contenido de esta clase de delitos a la privación de libertad y la coerción, excluyendo todos los demás delitos que el Código actual incluye en ella, a excepción de las amenazas simples. Éstas constituyen el último remanente del arbitrario Título XIII del Código de 1848, debiendo desaparecer de la categoría de los delitos contra la libertad, cualquiera que sea el sistema de regulación que se le dé a las amenazas condicionales y a las coacciones violentas. Su exclusión ciertamente coloca al legislador en el aprieto de tener que tomar una opción político-criminal explícita y decidir cuál es el bien jurídico que intenta proteger a través de su incriminación. Pero ésta es una disyuntiva saludable, pues a estas alturas es claro que la consideración de las amenazas (simples) como un delito contra la libertad no es más que el resultado de la desidia doctrinaria y legislativa (245).

Un segundo problema digno de consideración es el de la fusión de las amenazas condicionales y las coacciones violentas o la mantención de su regulación separada.

El más poderoso argumento en favor de la fusión de ambas modalidades radica en la conveniencia práctica de simplificar el tratamiento de los casos-límite entre violencia y amenaza. En apoyo de la regulación separada cabe invocar la plausibilidad político-criminal de la distinción entre amenaza de mal constitutivo de delito y amenaza de mal no constitutivo de delito para efectos de la penalidad.

Decreto-ley núm. 59, de 21 de marzo de 1978, y modificado posteriormente por la Ley núm. 894, de 30 de diciembre de 1980; § 102-I C.p. austríaco de 1974.

(245) El propio Carrara, proveedor de la falaz justificación del carácter atentatorio a la libertad de las amenazas simples seguida por Quintano Ripollés, no pudo menos que reconocer que su inclusión en la clase de los delitos contra la libertad en última instancia obedecía a que «... si no se procede así no se sabría a qué otro derecho se debe referir la ofensa causada por la amenaza» (*Programma*, § 1575). La única posibilidad de sistematizar las amenazas (simples) como delito contra la libertad sería regulándolas como un delito de peligro concreto, requiriendo como elemento subjetivo del tipo un «propósito de restringir la libertad de decisión», tal como lo efectúa el Proyecto Alternativo alemán (AE § 118). Esta fórmula tiene sin embargo el grave inconveniente de ser indistinguible de la tentativa de coerción mediante amenaza.

Puesto que esta distinción no es trasladable al ámbito de la violencia como medio coercitivo, se entiende que la punición de esta forma de coerción se sujete a un esquema normativo diverso de la regulación de la coerción mediante amenaza.

Así presentados los términos en disputa, es evidente que no se trata de una dificultad completamente insalvable. La solución podría consistir en fusionar amenazas condicionales y coacciones violentas en un tipo de injusto estratificado en dos hipótesis. La hipótesis grave de coerción, que conllevaría el marco penal más severo, correspondería al uso de violencia o de amenaza de mal constitutivo de delito. La hipótesis menos grave, con un marco penal más benigno, correspondería a la coerción cometida mediante amenaza de mal no constitutivo de delito. Este esquema de regulación, que se encuentra en un punto medio entre la tradición española y el modelo alemán, coincide también parcialmente con la originaria regulación de la extorsión en el derecho alemán, tal como lo consagraran los Proyectos austríacos de 1909 y 1912. Yendo un poco más lejos, en el marco de una regulación como la propuesta incluso sería posible restringir el ámbito de la amenaza propia de la hipótesis grave a la amenaza con irrogar *inminentemente* un mal constitutivo de delito, definiendo así la hipótesis menos grave por el uso de cualquier amenaza no comprendida en la hipótesis anterior. Con ello se lograría satisfacer tanto el criterio legal como también el jurisprudencial de distinción entre diversas clases de amenazas coercitivas.

Por el contrario, no parece razonable introducir distinciones en materia del concepto de violencia. Desde luego, se encuentra completamente fuera de lugar una cláusula que amplíe su alcance, como la que preveía por el Proyecto de 1992 («violencia mediata o inmediata»). Frente a la tendencia doctrinaria a interpretar extensivamente el concepto de violencia, esta ampliación legislativa resulta tan innecesaria como peligrosa. Su eliminación en el Proyecto de 1994 se encuentra pues plenamente justificada. Por otra parte, tampoco parece conveniente una cláusula restrictiva como la propuesta por Zugaldía Espinar («violencia ejercida sobre las personas»). Semejante restricción se basa en una precisión del objeto sobre el cual recae inmediatamente el ejercicio de violencia, lo cual es por una parte incorrecto, pues excluye del tipo formas de coerción que son funcionalmente equivalentes al ejercicio de violencia sobre el cuerpo de una persona, y por otra parte irrelevante, pues también semejante cláusula puede ser interpretada extensivamente. Para inducir al intérprete a rechazar una concepción extensiva extrema debería bastar con incluir la violencia en la hipótesis grave de coerción, en una posición paralela a las amenazas graves.

Queda por último la cuestión relativa a la estructura de injusto del delito de coerción, es decir, resolver si se lo debe tipificar como un delito de resultado o como un delito de mera actividad. En esta

materia el legislador es perfectamente libre de escoger una u otra alternativa, ya que existen buenas razones en ambos sentidos.

En favor de la tipificación como delito de mera actividad habla la dificultad de determinar en algunos casos si el resultado ha acaecido o no, especialmente en los supuestos de constreñir a omitir o a tolerar. Por lo demás, es claro que frente a la coerción mediante amenaza de mal futuro el sistema penal debe ser capaz de reaccionar con energía frente a la sola conminación de la amenaza, si es que pretende ser preventivamente eficaz. Así ciertas instituciones vinculadas a la persecución de la coerción, como las prerrogativas que en algunas legislaciones le son concedidas a la víctima de un chantaje (secreto de las actuaciones procesales, suspensión del proceso con cuya incoación se hubo amenazado), necesariamente tienen que proceder en presencia de la mera tentativa de coerción mediante amenaza. En favor de la tipificación como delito de resultado, está el hecho obvio de que la forma normal de protección penal de los bienes jurídicos consiste en sancionar como delito consumado la conducta que acarrea su lesión, remitiendo los estadios previos a ese momento a las reglas generales de punición de la tentativa. Además, dado que los tipos coercitivos especiales del sistema (violación, robo, extorsión) son por lo general delitos de resultado desde la perspectiva de la coerción, tipificar la coerción genérica como un delito de resultado cortado acarrearía considerables dificultades para el tratamiento de la tentativa de estos otros delitos.

Es claro que la relevancia de esta cuestión depende esencialmente del sistema general de punición de la tentativa que consagre el texto legal. La adopción de un sistema de atenuación meramente facultativa de la pena de la tentativa, como el alemán, eliminaría las dificultades de tipificar la coerción como un delito de resultado. De adoptarse un sistema de atenuación obligatoria de la pena de la tentativa, hay mejores razones para tipificar la coerción genérica como un delito de resultado cortado. En este caso, las dificultades para el tratamiento de la tentativa de los demás delitos específicos de coerción tendrían que ser obviadas mediante una cuidadosa determinación de los respectivos marcos penales. La otra alternativa es simplemente establecer reglas especiales, que se satisfagan con la sola tentativa de coerción, respecto las consecuencias procesales y penales que se desprenden de la particularidad de la amenaza como medio coercitivo.

Cualquiera que sea la decisión que se adopte, una cosa es clara. Tanto la coerción mediante amenaza como la coerción mediante violencia deben sujetarse a un mismo tratamiento en lo que se refiere a su estructura de injusto. Mantener las diferencias estructurales que han caracterizado por más de un siglo a la regulación española de la coerción implica perpetuar una fuente inagotable de dificultades insolubles.

CRÓNICAS EXTRANJERAS

Las reglas de la técnica en Derecho penal (*)

BERND SCHÜNEMANN

Catedrático de la Universidad de München

I. EL DÉFICIT DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

1. La catástrofe del reactor de *Chernobil* nos ha puesto de relieve de manera altamente preocupante en qué medida los centros de la discusión dogmático-penal se han alejado del núcleo de la misión asignada al ordenamiento penal (a saber: del aseguramiento de la existencia humana como base de todo bien jurídico). Pues como resulta de un estudio de los §§ 310 b y ss., 326 y ss. StGB (*), ni siquiera la causación gravemente imprudente de un super-GAU (*) semejante está contemplada *como tal* en ningún tipo penal alemán (1): y esta laguna —¡horrible dictu!— apenas ha sido notada

(*) Versión castellana, con algunas modificaciones introducidas por el autor, del artículo «Die Regeln der Technik im Strafrecht», publicado en KÜPER *et al.* (comp.), *Festschrift für Karl Lackner*, 1987, pp. 367-397. Traducción de Manuel Cancio Meliá (Ayudante de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid) y Mercedes Pérez Manzano (Profesora Titular de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid).

(*) «Strafgesetzbuch, Código penal alemán» (N.T.).

(*) «Größter Annehmbarer Unfall: mayor Accidente Previsible» (N.T.).

(1) Pues el § 310 b párr. 4 StGB tiene como presupuesto que se produzca una explosión, es decir, que se libere energía de presión de alta velocidad hacia fuera (cfr. LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 16.^a ed. 1985, § 310 b nota 2 en relación con § 311 nota 2), requisito que no queda satisfecho en el caso en el que se funde el núcleo del reactor (cfr. TRAUBE, en TRAUBE *et al.*, *Nach dem Super-GAU*, 1986, pp. 74 y ss.); el § 311 d párr. 3 StGB establece como requisito que tenga lugar la «lesión de deberes jurídico-administrativos» y por ello, aparte del responsable y del encargado de protección frente a radiaciones conforme a los §§ 29-31 del Regla-

por la ciencia penal alemana (2). Ahora bien, respecto de lo anterior, así como del hecho de que al considerar el § 315 c resulta evidente que la infracción del deber de cuidado al conducir un vehículo de motor se sanciona con mayor exhaustividad que la dirección imprudente de un reactor atómico (3), podríamos intentar tranquilizarnos llevando a cabo el siguiente razonamiento: éste consiste en considerar que a través del tratamiento intensivo de la *Parte General* ya se encuentran resueltas las cuestiones básicas de la imputación jurídico-penal, también respecto de los accidentes de reactores atómicos, y que el asesoramiento *político-criminal* del legislador *no* pertenece al ámbito de los cometidos de la dogmática jurídico-penal. Pero esta suposición sí que sería engañosa pues, al margen de que la identificación de una laguna legal constituye desde luego un tema científico y en cierto sentido el reverso de la exégesis normativa en un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, la cuestión de la asunción por parte del Derecho penal de los riesgos encarnados en la técnica moderna, cuestión que no ha surgido, sino que sólo ha

mento de Protección frente a Radiaciones, de 13-10-1976 [BGBl. (Bundesgesetzblatt: Boletín Legislativo Federal N.T.) I, p. 2905, última modificación por Reglamento de 22.5.1981 - BGBl. I, p. 445], sólo pueden quedar abarcados los representantes descritos en el § 14 StGB, de modo que las lagunas de este precepto (cfr. a este respecto exhaustivamente SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 140 y ss.; *idem*, Jura 1980, pp. 571 y ss.; *idem*, wistra 1982, p. 46 y s.) acaban afectando también al § 311 d; las modalidades de comisión del § 328 StGB se hallan delimitadas desde un principio de un modo extraño, que deja fuera el caso del Super-GAU; el precepto «poco claro en su estructura y que tampoco está exento de contradicciones» (cfr. LACKNER, *op. cit.*, § 330 nota 1) contenido en el § 330 párr. 6 StGB en relación con el párr. 1 núm. 2, si bien abarca (a diferencia del § 325 párr. 4 StGB, por ejemplo) también la infracción de «un precepto jurídico destinado a la protección frente a radiación», no puede superar la limitación a la calificación como autor contenida en los §§ 29-31 del Reglamento de Protección frente a Radiaciones; y el § 330 a fracasa —incluso si se defiende una interpretación extensiva del concepto tradicional de veneno (cfr. a este respecto LACKNER, *op. cit.*, § 330 a, nota 5)— frente a la puesta en peligro a través de sustancias radiactivas, que no puede aprehenderse a corto plazo, y ello prescindiendo del requisito de la concurrencia de dolo que aparece también en el párr. 2 (cfr. LACKNER, *op. cit.*, § 330 a, nota 5).

(2) Incluso la toma de postura de TRIFFTERER respecto de la Ley para la Lucha contra la Criminalidad Medioambiental, que en su conjunto es bastante crítica, sólo ha propuesto ampliaciones marginales en el ámbito de los «delitos de radiación» (*Umweltstrafrecht*, 1980, pp. 253 y s.).

(3) Puesto que en el caso del § 315 c basta con que se produzca cualquier puesta en peligro de la vida o de la integridad corporal o de cosas ajenas de valor significativo, mientras que el § 330 a sólo penaliza incluso el comportamiento doloso cuando se trata de un peligro de muerte o de lesiones graves; de modo similar, los demás tipos se superan mutuamente a la hora de establecer complicadas restricciones.

sido dramáticamente ilustrada por el accidente de reactor más grande hasta hoy acaecido, apenas ha sido discutida desde la perspectiva dogmático-penal, menos aún ha sido analizada en particular o se le ha encontrado una solución convincente. En cuanto al problema central —rellenar o complementar las normas jurídicas reguladoras de los procesos técnicos con las *reglas de la técnica*— cabe constatar incluso que la dogmática del Derecho penal va siendo superada cada vez más por las dogmáticas del Derecho público y del Derecho civil. Pues en los últimos años se ha discutido en la bibliografía de Derecho público de forma extraordinariamente intensa (4), con especial consideración a la remisión a las normas técnicas, la constitucionalidad y la estructura dogmática de las *leyes en blanco* en sentido amplio —aquellas que remiten para su complementación a otras normas en sentido amplio, careciendo total o parcialmente de contenido semántico (leyes, reglamentos, estatutos, disposiciones administrativas o incluso recomendaciones privadas)—, y, en conexión con ello, esta cuestión ha jugado un importante papel en recientes y relevantes resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Federal Administrativo (5). Por el contrario, en la bibliografía penal la

(4) Cfr. NICKUSCH, *Die Normativfunktion technischer Ausschüsse und Verbände als Problem der staatlichen Rechtsquellenlehre*, tesis doctoral München 1964; SCHÄFER, *Das Recht der Regeln der Technik*, tesis doctoral Köln 1965; HAMMER, MDR 1966, pp. 977 y ss.; OSSENBUHL, DVBl. 1967, pp. 401 y ss.; NICKUSCH, NJW 1967, pp. 811 y ss.; SCHRÖCKER, NJW 1967, pp. 2285 y ss.; KARPEN, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, 1970; HERSCHEL, *Rechtsfragen der technischen Oberwachung*, 2.^a ed. 1972, pp. 116 y ss.; ZEMLIN, *Die überbetrieblichen technischen Normen - ihre Wesensmerkmale und ihre Bedeutung im rechtlichen Bereich*, 1973, pp. 168 y ss.; FUß, en: FS f. Paulick, 1973, pp. 293 y ss.; KARPEN, en: RÖDIG (comp.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, 1976, pp. 221 y ss.; STAATS, *ibid.*, pp. 244 y ss.; HANNING, *Umweltschutz und überbetriebliche technische Normung*, 1976, pp. 64 y ss.; BREUER, AöR 101 (1976), pp. 46 y ss.; STAATS, ZRP 1978, pp. 59 y ss.; BACKHERMS, ZRP, 1978, pp. 261 y ss.; *idem*, *Das DIN Deutsche Institut für Normung e.V. als Beliehener*, 1978, pp. 68 y ss.; *idem*, JuS 1980, pp. 9 y ss.; BADEN, NJW 1979, pp. 623 y ss.; JANSEN, DÖV 1979, pp. 323 y ss.; G. ARNDT, JuS 1979, S.784 ff.; HÖRMING, DVBl. 1979, pp. 307 y ss.; DIN (comp.), *Technische Normung und Recht*, 1979; *idem*, *Verweisung auf technische Normen in Rechtsvorschriften*, 1982; GRAUER, *Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen*, tesis doctoral Basel, 1979; SCHENKE, en: FS f. FRÖHLER, 1980, pp. 87 y ss.; *idem*, NJW 1980, pp. 743 y ss.; cfr. además EBERSTEIN, BB 1969, pp. 1291 y ss.; ERNST, *Rechtsgutachten zur Gestaltung des Verhältnisses der überbetrieblichen technischen Norm zur Rechtsordnung*, 1973; *Entschiebung des Präsidiums des DNA zur «Bedeutung der Normen im rechtlichen Bereich»*, DIN-Mitteilungen 1973, p. 102; NICKLISCH, NJW 1982, pp. 2633 y ss.; RITTSTIEG, *Die Konkretisierung technischer Standards im Anlagenrecht*, 1982; y últimamente de modo global MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, 1979, pp. 379 y ss.; *idem*, BB 1985, pp. 16 y ss.

(5) Cfr. sobre todo BVerfGE [Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Sentencias del Tribunal Constitucional Federal (N.T.)] 47, pp. 285 y ss.; 49, pp. 89

problemática especial de la Ley penal en blanco sólo está siendo tratada de manera superficial desde hace décadas: el único tratamiento exhaustivo [al margen de algunas tesis no publicadas (6)], llevado a cabo en el escrito de habilitación de Tiedemann del año 1969 (7), no ha tenido acogida en la literatura penal estándar, y mucho menos ha sido discutido o desarrollado (8). La misma consideración puede realizarse respecto del ensayo de Lenckner sobre «Normas técnicas e imprudencia» del mismo año (9). Esto es tanto más extraño cuanto que las cuestiones suscitadas por el fenómeno de las leyes penales en blanco ya fueron examinadas por la dogmática jurídico-penal alemana (10) antes de que la «remisión como instrumento de legislación» fuera siquiera reconocido como tema necesitado y digno de discusión en Derecho público (11).

2. La transformación de amplias zonas del Derecho penal accesorio —el dominio tradicional de las leyes penales en blanco— en *tipos de contravenciones* quizás pueda explicar esta parquedad, pero no puede justificarla; pues, teniendo en cuenta que la diferencia entre delito y contravención no es esencial, sino tan sólo gradual (12), por

y ss., 135 y ss. —auto en el caso Kalkar; 60, pp. 135 y ss.; 64, 208 y ss.; 67, 348 y ss.; BVerwGE [Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts: Sentencias del Tribunal Administrativo Federal (N.T.)] 55, pp. 250 y ss.— sentencia en el caso Voerde.

(6) WEIDENBACH, *Die verfassungsrechtliche Problematik der Blankettstrafgesetze*, tesis doctoral Tübingen 1965, y LOHBERGER, *Blankettstrafgesetz und Grundgesetz*, tesis doctoral München, 1968.

(7) Cfr. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 239 y ss.

(8) Cfr., por ejemplo, el somero tratamiento de la cuestión en TRÖNDLE, LK, 10.^a ed., §2, núm. marg. 7; SCHONKE/SCHRÖDER/ESER, *Strafgesetzbuch*, 22.^a ed., 1985, núm. marg. 3 previo al § 1, § 1 núm. marg. 11; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., 1978, pp. 86 y s.; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, 6.^a ed., 1983, pp. 103, 120 y s.; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9.^a ed., 1985, p. 139; cfr., sin embargo, KREY, EWR 1981, pp. 109 y ss.

(9) FS f. ENGISCH, 1969, pp. 490 y ss.

(10) Cfr. ya OETKER, GS 64 (1904), pp. 154 y ss.; ROTRING, *Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik* 46 (1912), pp. 71 y ss.; NEUMANN, *Das Blanko-Strafgesetz*, 1908; además es fundamental ya la exposición de BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, tomo I, 1885, pp. 179 y s.

(11) Según SCHENKE (FS f. FRÖHLER, p. 91), la razón de ello estriba, por un lado, en que durante mucho tiempo se negase que el legislador estuviese vinculado a la Constitución y, por otro, en la concepción formal del positivismo jurídico; cfr., sin embargo, ya OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1.^a ed., 1895, tomo I, pp. 306 y ss.

(12) Cfr. BVerfGE 51, pp. 60, 74; GÖHLER, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 7.^a ed., 1984, núm. marg. 5 previo al § 1; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 1976, tomo I, pp. 128 y ss.; *idem*, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, 1976, pp. 99 y ss.

principio deben regir en el Derecho de contravenciones los mismos principios del Estado de Derecho que en Derecho penal (13), de cuya observancia, por tanto, también ha de ocuparse una «ciencia global del Derecho penal». Y desde luego, desde la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el título 28 del StGB, y debido a la —en palabras de Lackner (14)— «acumulación de tipos en blanco que caracteriza todo el título», ya no es de recibo el tratamiento descuidado de los problemas dogmáticos latentes en él.

II. DETERMINACIÓN CONCEPTUAL DE LA LEY PENAL EN BLANCO

1. El desarrollo dogmático de este tema, que, como vimos, ya lleva mucho retraso, debe iniciarse con la *elaboración conceptual*, pues, aunque las consideraciones conceptuales han ocupado en el pasado un espacio relativamente amplio en el examen de las leyes penales en blanco, y puesto que además habitualmente fueron antepuestas al análisis de los problemas materiales (15), sin embargo, la definición tradicional de ésta como la «ley penal que refiere su amenaza de pena a una conducta delimitada típicamente total o parcialmente por otras fuentes del Derecho» (16) no resulta convincente ni en su función de delimitación temática ni en sus consecuencias sistemáticas. Y es que en caso de asumir la determinación conceptual tradicional se pierde de vista desde un principio precisamente la forma hoy más frecuente de retirada del legislador —la remisión expresa o tácita a usos, recomendaciones o regulaciones privadas— de su posición de responsabilidad jurídico-constitucional, esto es, la de dirigir la vida social fijando, en virtud de la autoridad que le ha sido conferida, normas dotadas de contenido, porque el complemento de la norma en blanco no se realiza en este caso por una «fuente jurí-

(13) Cfr. GÖHLER, *op. cit.* (nota 12), núm. marg. 10 previo al § 1; REB-MANN/ROTH/HERRMANN, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, núm. marg. 1 previo al § 1; ROTBERG, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 5.^a ed., 1975, Introducción B III 2.

(14) Cfr. LACKNER, *op. cit.* (nota 1), nota 1 b bb previa al § 324.

(15) Cfr. ya BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, tomo I, 2.^a ed., 1890, p. 161; NEUMANN, *op. cit.* (nota 10), pp. 16 y ss.; LOHBERGER, *op. cit.* (nota 6), pp. 4 y ss.; WEIDENBACH, *op. cit.* (nota 6), pp. 5 y ss.; WARDA, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955, pp. 5 y ss.

(16) Fundamental WARDA, *op. cit.* (nota 15), pp. 5 y ss.; se suman, por ejemplo, LOHBERGER, *op. cit.* (nota 6), p. 14; WEIDENBACH, *op. cit.* (nota 6), p. 7; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *op. cit.* (nota 8), núm. marg. 3 previo al § 1; JESCHECK, *op. cit.* (nota 8), p. 86; MAURACH/ZIPF, *op. cit.* (nota 8), p. 103; cfr. también BGHSt [Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia penal (N.T.)] 6, pp. 30, 40, así como ya NEUMANN, *op. cit.* (nota 10), p. 20.

dica» en sentido amplio que pueda reconducirse a una instancia estatal. La calificación que se impone con base en la definición tradicional, la de considerar a la regla privada que completa una Ley penal como «elemento típico» (17), rompe la relación sistemática con las demás formas de remisión y cierra así el acceso al problema principal, que consiste en la *cesión encubierta de competencia legislativa a grupos o instituciones privados*.

2. De otro lado, sería a su vez erróneo renunciar a cualquier precisión teórico-normativa y considerar que existe un tipo penal en blanco incluso, por ejemplo, cuando en él se hace referencia a una figura semántica que ni procede del legislador ni del autor. Una resolución del Tribunal Superior de Hamburgo demuestra a qué confusión nos conduciría esto: la referida resolución sostiene, en relación con la remisión de la Ley del Grado de Plomo en Gasolina en conexión con el Reglamento de Especificación de la Calidad de la Gasolina (18), a la DIN (*) número 51.600, que una parte del precepto complementador (*¡sic!*) —poco después denominado «norma complementadora»— habría sido «promulgado» por una instancia no estatal. A continuación extrae de esta «norma» —esto es, de una proposición de deber— únicamente «datos técnicos exentos de valoración», remitiéndose a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 14, pp. 245 y ss., en la que se trataba de la complementación de una Ley por el titular estatal del poder reglamentario autorizado expresamente para ello (19) —con lo que se confunden prácticamente todas las categorías conceptuales y normológicas.

3.a) Una elaboración de categorías metodológicamente correcta y dogmáticamente fructífera debe partir por ello —en correspondencia con los principios generales en la ciencia jurídica de la elaboración conceptual relativa a valores (20)— de los *problemas de regulación* y sistematizarlos en conexión con los fenómenos de la técnica legislativa, de forma que resulta el siguiente cuadro: la categoría intermedia «Ley necesitada de complementación» conlleva problemas

(17) La diferenciación entre el objeto de la remisión que rellena la Ley en blanco y los meros elementos típicos ya aparece en OETKER, *op. cit.* (nota 10), p. 160, con base en el ejemplo de la remisión a disposiciones de policía y de modo muy similar aparece, por ejemplo, también en TIEDEMANN, *op. cit.* (nota 7), p. 272; cfr. además KARPEN, *op. cit.* (nota 4), p. 97; STAATS, en: *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung* (nota 4), p. 246; WARDA, *op. cit.* (nota 15), p. 6.

(18) BzBIG [= Benzinbleigesetz (N.T.)] de 5-8-1971 (BGBl. I, p. 1234); BzAngabV [= Benzinqualitätsangabeverordnung (N.T.)] en la redacción de 1-8-1984 (BGBl. I, p. 1069).

(*) DIN, Deutsche Industrienorm: Norma Industrial Alemana (N.T.).

(19) MDR 1979, pp. 604 y s.

(20) Cfr. a este respecto solamente SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 25 con ulteriores referencias.

constitucionales, en los dos aspectos del *reparto de competencias* y del *mandato de determinación de la Ley*, que a su vez hay que subdividir en dos subproblemas respectivos con sus correspondientes sub-subproblemas: la cuestión de la competencia, en el caso de la remisión a la complementación normativa no estatal, se concreta en el *principio democrático* (21), y con respecto a la remisión a la complementación normativa estatal en el *principio de división de poderes*, con las ulteriores diferenciaciones de las relaciones entre Poder Federal/Poder de los Estados Federados, Legislativo/Ejecutivo, Legislativo/Judicial (22). Y la cuestión de la concreción de la Ley se plantea, por un lado, *de modo objetivo* [con puntos de conexión con la cuestión de la competencia y ulteriores diferenciaciones, como por ejemplo la del mandato de publicación (23)] y, por otro, *subjetivamente* (es decir, desde la perspectiva del sujeto sometido al Derecho, con los consiguientes problemas para el dolo y para la reprochabilidad).

b) Teniendo como telón de fondo esta «estructura de los problemas» se muestra que la limitación tradicional del concepto de Ley penal en blanco a las disposiciones que remiten a una complementación mediante fuentes jurídicas (es decir, estatales), no puede aparecer como materialmente justificada ni a la luz del principio consistente en que un órgano legislativo no puede ceder su competencia de forma abierta ni encubierta a una instancia incompetente, ni desde la perspectiva de la concreción de la Ley, entendida objetivamente o subjetivamente como seguridad jurídica para el ciudadano particular. Pues la «abdicación del legislador» se manifiesta de forma aún más radical en la cesión de la facultad real de concretar el contenido de la Ley a determinadas fuerzas sociales, que en una mera delegación de poder legislativo dentro del ámbito del Estado. Además, el menoscabo de la seguridad y orientación del ciudadano es más bien mayor en la remisión a usos o reglas privados que en la que existe al hacerse referencia a las concreciones estatales. Por otro lado, y desde un principio, no cabe en el esquema de problemas esbozado el supuesto de la conexión legal con *actos particulares*, esto es, mandatos o prohibiciones individuales [cfr., por ejemplo, los §§ 123, 145

(21) Más concretamente a este respecto, OSSENBÜHL, *op. cit.* (nota 4), p. 404; KARPEN, *op. cit.* (nota 4), pp. 172 y ss.; ARNDT, *op. cit.* (nota 4), p. 785; BVerfGE 47, p. 315; SCHENKE, FS f. Fröhler (nota 4), p. 119 con ulteriores referencias.

(22) Respecto del significado del Principio del Estado Federal respecto de la problemática de la remisión, cfr. exhaustivamente SCHENKE, FS f. Fröhler (nota 4), pp. 113 y ss. con numerosas referencias ulteriores; en cuanto a la relación entre Poder Legislativo y Ejecutivo, cfr. el art. 80 LF [Grundgesetz, Ley Fundamental (N.T.)]; respecto de la relación entre Poder Legislativo y Judicial, cfr. las consideraciones que siguen en el texto.

(23) *Vid.* más concretamente a este respecto SCHENKE, FS f. Fröhler (nota 4), pp. 96 y ss. con referencias.

a), 145 c) StGB, 25/26 de la Ley de Reunión y 24 del Código de la Circulación], que ha provocado gran falta de claridad en la discusión desarrollada hasta el momento respecto de las leyes penales en blanco (24). Ello es así porque este tipo de conexión no pone en peligro ni la seguridad de orientación del ciudadano (que precisamente se garantiza de forma óptima estableciendo el presupuesto de un mandato individual) ni la prerrogativa normativa del legislador (que no se ve interferida en absoluto por un acto individual), de manera que no puede ser correcto echar en el mismo saco este fenómeno —que plantea problemas totalmente distintos (25)— junto con la remisión legal a normas (esto es, generales) extralegales.

4. Por lo tanto, para los aspectos normativos determinantes de la definición de la ordenación de competencias y de la concreción de la Ley son relevantes, en primer lugar, todas las leyes penales que necesitan ser concretadas en su contenido por *proposiciones generales de deber* para que sea posible llevar a cabo una subsunción de los casos concretos existentes en la realidad, subsunción avalorativa y únicamente condicionada por el núcleo de significado del lenguaje común (26). Y como éste es el caso de prácticamente todas las leyes penales, cuya relativa indeterminación semántica debe ser cerrada por vía de interpretación por el Juez competente para ello conforme al art. 92 de la Ley Fundamental (27), la elaboración de

(24) Cfr., por ejemplo, las consideraciones bastante artificiosas de OETKER, *op. cit.* (nota 10), pp. 160 y ss.; NEUMANN, *op. cit.* (nota 10), pp. 25 y ss., 45 y ss.; WARDA, *op. cit.* (nota 15), pp. 15 y ss.; KARPEN, *op. cit.* (nota 4), pp. 99 y s., calificando la conexión hecha por la Ley a prohibiciones administrativas en parte como Ley en blanco, en parte como mero elemento del tipo o creando la categoría específica de las «disposiciones en lugar de Ley».

(25) Se trata sobre todo de la cuestión acerca de si la punibilidad de la contravención sólo presupone la existencia fáctica del mandato o, por el contrario, también es necesario que éste sea jurídicamente vinculante; curiosamente, esta pregunta es resuelta de manera más liberal en el Derecho público que en Derecho penal [cfr., por un lado, SCHENKE, JR 1970, p. 449; GERHARDS, NJW 1978, pp. 86 y ss.; ARNHOLD, *Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte*, 1978; BERG, Wi-Verw. 1982, pp. 169 y ss.; y, por otro, BGHSt 23, 86 y ss. y el así llamado «concepto jurídico-penal de conformidad a Derecho» en el § 113 StGB, que se halla concebido en ese mismo sentido cfr. al respecto LACKNER, *op. cit.* (nota 11), § 113 notas 5 y 6 con referencias y por todos la crítica en SCHÜNEMANN, *op. cit.* (nota 20), pp. 15 y ss.].

(26) Cfr. respecto de este modelo de subsunción SCHÜNEMANN, en FS f. Klug, 1983, pp. 169 y ss.

(27) Cfr. por todos, desde el punto de vista de la teoría del Derecho SCHÜNEMANN, *op. cit.* (nota 26), pp. 184 y s., así como desde la perspectiva jurídico-constitucional el reconocimiento hecho por el BVerfG, concurriendo determinados presupuestos, de una competencia judicial de creación normativa *contra legem* (BVerfGE 34, pp. 269, 286 y ss. —así llamada «sentencia en el caso Soraya»— y BVerfGE 65, pp. 182 y ss.); la competencia judicial para la creación normativa

una categoría propia de leyes penales en blanco sólo puede tener el sentido de reunir todos los casos de complementación de normas por otras instancias estatales o sociales, en las que la concreción normativa, por tanto, *no* está en manos del juez, designado para ello en primer lugar por nuestra Constitución. En consecuencia, se deben denominar leyes penales en blanco todas aquellas leyes penales que remiten explícita o implícitamente, para la eliminación de su imprecisión semántica, a proposiciones de deber general que no han sido creadas por el juez penal sentenciador —por contraposición a las «leyes penales indeterminadas» que presuponen su complementación por el juez.

III. CONSECUENCIAS PARA LA UBICACIÓN EN EL SISTEMA DOGMÁTICO-PENAL DE LAS REGLAS DE LA TÉCNICA

1. Cuando, después de fijar las categorías básicas, se intenta determinar la posición jurídico-dogmática de las «reglas de la técnica» resulta a primera vista tal multiplicidad de alternativas que podría hablarse de unas características camaleónicas.

a) La remisión a las reglas técnicas podría crear en *primer lugar* un *tipo penal en blanco dinámico*, de manera que el contenido *respectivo* (sometido a cambios temporales) de las normas técnicas reconocidas en los círculos profesionales competentes complete la Ley penal; un ejemplo de ello parece ofrecerlo el § 323 StGB, que castiga la infracción «de las reglas de la técnica reconocidas generalmente» que ocurra durante la ejecución de obras. Pero la remisión a las reglas técnicas puede originar también, en *segundo lugar*, un tipo penal en blanco *estático*, si la Ley se refiriere a una regulación técnica concretamente determinada, con el contenido vigente *en el momento de la remisión*; así por ejemplo, el § 7 párr. 1 núm. 2 a de la Ley sobre el Grado de Plomo en la Gasolina, que amenaza con multa como contravención el señalamiento deficiente de la calidad mínima del carburante ofrecido al usuario, remite a través del § 2 a, párrs. 1.º y 3.º de la Ley sobre el Grado de Plomo en la Gasolina y del § 1 del Reglamento de Especificación de la Calidad de la Gasolina (28), a las «exigencias mínimas fijadas en la DIN núm. 51.600, en la versión de enero de 1976, respecto de antidetonancia, densidad, proceso de evaporación y punto final de evaporación» para carburante normal y súper, habiendo sido publicada la norma DIN mencionada íntegra-

concretando la Ley *intra legem* deriva de esto *a fortiori* y, desde luego, nunca ha sido puesta en duda.

(28) Cfr. a este respecto las referencias contenidas en la nota 18.

mente en el Boletín Legislativo Federal como anexo 1.º del Reglamento de Especificación de la Calidad de la Gasolina.

b) Sin embargo, en el ámbito de la remisión a las reglas técnicas, en vez de suponer la existencia de una Ley penal en blanco, puede tomarse también en consideración la calificación como *Ley penal indeterminada*, y ello además en distintas modalidades. La remisión a las reglas de la técnica podría significar en *tercer lugar* la mera exhortación al juez para que dedique especial atención al contexto técnico en la determinación de la medida del cuidado decisivo para la responsabilidad por imprudencia, de modo que la «infracción de las reglas de la técnica» se convertiría en sinónimo de la *infracción del deber de cuidado*. Además, la producción de normas técnicas puede ser entendida en *cuarto lugar* como una convención lingüística y, en consecuencia, puede ser clasificada como *lenguaje profesional* que complementa el lenguaje común —en lo que quizás también estaba pensando el Tribunal Superior de Hamburgo, en la expresión arriba citada, en el sentido de que la norma DIN sólo contenía «datos técnicos avalorativos». La *quinta* alternativa consiste en la identificación de las reglas técnicas con las leyes causales válidas en el ámbito técnico; por ejemplo, se podría comprender «las precauciones necesarias conforme al estado de la ciencia y de la técnica, frente a daños por depósito de materiales para la combustión nuclear» y «la protección necesaria frente a injerencias» según el § 5 párr. 1.º de la Ley de Energía Atómica (29), como una remisión a los cursos lesivos posibles y a las medidas idóneas y por ello necesarias para su prevención, conforme al desarrollo de la física nuclear.

c) Finalmente, hay que tomar en consideración también una interpretación *jurídico-procesal* de la remisión legal a las reglas técnicas, que presenta a su vez distintas alternativas: en *sexto* lugar cabe pensar en *reglas técnicas de valoración de la prueba*; el Tribunal Superior de Hamburgo, por ejemplo, en su auto de 20-10-1978 (30) se enfrentó a la cuestión de si pueden vincular al juez en la valoración de la prueba las normas DIN números 51751, 51756 y 51757, a las que hace referencia la norma DIN núm. 51600 por medio de una remisión ulterior, y que regulan en particular los métodos de prueba y examen para cumplir la norma DIN 51600. Y como versión atenuada vendría a colación también, en *séptimo lugar*, la calificación de las reglas de la técnica como *informe pericial anticipado*, al que el juez puede recurrir sin más por su evidencia y al que debe atenerse en tanto no sea refutado o al menos cuestionado por un informe contrario convincente.

2. Con base en el resultado de las consideraciones puramente analíticas realizadas hasta el momento —las reglas de la técnica pue-

(29) En la redacción de la publicación de 15-7-1985 (BGBl. I, p. 1565).

(30) 2 Ss 303/77 (esta parte no se reproduce en MDR 1979, p. 604).

den actuar como normas complementadoras de leyes penales en blanco, o como elementos no prescriptivos por sí mismos de una Ley penal indeterminada, o como tipos procesales con distintas subvariantes posteriores— pueden describirse los fines del trabajo dogmático ulterior y subdividirse en tres niveles: por un lado, hay que examinar cuáles de las siete alternativas son lógicamente consistentes y compatibles con los principios jurídicos superiores (es decir, constitucionales) al comienzo mencionados; en el siguiente nivel hay que aclarar cómo puede hallarse la alternativa exacta en cada caso individual y cómo hay que calificar en consecuencia en concreto las numerosas remisiones a reglas técnicas en Derecho penal y contravencional; y finalmente deben tratarse las cuestiones estructurales, es decir los principios dogmáticos, iguales para cualquier caso de aplicación particular, de las alternativas que queden del primer nivel.

IV. ¿LAS REGLAS DE LA TÉCNICA COMO OBJETO DE UNA REMISIÓN DINÁMICA?

1. Según la opinión dominante hasta hoy en Derecho penal, hay que entender por «reglas de la técnica» aquellos criterios que, por ejemplo, en el caso concreto del § 323 StGB «se han desarrollado como resultado de una previsión, basada en la experiencia y en la reflexión, de los posibles peligros en la planificación, cálculo y ejecución de obras o instalaciones técnicas» (31) y que deben haber encontrado su expresión en disposiciones urbanísticas, en catálogos de normas [como las disposiciones DIN y VDE (*)], así como en disposiciones sobre prevención de accidentes de las asociaciones profesionales de la construcción (32). Y su «reconocimiento general», exigido por ejemplo en el § 323 y en el § 330, párr. 1.º, núm. 3 StGB, presupone, según la jurisprudencia del Reichsgericht, mantenida en lo esencial hasta hoy, que la referida regla «no sólo es correcta e irrefutable, habiendo un conocimiento científico total de la materia», sino que además «es generalmente conocida y reconocida como correcta en los círculos de los técnicos correspondientes», de manera que según esta jurisprudencia la convicción sobre la necesi-

(31) Cfr. LACKNER, *op. cit.* (nota 1), § 323 nota 2.ª; *vid.* además HORN, en SK-StGB, § 323, núm. marg. 7.

(*) VDE, Verband Deutscher Elektrotechniker: Asociación de Ingenieros de Telecomunicaciones Alemanes (N.T.).

(32) Más concretamente respecto de esto WOLFF, en LK, 10.ª ed., § 323 núm. marg. 11, haciendo referencia a RGSt (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Sentencias del Tribunal Supremo del Reich en lo penal [N.T.]) 27, p. 388; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *op. cit.* (nota 8), § 323 núm. marg. 18; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 42.ª ed. 1985, § 323 núm. marg. 10.

dad de observancia de la regla también debe haber impregnado la práctica y, con ello, haberse consolidado (33).

Sin embargo, es dudoso que esta concepción tradicional se encuentre aún a la altura de la discusión jurídico-constitucional. Pues en Derecho público existe hoy un amplio consenso en torno a que la *remisión dinámica* a regulaciones privadas, es decir la remisión al contenido correspondiente de regulaciones mudables en el curso del tiempo y de «normaciones» realizadas por instancias privadas, es sin excepción *juridico-constitucionalmente inadmisibles*, porque lesionaría el *mandato democrático* de la Ley Fundamental, al ceder a instancias sociales genuinas competencias legislativas, y porque no es compatible tampoco con el *mandato de publicación* de las disposiciones jurídicas contenido en el principio del Estado de Derecho, a causa de la aleatoriedad de la publicidad de las regulaciones privadas, no restringida legalmente (34). Si hubiera que entender la remisión a las reglas de la técnica reconocidas generalmente de modo que se dispusiera directamente la obligatoriedad de determinadas regulaciones [como por ejemplo de las disposiciones VDE conforme al § 1 del 2.º Reglamento de Ejecución de la Ley de Economía Energética (35)], entonces no podría evitarse, en efecto, el veredicto de inconstitucionalidad, puesto que en una comunidad establecida constitucionalmente no se puede otorgar una competencia de concreción general del contenido de la Ley fuera de los órganos previstos para ello (por lo que la conexión habitual en la bibliografía iuspublicista con el principio democrático también es dogmáticamente imprecisa, porque la eliminación de instancias incompetentes para el ejercicio del poder forma necesariamente parte de toda organización estatal —incluso en una Monarquía absoluta—, y porque la inconstitucionalidad de una complementación de la Ley llevada a cabo por instancias privadas se fundamenta no en la abstención del legislador como tal, sino en la vulneración de la competencia judicial —fun-

(33) En este sentido ya RG GA 39, p. 208, y con especial exhaustividad RGSt 44, pp. 75, 79 y ss.; cfr. además LECKNER, FS f. Engisch, pp. 496 y s., así como la bibliografía especializada en materia de Derecho penal de la construcción (SCHERER, *Strafrecht in der Baupraxis*, 1965, pp. 15 y ss.; VELTEN, *Die Baugefährdung*, tesis Kiel 1965, pp. 57 y s.).

(34) Cfr. por todos BULLINGER, *Die Selbstermächtigung zum Erlaß von Rechtsvorschriften*, 1958, pp. 21, 23; SCHÄFER, *op. cit.* (nota 4), pp. 102 y ss.; OSSENBÜHL, *op. cit.* (nota 4), p. 404; NICKUSCH, *op. cit.* (nota 4), pp. 211 y ss.; *idem*, NJW 1967, pp. 811 y ss.; KARPEN, *op. cit.* (nota 4), pp. 174, 180, 183; BREUER, *op. cit.* (nota 4), pp. 62 y s., 65 y s.; G. ARNDT, *op. cit.* (nota 4), p. 787; SCHENKE, NJW 1980, pp. 745 y s.; *idem*, FS f. Fröhler, pp. 108 y s.; MARBURGER, *op. cit.* (nota 4), pp. 390 y ss.

(35) Ley de Fomento de la Economía Energética de 13.12.1935 [RGBl. (Reichsgesetzblatt, Boletín Legislativo del Reich N.T.) I, p. 1451], junto al 2.º Reglamento de Ejecución de 31-8-1937 (RGBl. I p. 918).

damentada en el art. 92 LF— para concretar la Ley). Sin embargo, podría regir algo distinto para la definición de reglas técnicas dominante en el Derecho penal, porque no existe aquí ninguna prerrogativa de fijación otorgada a corporaciones o a gremios privados determinados, sino que se hace hincapié en la *communis opinio* del grupo de población que se ocupa en cuestiones técnicas, de modo que se podría pensar en una incorporación legal de normas del Derecho consuetudinario —en cierto sentido, una costumbre respetada por un círculo limitado de personas (36). Esta consideración —probablemente oculta de manera tácita tras la concepción dominante en Derecho penal, que no cuestiona la constitucionalidad de la interpretación tradicional del § 323 StGB (37)—, con la que nos topamos constantemente de forma semejante en los especialistas del Derecho de la técnica, y que culmina en la idea de un «Derecho autónomo de la técnica» (38), sin embargo *yerra* ya de modo fundamental el conflicto de intereses que existe en este sector social y que debe ser resuelto normativamente; conflicto que se traduce sencillamente en la cuestión de en qué medida ha de permitirse que pongan en peligro los bienes jurídicos sociales protegidos penalmente aquellas empresas y personas particulares que se ocupan de la aplicación de la técnica moderna. Permitir formular a los técnicos aquellas reglas de la técnica que son penalmente relevantes, significaría, en consecuencia, encomendar las ovejas al lobo y atribuir al titular del potencial de peligro el poder de decisión sobre la medida permitida en los riesgos que él mismo crea. Por ello, el entendimiento de las reglas técnicas como una especie de práctica consuetudinaria es erróneo, al no tener en cuenta que el Derecho, al margen de su producción estatal, sólo puede ser creado mediante el consenso de *todos los* afectados (39) y no a través de una usurpación unilateral realizada por el potencial causante de la perturbación, y por ello esta concepción acrecienta el déficit de la dogmática jurídico-penal a que se hizo referencia al principio hasta convertirlo en un error fundamental.

(36) Respecto del concepto de *Observanz*, cfr. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, tomo I, 1979, p. 2; BAUMANN, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7.^a ed., p. 44; ampliamente ENNECERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, volumen I, 15.^a ed., 1959, pp. 277 y ss.

(37) Cfr. LACKNER, *op. cit.* (nota 1), § 323 nota 2b; WOLFF, en *LK*, § 323 núm. marg. 11 *in fine*; TIEDEMANN, *Jura* 1982, p. 377.

(38) Fundamental a este respecto LIST, *Verwaltungsrecht technischer Betriebe*, 2.^a ed., 1955, p. 11. Las variantes modernas de esta idea se discuten *infra* X.1.

(39) Cfr. respecto de este punto de partida, desde la perspectiva de la teoría del Derecho, PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, 1981, pp. 417 y ss., quien, sin embargo, identifica erróneamente los «partícipes» con los protagonistas de la técnica y por ello pierde de vista que también han de incluirse las potenciales víctimas de la técnica.

2. Por tanto, la concepción de las reglas técnicas como objeto de una remisión dinámica del legislador no es compatible con las decisiones jurídico-constitucionales básicas ni con nuestra comprensión de la esencia del Derecho; y ello ni en el contexto específico de las regulaciones técnicas concretas ni en el contexto general de las máximas establecidas de comportamiento de la «comunidad de los técnicos». Tampoco el intento de salvamento defendido por Marburger para mantener la tesis de la remisión en la forma suavizada de «línea directriz de concreción jurídicamente no vinculante» que exclusivamente *favorece* al ciudadano (40), no puede cambiar nada en ello. Pues Marburger no ha percibido —aparentemente porque excluye la dimensión jurídico-penal— que favorecer al productor de la técnica tiene como reverso inevitable el empeoramiento de la posición del afectado por el producto técnico y con ello también del conjunto de la sociedad, de manera que la actitud conciliadora con los agentes técnicos conduce a una intromisión en la integridad de todos los demás ciudadanos.

3. Por más vueltas que se le dé al asunto —una remisión legal dinámica a las normas formuladas en los círculos de los técnicos no puede existir en un Estado de Derecho, y por muy arraigada que se encuentre una opinión dominante, deberá desvanecerse frente a esta tajante constatación.

V. LA REMISIÓN ESTÁTICA A REGLAS TÉCNICAS

1. Es distinto lo que rige respecto de la remisión estática, en la que, como se vio, se hace referencia a una regulación técnica con su contenido conocido por el legislador en un determinado momento y con ello se incorpora a la norma jurídica. En este caso no es posible, desde un principio, que aparezcan objeciones de tipo competencial, porque la regulación sólo se convierte en obligatoria en virtud de su total incorporación en la voluntad del legislador, y, en consecuencia, la remisión no es otra cosa que una *abreviatura técnico-legislativa* (41). Del esbozo del problema realizado en el punto II.3 se deduce que en el caso de la remisión estática sólo queda el problema de la concreción de la Ley, problema que a su vez se restringe al de la *cognoscibilidad* subjetiva para quienes se hallan sometidos al Derecho cuando el legislador se remite a una regulación exactamente fi-

(40) *Op. cit.* (nota 4), pp. 395 y ss., 404, 406; en el mismo sentido KREY, EWR 1981, pp. 156 y ss. El entendimiento de las normas técnicas como reglas de carga de la prueba, entendimiento que MARBURGER vincula —de manera algo imprecisa desde el punto de vista de la lógica— a su concepción, será analizado *infra* VII.2.

(41) Cfr. por todos MARBURGER, *op. cit.* (nota 4), pp. 387 y ss.

jada. Como demuestra el hecho de que se reconozca generalmente la constitucionalidad del uso por parte del legislador de conceptos jurídicos indeterminados, el mandato de publicación del artículo 82 LF sólo pretende garantizar la constatabilidad objetiva de la decisión del legislador, pero no la cognoscibilidad subjetiva de la norma completa, de manera que desde una perspectiva teleológica no existen objeciones contra una interpretación restrictiva del artículo 82 LF en lo relativo a la técnica de remisión, que además no regula de manera expresa (42).

2. De otro lado, se deduce de lo anterior que una remisión estática a las «reglas de la técnica» como *tales* no sería suficiente para cumplir el *mandato de concreción* que de nuevo se resalta en el artículo 103 párr. 2.º LF respecto de las leyes penales, y por ello sería inconstitucional: el conjunto de máximas de comportamiento técnico reconocidas en un determinado momento, no precisadas en una regulación positiva y determinada, sería demasiado incoherente y contradictorio para poder anudarle el automatismo de la concreción normativa que tiene lugar en la remisión estática.

VI. LAS REGLAS DE LA TÉCNICA COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

1. Los problemas de las reglas de la técnica en el contexto de un Derecho penal en blanco, analizados previamente, se obvian, si no se ve en ellas nada distinto a un *concepto jurídico indeterminado*, que se refiere al *cuidado debido en el campo de la técnica*, como

(42) Cfr. más en detalle MARBURGER, *op. cit.* (nota 4), p. 411, con referencias; EBSEN, DÖV 1984, pp. 654 y ss. Por esta razón, por cierto, no resulta convincente la jurisprudencia del BVerfG en materia de leyes penales en blanco, según la cual han de poderse prever los supuestos posibles de punibilidad con base en una Ley, de modo que a la fuente reglamentaria sólo se le atribuya la especificación concreta del tipo (cfr. BVerfGE 14, pp. 187, 251, 254; 22, p. 25; 23, pp. 279 y s.; 39, p. 208 y s.; 32, pp. 346, 362 y ss.; 41, pp. 319 y ss.; en este sentido también la opinión dominante, cfr. por todos TRÖNDLE, en *LK*, § 1 núm. marg. 11). Pues desde el punto de vista de la cognoscibilidad para el ciudadano no existe una diferencia fundamental entre leyes y reglamentos, dado que también éstos han de publicarse en principio en el Boletín Legislativo Federal (art. 82 párr. 1.º inc. 2.º LF). Y puesto que el art. 103 párr. 2.º LF desde la perspectiva de la división de poderes únicamente separa el poder legislativo del judicial (cfr. a este respecto SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, pp. 8 y ss.), pero no establece absolutamente nada respecto de la estructura competencial del poder legislativo, concebido de modo funcional, parece obligado entender bajo «Ley» en el sentido del art. 103 párr. 2.º LF únicamente la Ley en sentido material, determinando, por consiguiente, la admisibilidad de la complementación de leyes penales en blanco por medio de reglamentos exclusivamente con base en el precepto (relativamente generoso) del art. 80 párr. 1.º inc. 2.º LF.

ya propuse con ocasión del ejemplo del § 323 StGB (43). En lugar del problema de la concreción de este concepto jurídico indeterminado por parte del juez, cuestión de la que nos ocuparemos a continuación, hay que considerar otras dos atribuciones de función: el entendimiento de las reglas técnicas como una convención lingüística que clarifica el tenor literal de la Ley o como leyes causales concretas que no pertenecen al mundo de las normas, sino al de los fenómenos naturales.

2. La posibilidad (que curiosamente apenas ha sido percibida en la discusión que se ha desarrollado hasta el momento) de concebir las reglas técnicas como un *lenguaje profesional* perfectamente definido, que explica el lenguaje del legislador, casa sobre todo con el Derecho penal, pues el denominado límite del tenor literal, esto es, el alcance máximo del ámbito significativo que en el lenguaje común tienen los términos legales, limita en este campo, de acuerdo con el artículo 103 párr. 2.º LF, la actividad decisoria del juez (44). A pesar de ello, es preciso descartar esta posibilidad después de realizar un análisis más exhaustivo, porque la vinculación del juez al límite del lenguaje común no supone una especie de competencia legislativa oculta a favor del espíritu popular que impera en la textura del lenguaje, sino que sólo significa que se limita la creación judicial del Derecho al ámbito de aplicación que el legislador había previsto, aunque solamente fuese de manera aproximativa. Por ello, no puede legitimarse de ninguna manera una competencia legislativa, atribuida por vía filológica, a aquellos sujetos que ocupan una posición preeminente en un lenguaje sectorial.

3. La alternativa arriba citada en última instancia, de que en las reglas de la técnica se trata sólo de la constatación de *leyes causales empíricas*, es aún menos digna de ser tomada en cuenta; pues esta concepción, defendida reiteradamente en especial por Scholz (45), sólo es correcta respecto de una parte semántica de la regla técnica (46), y cuando se aplica a la norma en su conjunto conduce a una hipótesis *ad hoc*, semánticamente defectuosa, de apoteosis jurídica del «conocimiento técnico» —últimamente sobre todo en el ejemplo del funcionamiento de las centrales nucleares—. Debido a la mezcla

(43) ZfBR 1980, pp. 162 y s.

(44) Cfr. SCHÜNEMANN, *op. cit.* (nota 42), pp. 4, 17 y ss.; respecto a que el efecto vinculador sólo afecta a la extensión del concepto, pero no a la intensión, cfr. *idem*, FS f. Faller, 1984, pp. 367 y ss.; NSIZ 1986, p. 442. GÖBEL lleva a cabo una aproximación intuitiva, pero muy imprecisa, a la variante referida en el texto, en SCHÄFFER/TRIFFTERER (comp.), *Rationalisierung der Gesetzgebung*, 1984, pp. 64 y ss.

(45) SCHOLZ, en: DIN (comp.), *Technische Normung und Recht*, 1979, pp. 87 y ss.; *idem*, en: FS f. Juristische Gesellschaft Berlin, 1984, pp. 691 y ss., 695 y s.

(46) Concretamente, el lado descriptivo o «frástico», cfr. a este respecto más en detalle *infra* VII.3., en el texto correspondiente a la nota 63.

de criterios de comportamiento técnicos, esto es, de proposiciones *prescriptivas*, con los *supuestos de hecho* por ellas regulados, es semánticamente poco clara la afirmación sostenida por Scholz, de que «las medidas técnicas de control, conducta o valoración» están «destinadas a ser aplicadas en todos los casos» en los que «se trata de la configuración o de la valoración de situaciones fácticas que están reguladas tecnológicamente o que funcionan técnicamente y que desde el punto de vista jurídico-normativo dependen del plano de lo fáctico», de modo que «una norma técnica no formula por su propia esencia una regla de deber jurídico-normativa, sino exclusivamente una relación condicional orientada causalmente» (47). Y esta afirmación es, por lo demás, no sólo trivial en relación con los conocimientos de las ciencias naturales previos a las reglas técnicas, sino también irrelevante para nuestro problema, porque en la remisión legal a las reglas de la técnica no se trata de problemas de causalidad, sino que se trata tan sólo de qué riesgos de los que se originan por el actuar técnico para la generalidad tienen que ser *asumidos jurídicamente* y cuáles no. Sobre esta cuestión decisiva se manifestó Scholz en otro lugar con semejante falta de claridad semántica, pero con un resultado inequívoco: el pretendido «efecto presuntivo respecto de los contenidos reales (?) de las normas técnicas» desencadenaría un «control contencioso-administrativo, limitado materialmente, de las decisiones jurídico-técnicas» (48), de modo que, a fin de cuentas, de una confusión de categorías conceptuales se destila un desplazamiento de competencias inconstitucional— a costa de los poderes legislativo y judicial, competentes para la creación y concreción de la norma, y a favor del ejecutivo sometido a la norma y de los operadores privados de la técnica, esto es, en última instancia, a favor de la industria.

Frente a ello, no puede existir ninguna duda de que la principal función de las reglas técnicas para el Derecho, en Derecho penal incluso la única, consiste en formular *exigencias de cuidado* en el desencadenamiento y dirección de procesos técnicos. Y también es indudable que precisamente por su carácter prescriptivo superan la condición de proposiciones científico-naturales y sólo por ello entran en consideración como objeto de remisión, por el hecho de que su contenido consiste en la *delimitación de la libertad de actuación del operador de la técnica frente al interés de la víctima potencial de la técnica de permanecer indemne*, y, por tanto, se trata de una resolución de conflictos sociales de intereses para la que están facultados, de acuerdo con nuestro ordenamiento estatal, el *legislador* y el *poder judicial*, que debe concretar las leyes, pero no el ejecutivo, ni mucho menos los operadores de la técnica, que representan a una

(47) *Op. cit.* (nota 45), pp. 695 y s.

(48) *Op. cit.* (nota 45), pp. 705-707.

de las partes del conflicto (49). En este sentido, por ejemplo, la «prevención de daños necesaria de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica», a la que se refiere el § 7, párr. 2.º, núm. 3 de la Ley de Energía Nuclear, no significa que deba quedar categóricamente excluida la posibilidad de daños, sino solamente que se reduzcan los riesgos por debajo de un nivel de relevancia (50) que sólo puede ser determinado mediante una *valoración* y, por tanto, no por la técnica, sino sólo por el Derecho.

VII. ¿LAS REGLAS TÉCNICAS COMO INSTITUTOS JURÍDICO-PROCESALES?

La ubicación sistemática que queda después de los anteriores razonamientos es la inclusión de las reglas técnicas en el *Derecho procesal*, defendida en dos modalidades distintas: como regla de valoración de la prueba o como informe pericial anticipado.

1. La posición más fuerte la adquirirían las reglas técnicas en el Proceso en caso de ser calificadas como auténticas *reglas de valoración de la prueba*, esto es, como *presunciones iuris et de iure* de la adecuación al deber de cuidado de aquellos comportamientos que las cumpliesen, como sucede en parte de la doctrina y a veces también en la jurisprudencia (51). Aparentemente, un ejemplo corriente para el penalista parece ofrecerlo en esta materia el límite en la prueba de alcoholemia (1,3 por 1.000) en el ámbito del § 316 StGB, que según la opinión dominante (52) constituye una regla procesal de valoración de la prueba, y en concreto una presunción *iuris et de iure* de incapacidad absoluta para la conducción de vehículos. Sin embargo, un análisis exacto de este ejemplo demuestra que su calificación como regla procesal de valoración de la prueba es incorrecta y que en realidad, como en el caso de todas las demás presunciones *iuris et de iure*, se trata de una interpretación jurídico-material en forma de subdefinición. Por un lado, en el ámbito del concepto de «incapacidad para la conducción» se trata de fijar un límite

(49) En este sentido también, de modo muy claro y acertado, MARBURGER, *Atomrechtliche Schadensvorsorge*, 1983, p. 122; *idem*, WiVerw 1981, pp. 249 y s.; OSSENBUHL, en: BLÜMEL/WAGNER (comp.), *Technische Risiken und Recht*, 1981, pp. 46 y s.; FELDHAUS, DVBl 1981, pp. 169 y ss.

(50) Cfr. por todos MARBURGER, *op. cit.* (nota 49), pp. 94 y ss. con referencias.

(51) Cfr. las referencias dadas por MARBURGER, *op. cit.* (nota 4), p. 401; KLOEPFER, *Umweltrecht*, 1989, pp. 57 y ss. con más referencias; *idem*, VerwArch 76 (1985), pp. 321 y ss.

(52) Cfr. HORN, *Blutalkoholgehalt und Fahruntüchtigkeit*, 1970, pp. 18 y ss.; HAFFKE, *Blutalkohol* 1972, pp. 34 y ss. Sin embargo, la situación podría ser distinta en el «suplemento de seguridad» (así lo ha advertido TRÖNDLE, FS f. Dreher, 1977, p. 119).

a efectos de clasificación dentro del concepto comparativo de «disminución de la capacidad para la conducción» (53), esto es, de establecer un corte cualitativo en un mundo de transiciones cuantitativas. Por otro, la perífrasis que para ello ofrece el BGH (*) de que la «capacidad psicofísica de todo conductor esté disminuida de tal manera y su personalidad global tan modificada que ya no pueda enfrentarse a las exigencias del tráfico mediante un comportamiento rápido, adecuado y final» (54), no contiene un núcleo de significado claro, que permita llevar a cabo una subsunción meramente semántica también en las zonas límite. Todo ello significa, en realidad, que sólo el límite cuantitativo de la alcoholemia es utilizado por el BGH, asumiendo tácitamente la técnica, difundida en el ámbito de las ciencias sociales, de *definición operacional de términos teóricos* (55), llevando a cabo una legítima y correcta operación de *concreción métrica* de la Ley. Por consiguiente, desde el punto de vista de una presunción *iuris et de iure*, a la remisión a normas técnicas le correspondería el mismo significado jurídico-material. Esto puede demostrarse de modo especialmente convincente con base en un supuesto de remisión que a primera vista parece ser meramente procesal: la remisión contenida en el Reglamento sobre Calidad de la Gasolina a la norma DIN 51600 también abarca, a través de una ulterior remisión, a la norma DIN 51750, que prescribe que para llevar a cabo la medición del octanaje medio en contenedores de más de cinco toneladas habrá de hallarse el valor medio de tres mediciones distintas efectuadas en distintas capas del tanque. Por ello, el Tribunal Superior de Hamburgo, en la sentencia reiteradamente citada, consideró que se trataba de una norma de valoración de la prueba, que restringía de modo inadmisiblemente la apreciación judicial de la prueba, que conforme al § 261 StPO (*) ha de ser libre. Sin embargo, esta interpretación era incorrecta, puesto que no existe ningún núcleo significativo del término «combustible súper» que sea independiente de las normas DIN 51600 y 51750; por consiguiente, el método de medición no fija la vía de conocimiento de la realidad, sino el mismo *contenido del concepto*, de modo que no se formula una regla de prueba, sino una *definición jurídico-material*.

(53) Respecto de la diferenciación entre conceptos clasificatorios y comparativos, cfr. desde un punto de vista general v. KUTSCHERA, *Wissenschaftstheorie I*, 1972, pp. 16 y ss.; KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, 1977, pp. 34 y ss.

(*) BGH, Bundesgerichtshof: Tribunal Supremo Federal (N.T.).

(54) BGHSt 21, p. 160.

(55) Cfr. por todos SEIFFERT, *Einführung in die Wissenschaftstheorie I*, 3.^a ed., 1978, pp. 190 y ss.; ATTESLANDER, *Methoden der empirischen Sozialforschung*, 4.^a ed., 1975, pp. 32 y ss.; BUNGARDT, *Operationalisierung eines Dispositionsbegriffs am Beispiel der Glaubwürdigkeit*, 1981, pp. 5 y ss.

(*) StPO, Strafprozeßordnung: Código Procesal Penal (N.T.).

La construcción dogmática de una «presunción *iuris et de iure*» a favor de la corrección de las reglas técnicas, no conduce, en consecuencia, por principio, al resultado que con ella se persigue, cual es el de desplazar el problema al Derecho procesal. Por lo demás, ello no modificaría ni en un ápice la *inconstitucionalidad* de la remisión dinámica, ya que, por supuesto, tampoco en el ámbito del Derecho procesal pueden transferirse válidamente a agentes privados ni las competencias de producción normativa del legislador ni las de concreción del poder judicial. En consecuencia, no es necesario seguir debatiendo si el juez penal podría verse vinculado por reglas de valoración de la prueba, válidamente promulgadas, en la constatación de la verdad material (lo que fue rechazado, probablemente de modo algo precipitado, por el Tribunal Superior de Hamburgo) (56).

2. También carece de ámbito de aplicación jurídico-penal la «teoría de la *presunción iuris tantum*», que en comparación es menos ambiciosa y que ha sido precisada por Marburger, en el sentido de suponer la existencia de una *regla sobre la carga de la prueba* a favor de la corrección de la norma técnica (57). Esta teoría debe descartarse porque en el Derecho penal, en *virtud de la Constitución, siempre rige el principio in dubio pro reo* (58), de manera que no existe ni espacio ni necesidad de una regla adicional sobre la carga de la prueba. Por lo demás, la teoría de la carga de la prueba, con independencia de lo anterior, tampoco resulta convincente fuera del ámbito del Derecho penal, como tampoco lo son los demás intentos de conservar en el ordenamiento, aparte de la remisión estática, una «función normativa residual» de las regulaciones técnicas. Pues naturalmente que también las normas relativas a la distribución de la carga de la prueba son verdaderas *normas jurídicas* (59); y la idea que evidentemente se oculta detrás de la teoría de la carga de la prueba, en el sentido de pretender que una ley que se formulase según el patrón «en caso de duda, a favor de la DIN» no constituiría una norma en blanco rellena mediante una remisión dinámica, es tan errónea como el intento de hacer pasar la referencia a una norma técnica, sin limitación a los casos dudosos, por un mero elemento del tipo y de esta manera «bagatelizarla» desde el punto de vista constitucional.

(56) Respecto de las auténticas reglas de valoración de la prueba en el proceso penal, cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 19.^a ed., 1985, pp. 79 y ss.; SARSTEDT, FS f. Hirsch, 1978, pp. 171 y ss.

(57) *Op. cit.* (nota 4), p. 401 con referencias; es escéptico respecto de su practicabilidad LUKES, en LUKES/BIRKHOFER, *Rechtliche Ordnung der Technik als Aufgabe der Industriegesellschaft*, 1980, p. 91.

(58) Cfr. por todos ROXIN, *op. cit.* (nota 56), pp. 81 y s.

(59) Cfr. ROSENBERG/SCHWAB, *Zivilprozeßrecht*, 13.^a ed., 1981, p. 689; LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, 1966, pp. 58 y ss.

3. De esta manera, de las calificaciones procesales de la norma técnica que se discuten, sólo queda la de *informe pericial anticipado*, que ha sido propuesta en Alemania por primera vez por Schäfer y Breuer (60), y que, desde entonces, ha ido ganando en aceptación (61). Sin embargo, esta idea puede resultar convincente, si acaso, respecto de una pequeña parte de las reglas técnicas, y ello por las mismas razones que han llevado a desechar la tesis de Scholz del carácter «no-prescriptivo» de las normas técnicas: como el perito no tiene la función de descargar al juez de la tarea de formar el juicio jurídico de valor, sino que solamente debe aportarle el *contexto empírico* a tener en cuenta (62), una regla técnica, desde el punto de vista de su estructura lógica, sólo podrá ser considerada como informe pericial con la condición de que el cumplimiento de la máxima de comportamiento en ella contenida conduzca a una *absoluta ausencia de riesgos* del proceso técnico que por ella se rige; ya que en este caso, después de haber sido eliminado el componente imperativo [«lo neústico» en el sentido de Hare (63)], queda el contenido empírico susceptible de ser calificado como informe pericial («lo frástico») en el sentido de que, en caso de aplicarse la medida de cuidado enunciada en concreto, se excluye la puesta en peligro de terceros. En aquellos casos, mucho más frecuentes, en los que las reglas técnicas persiguen no la eliminación total de los peligros que emanan de los procesos técnicos, sino sólo su *reducción* a una medida socialmente soportable, sólo la afirmación implícitamente contenida en la regla sobre la *idoneidad* para reducir el peligro de las precauciones por ella exigidas podrá ser conceptuada en consecuencia como afirmación empírica pericial, mientras que la parte de *valoración* adicional integrará el *imperativo* jurídico que debe ser for-

(60) SCHÄFER, *op. cit.* (nota 4), p. 121; BREUER, AÖR 101, p. 83.

(61) Cfr. sobre todo el BVerwG en la sentencia en el caso VOERDE, BVerwGE 55, pp. 250, 256 y ss.; numerosas referencias en MARBURGER, *Atomrechtliche Schadensvorsorge*, 1983, pp. 157 y s.; BREUER y NICKLISCH, en BÖRNER (comp.), *Umwelt-Verfassung-Verwaltung*, 1982, pp. 50, 179; NICKLISCH, NJW 1983, pp. 841 y ss.; escéptico SENDLER, UPR 1981, pp. 13 y s.; adoptan una posición contraria PAPIER y LUKES, en: *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier* (comp.), *Bitburger Gespräche Jahrbuch 1981*, pp. 91, 128; KLOEPFER, *Umweltrecht*, 1989, pp. 57 y ss. con más referencias; *idem*, VerwArch 76 (1985), pp. 321 y ss.

(62) Cfr., sobre todo, SARSTEDT, NJW 1968, pp. 180 y ss.; RUDOLPHI, en SKStGB, § 20, núm. marg. 23; LANGE, en LK, §§ 20/21, núm. marg. 108; BGHSt 7, p. 238; 8, p. 118, con base en el ejemplo del enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad conforme al § 20 StGB.

(63) Respecto de la terminología, cfr. R. M. HARE, *Die Sprache der Moral* (traducción del inglés), p. 42; *idem*, *Freiheit und Vernunft*, 1973 (traducción del inglés), p. 42; STEGMÜLLER, *Hauptstromungen der Gegenwartsphilosophie I*, 6.^a ed., 1976, p. 520.

mulado exclusivamente por el legislador, y respectivamente, de manera subsidiaria, por el juez.

Una demostración especialmente clara de lo anterior la constituye la diferenciación introducida en el Derecho de la energía nuclear entre *puesta en peligro* (no permitida) y *riesgo residual* (64) (tolerable). Lo que la población debe aceptar como riesgo residual en un determinado ámbito técnico no debe ser fijado en función de una magnitud abstracto-estadística, ni debe ser dejado al arbitrio de los operadores de la técnica, sino que debe ser determinado concretamente por el Estado mediante *Ley* (esto es, por el legislador o por el juez que concreta la *Ley*) para cada uno de los sectores técnicos, en virtud de una valoración global, para lo cual deberán ponderarse, por ejemplo, la magnitud y la gravedad del daño que amenaza, las dimensiones y habitualidad del peligro, la disponibilidad y los costes de las medidas de aseguramiento de la fuente de peligro o de los que corren el riesgo, y la utilidad para la generalidad de la actividad peligrosa (65). Así como la «funcionalidad económica» de las medidas de seguridad en caso de actividades socialmente necesarias puede conducir a una limitación de los requisitos relativos al deber de cuidado cuando el riesgo residual es muy pequeño o resulta aceptable para la generalidad por otras razones (por ejemplo, por existir una larga habituación al riesgo), la valoración global, por otro lado, también puede conducir al resultado de que una puesta en peligro de nuevo tipo, cuyos efectos no son susceptibles de ser calculados y cuya eliminación no es posible por razones técnicas o no resulta conveniente («rentable») por razones económicas, no deba ser aceptada por la generalidad a pesar de las pocas probabilidades estadísticas de realización del peligro. Esto demuestra que la delimitación entre puesta en peligro y riesgo residual exige una *decisión* que debe tomarse de acuerdo con criterios normativos y para la cual las reglas técnicas en cuestión solamente tienen el *status* de «material a considerar», pero no el de informes periciales anticipados.

4. De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, la relevancia procesal que le corresponde en realidad a las reglas técnicas, reside únicamente en *documentar la práctica de buena fe*, lo que se realiza a través de las regulaciones que aún no han quedado obsoletas. Esta función no debe menospreciarse, ya que aunque el juez, como se ha demostrado en particular anteriormente, no está vinculado jurídicamente a los consejos de los técnicos a la hora de concretar la medida

(64) Cfr. de la abundante bibliografía MARBURGER, WIVew. 1981, pp. 248 y s.; *idem*, en *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier* (comp.), *Bitburger Gespräche - Jahrbuch* 1981, p. 41, en ambos casos con numerosas referencias ulteriores; OSSEN-BÜHL, *op. cit.* (nota 49), pp. 46 y s.; WAGNER, NJW 1980, pp. 668 y ss.

(65) Cfr. a este respecto ya LECKNER, FS f. Engisch, pp. 500 y s.; SCHÜNE-MANN, JA 1975, pp. 575 y ss.; MARBURGER, WIVew. 1981, pp. 248 y ss.

del deber de cuidado, de todas maneras no podrá apartarse, naturalmente, sin una buena razón de la «racionalidad vivida y probada en la realidad de la vida diaria» que estas recomendaciones contienen, sino que deberá indicar las razones y formular los criterios explícitos conforme a los cuales considera insuficientes las reglas técnicas y en virtud de los que deberán ser sustituidas por otras exigencias más estrictas, que también deberá concretar. En este sentido, el juez deberá examinar, por ejemplo, si los intereses de los potencialmente afectados exigen una protección mejor de la que le concede la regla técnica, en cuya formulación, de acuerdo con las actuales estructuras institucionales, domina la industria y se hallan insuficientemente representados los usuarios y afectados (66). Y aunque el juez llegue por estas razones a plantear exigencias más rígidas al deber de cuidado, la función de las normas técnicas como documentación de la práctica de buena fe sigue siendo relevante desde el punto de vista procesal, en lo relativo al *tipo subjetivo* y a la *culpabilidad*: dependiendo de la estructura del delito en cuestión, deberá negarse el dolo o la reprochabilidad si el operador técnico se ha orientado con base en una norma técnica reconocida en el tráfico y cuya insuficiencia jurídica no había sido declarada con anterioridad por una resolución judicial.

5. Aun sin necesidad de confundir las categorías conceptuales o las competencias jurídico-constitucionales, la relevancia procesal de las reglas de la técnica sigue siendo considerable. Como diferencia esencial respecto de las concepciones aquí rechazadas, debe recordarse, sin embargo, que el legislador, y en su representación el juez, se encuentran *por encima* del poder de configuración social de instituciones sectoriales que representa la creación de regulaciones técnicas, ¡y no a la inversa!

VIII. LAS RESTANTES CATEGORÍAS JURÍDICAS Y SU DELIMITACIÓN

1. Los razonamientos hasta ahora expuestos han llevado a la conclusión de que la remisión legal a las reglas de la técnica únicamente puede ser calificada *alternativamente* o como *remisión estática* a una regulación técnica existente en el momento de promulgación

(66) Cfr. a este respecto sobre todo BRINKMANN, *Die Verbraucherorganisationen in der Bundesrepublik Deutschland und ihre Tätigkeit bei der überbetrieblichen technischen Normung*, 1976, *passim*; SONNENBERGER, BB 1985, pp. 4 y s.; WOLFENBERGER, *Die anerkannten Regeln der Technik («Baukunst») als Rechtsbegriff im öffentlichen Recht*, 1978, p. 99. En este ámbito, el juez —a diferencia de los casos en los que concurre una verdadera inversión de la carga de la prueba— también deberá llegar a tomar decisiones propias en casos dudosos.

de la Ley (y con ello, como *Ley penal en blanco* en sentido estricto) o como utilización de un *concepto jurídico indeterminado* que debe ser concretado por el juez en cada caso. Después de esta reducción de las categorías jurídicamente admisibles, es poco probable que se presenten problemas de delimitación, porque siempre que no pueda constatarse la voluntad del legislador a favor de una remisión estática, únicamente quedará la opción interpretativa a favor del concepto jurídico indeterminado.

2. En todo caso, puede pensarse en que aparezcan dudas si el legislador ha querido claramente una remisión dinámica, como por ejemplo en el § 1, inciso 2.º del segundo Reglamento de ejecución de la Ley de Economía Energética, porque la obligada interpretación conforme a la Constitución podría conducir o a una remisión estática o a la suposición de un concepto jurídico indeterminado. Lo correcto será dar preferencia, también en estos casos, a la variante del *concepto jurídico indeterminado*, ya que una remisión estática encierra el peligro de conducir a una petrificación de exigencias obsoletas y por ello no puede ser «atribuida» al legislador, y ello tampoco por la vía de la interpretación conforme a la Constitución.

IX. PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA REMISIÓN ESTÁTICA

1. El peligro, anteriormente mencionado, de petrificación de criterios de deber de cuidado obsoletos, por naturaleza afecta con especial intensidad a aquellos campos que se caracterizan por un desarrollo técnico vertiginoso, por lo que el legislador hará bien en renunciar en estos ámbitos a las remisiones estáticas. Por lo demás, la experiencia demuestra que la adaptación de las regulaciones técnicas al progreso técnico es casi tan lenta como el proceso legislativo estatal (67), de manera que con frecuencia se planteará la cuestión dogmático penal de si resulta posible imponer pena o multa administrativa en virtud de la inobservancia de una norma técnica incorporada a la Ley por remisión estática, pero *obsoleta* en su contenido. Creo que la solución radica en este caso en la dogmática del *delito de peligro abstracto*: como la lesión prohibida de una norma técnica como tal sólo fundamenta una puesta en peligro abstracta y como debido a la limitación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos, una acción que no afecte a la seguridad del bien jurídico, ni siquiera de manera mediata y ni siquiera por la posibilidad de que se produzcan efectos negativos, no puede ser merecedora de pena, debería poder aducirse en el caso de acciones *absolutamente inocuas*

(67) A modo de ejemplo respecto de las normas DIN 18168 y 4109, cfr. WEBER, ZfBR 1983, pp. 151, 154 y s.

ex ante (68) la reducción teleológica de los delitos de peligro abstracto que se propugna últimamente en la doctrina, también para fundamentar la ausencia de pena para vulneraciones de reglas técnicas obsoletas.

2. Por las mismas razones es preciso observar una especial precaución cuando se pretende fundamentar la *infracción del deber de cuidado* en el ámbito de un delito de resultado, como, por ejemplo, el § 230 o el § 222 StGB, en el comportamiento, peligroso en abstracto, de vulneración de una norma técnica a la que se hace referencia mediante una remisión estática. En este sentido, en primer lugar, se reconoce generalmente que la vulneración de la norma de comportamiento abstracta no implica necesariamente una falta concreta de diligencia, sino que en el mejor de los casos puede aportar un *indicio* de ello (69). Incluso este efecto indiciario deviene cuestionable cuando —como sucede en el § 3, párr. 1 inciso 2.º de la Ley sobre medios de trabajo técnicos (70)— se permite apartarse de las reglas de la técnica en caso de que «se garantice la misma seguridad de otra manera». Si además se tiene en cuenta que frecuentemente las normas técnicas publicadas han quedado superadas hace mucho tiempo por el desarrollo técnico (71), y si finalmente también se evalúa que, a causa del ya mencionado componente económico y de la insuficiente representación del usuario a la hora de fijar las regulaciones técnicas, existen exigencias normativas que exageran los requisitos de equipamiento en determinados productos en interés económico del productor (72), sólo queda como conclusión que la vulneración de una norma técnica abstracta aporta poco más que «material de evaluación mental» para la determinación de la concreta infracción del deber de cuidado en un delito de lesión. Probablemente sólo aparecerá una importancia práctica mayor en la determinación del tipo subjetivo y de la reprochabilidad en caso de que se trate de

(68) Fundamental a este respecto SCHRÖDER, ZStW 81 (1969), pp. 15 y ss.; cfr. además SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *op. cit.* (nota 8), núms. marg. 3 a, 4 previos al § 306; HORN, en SK-StGB, núm. marg. 17 previo al § 306; Arzt WEBER, *Strafrecht Besonderer Teil*, LH 2, 1983, p. 17; SCHÜNEMANN, JA 1975, p. 798; esta cuestión no queda resuelta en BGHSt 26, p. 121.

(69) Cfr. por todos LENCKNER, FS f. Engisch, pp. 497 y s.; en el ámbito del Derecho civil MARBURGER, VersR 1983, pp. 603 y s.; cfr. además NICKLISCH, BB 1982, pp. 833 y ss.

(70) De 24-6-1968 (BGBl. I, p. 717), última modificación por la Ley de 13-8-1980 (BGBl. I, pp. 1310, 1357).

(71) Cfr. a título de ejemplo las referencias contenidas en la nota 67.

(72) Ejemplos de ello son la obligación de llevar botiquines en vehículos de motor, la introducción de puertas con cierre hacia el interior en los ascensores o la inspección especial de emisión de gases, casos en los que una relación adecuada entre la perspectiva económica y la evitación de riesgos sólo puede hallarse a través de un análisis muy exhaustivo.

una situación de partida tipificada y que el operador técnico deba ser protegido por ello en su confianza en la corrección de la norma.

3. En conclusión, la remisión estática a una determinada regulación técnica plantea en Derecho penal más cuestiones de las que resuelve. Por lo tanto, sólo puede considerarse realmente procedente esta técnica legislativa cuando se trate de la *estandarización de productos* y de aspectos similares de la «normalización» en sentido tecnológico estricto, como ocurre en la ya varias veces considerada Ley sobre Contenido de Plomo en la Gasolina.

X. PROBLEMAS DOGMÁTICOS DEL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO «REGLAS DE LA TÉCNICA»

Aunque con base en los razonamientos hasta ahora expuestos se concluye que la utilización de las «reglas de la técnica» como concepto jurídico indeterminado constituye la referencia más frecuente y, sobre todo, más importante en Derecho penal del legislador a supuestos de hecho técnicos, el espacio limitado de que dispongo me impide enfrentarme con la exhaustividad y precisión deseables con los problemas dogmáticos que ello conlleva. Por consiguiente, aquí sólo puedo exponer las consecuencias que derivan de las consideraciones fundamentales anteriormente mencionadas (73).

1. Teniendo en cuenta los fundamentos jurídico-constitucionales a los que se ha aludido reiteradamente, en realidad no admite ninguna duda determinar cuál es la instancia que está llamada exclusivamente a concretar el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador: por supuesto, el *Poder judicial*, quien se ocupa de esta tarea cotidianamente respecto de un número amplísimo de conceptos jurídicos indeterminados y que se encuentra protegido frente a intentos unilaterales de influir en su proceso de decisión por parte de grupos sociales poderosos, mediante la independencia judicial, garantizada personal y objetivamente (art. 97 LF). A los intentos de reclamar una excepción a este principio en el ámbito de la técnica, que han crecido en los últimos años de una manera casi inflacionista, debe contestarse con una negativa tajante, al carecer además los argumentos utilizados para ello, en parte, de toda fundamentación.

(73) Por ello, en el presente marco no puede entrarse a considerar problemas de tanta relevancia práctica e interés dogmático como, por ejemplo, la responsabilidad jurídico-penal del autor de regulaciones técnicas contrarias al deber de cuidado en caso de que causen un accidente (cfr. a este respecto LENCKNER, FS f. Engisch, pp. 504 y ss.) o el alcance de la ambivalencia normativa descubierta por TIEDEMANN (FS f. Schaffstein, 1975, pp. 195 y ss.).

a) Nicklisch no se ha cansado en los últimos años de afirmar que aquellos que en virtud de sus conocimientos técnico-científicos trabajan en el desarrollo de un sistema técnico también deberían efectuar continuamente las previsiones y (necesariamente) las valoraciones correspondientes, tarea para la que los tribunales no están ni técnica ni personalmente capacitados», de manera que el ordenamiento jurídico, al «remitirse a estándares técnicos, ha reconocido una competencia material originaria de los especialistas científico-técnicos, que no se limita a la determinación de hechos, sino que, en virtud de la estrecha conexión material existente, también se extiende a las previsiones y valoraciones correspondientes»; por ello, el aplicador del derecho, según Nicklisch, está vinculado a la opinión *mayoritaria* de los expertos técnicos y en consecuencia, como ésta cristaliza en las regulaciones técnicas, también a estas regulaciones técnicas (74).

Aunque son numerosos los seguidores y aliados de esta afirmación de Nicklisch, y aunque aparentemente aumenten de manera progresiva (75), ésta debe ser calificada sin rodeos como jurídico-constitucionalmente insostenible, dogmáticamente errónea y sociológicamente reaccionaria. Que es *jurídico-constitucionalmente* insostenible deriva de que conduce exactamente a aquel resultado que el legislador no debe perseguir, como hemos visto antes y de acuerdo con una opinión unánime, mediante la técnica legislativa de la remisión dinámica, porque ello supondría una delegación inadmisibles de competencias legislativas a corporaciones privadas. Por el contrario, si se parte del punto de vista de Nicklisch, carecería de sentido preguntarse por qué razón el legislador no podría ordenar con ayuda de la remisión dinámica lo que según Nicklisch de todas maneras ya rige de por sí, esto es, la vinculación del juez a la voluntad de las organizaciones de técnicos, controladas sobre todo por la industria. Lo erróneo desde el punto de vista dogmático en la tesis de Nicklisch resulta de la mezcolanza conceptualmente inexacta de lo empírico y lo valorativo que le impide ver la siguiente situación, en sí misma bastante simple: el cálculo de riesgos científico-natural y la cuestión acerca de si a los potenciales afectados puede *exigirseles* la asunción de ese riesgo, esto es, si los intereses de los operadores técnicos y

(74) NJW 1982, pp. 2637 y ss., 2638 y s.; *idem*, BB 1981, pp. 505 y ss., 511; *idem*, NJW 1983, pp. 841 y ss.; *idem*, en HABSCHIED (comp.), *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung*, 1983, pp. 336 y s.; *idem*, en FS für die Juristische Fakultät Heidelberg, 1986, pp. 231, 242 y ss.

(75) Cfr. por todos SOMMER, *Aufgaben und Grenzen richterlicher Kontrolle atomrechtlicher Genehmigungen*, 1983, p. 29; SCHOLZ, FS für die Juristische Gesellschaft Berlin (nota 45), pp. 706 y ss.; WAGNER, en GILLES (comp.), *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung*, 1983, pp. 322 y s.; sin embargo, adoptan una posición crítica, por ejemplo, MARBURGER, en BLÜMEL/WAGNER (comp.), *Technische Risiken und Recht*, 1981, pp. 29 y s.

de la generalidad a la que éstos proveen deben *prevalecer* sobre los intereses de la generalidad a la que posiblemente esté afectando de manera negativa, pueden y deben ser separadas sin más. Y desde la *perspectiva sociológica*, el punto de vista de Nicklisch es reaccionario, porque conduce a un *neocorporativismo* (76), que no solamente destruye la soberanía del Estado, sino que es, sobre todo, altamente unilateral, porque no conduce a una autorregulación de los problemas por los implicados, sino a una cesión de competencias a los operadores técnicos con la correspondiente pérdida de poder de los afectados por aquélla. Esta concepción, siendo radicalmente consecuente, además llega a afirmar que, en el ámbito de las cuestiones aún debatidas, toda posición que no haya sido claramente refutada debe considerarse defendible y por ello debe *tolerarse jurídicamente* (77), con lo que se despidió al Estado de su *obligación de proteger a sus ciudadanos* (78), concebida en la teoría del contrato social y fijada en los derechos fundamentales y, en última instancia, se crea, para la técnica moderna, y con ello sobre todo para la industria, un ámbito libre de intromisión judicial, que no se concilia con nuestro sistema democrático.

b) Menos aventurada, y por ello más sostenible desde el punto de vista dogmático, resulta la suposición de una limitación de la competencia judicial para conocer de la cuestión en virtud de un *ámbito de valoración* que correspondería al Ejecutivo. Esta tesis ha sido insinuada por el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia del caso Kalkar, pero dejando abierta la cuestión en última instancia (79). Se reconoce unánimemente que el art. 19 párr. 4 LF no prohíbe sin excepción la existencia de ámbitos de valoración de la

(76) Cfr. a este respecto v. ALEMANN, *Neokorporativismus*, 1981; v. ALEMANN/HEINZE, *Verbände und Staat*, 1979; HEINZE, *Verbandspolitik und «Neokorporativismus»*, 1981; en esta dirección también DÄUBLER, ZRP 1986, p. 45.

(77) En este sentido NICKLISCH, NJW 1982, p. 2641 y s.; CZAJKA, DÖV 1982, p. 108; MARBURGER, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, 1984, p. 216; OVG Luneburg, DVBl 1982, pp. 34 y s. El error conceptual en este ámbito viene dado por el descuidado traslado del concepto jurídico de razonabilidad a las ciencias exactas, en las que entre distintas teorías rivales sólo una *puede* ser correcta, de modo que la responsabilidad para seleccionar una de ellas en una situación de desconocimiento no puede ser asumida por el técnico, sino sólo por el órgano estatal competente, y ello con base en criterios jurídicos (por ejemplo, principios de previsión o de proporcionalidad).

(78) Cfr. por todos BVerfGE 53, pp. 30, 57 y ss. (caso MUHLHEIM/KÄRLICH); BENDA, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, 1981, pp. 869 y s.; GRAWERT, en FS f. Broermann, 1982, pp. 457, 477 y ss.; MARBURGER, Dictamen C para la 56.^a Conferencia de Juristas Alemanes (DJT), 1986, pp. 9 y s. con referencias; BREUER, en v. MÜNCH (comp.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 7.^a ed., 1985, pp. 549 y s.

(79) BVerfGE 49, pp. 89 y ss., 136, 140.

Administración pública (80), y que una ampliación cautelosa de las categorías ya admitidas en este sentido no resultaría inadmisibile *a limine* (81). Especialmente el Tribunal Federal Administrativo ha recurrido a este punto de vista en los últimos años con ocasión de procesos en los que se trataba de la concesión de autorizaciones para centrales nucleares. En el supuesto de que la autoridad administrativa exprese su interpretación de los requisitos necesarios de prevención de riesgos no sólo en la autorización individual, sino que las fije en forma de disposiciones administrativas generales, el Tribunal Federal Administrativo ha reconocido, en la así llamada sentencia Wyhl, una categoría propia denominada «disposiciones administrativas de concreción normativa», que según el Tribunal Federal Administrativo debe ser igual de vinculante para los tribunales que los reglamentos basados en una autorización legislativa expresa, a diferencia de lo mantenido por la teoría de las fuentes dominante en Alemania hasta el momento.

Esta concepción del Tribunal Federal Administrativo, que ha encontrado cierto apoyo en la doctrina, tiene una fundamentación seria desde el punto de vista dogmático y por lo demás, supone, según mis conocimientos, una aproximación a la situación normativa jurídico-constitucional en España, de acuerdo con la cual, si no me equivoco, se le reconoce al Ejecutivo un derecho originario a emitir normas administrativas de concreción legal. Sin embargo, y a pesar de todo lo anterior, *tampoco tiene futuro* esta idea de una nueva clase de ámbito de valoración de la «complejidad técnica».

En primer lugar, carece ya de un «fundamento interno» para su existencia: las cuestiones técnicas, en principio, son más fáciles y no más difíciles de enjuiciar que muchísimas otras cuestiones que se hallan sometidas a la plena competencia de conocer de los tribunales, porque las «duras ciencias empírico-naturales» que son aplicables, la física y la química, ofrecen respuestas con mucho más fiables que, por ejemplo, la economía o la psicología a la hora de valorar una limitación de la libre competencia o la retirada del permiso de conducir. Es por ello que en el pasado nunca se había pretendido conceder al Ejecutivo un ámbito de valoración en esta materia, aunque los problemas jurídicos de la técnica existían con anterioridad a esta construcción. De esta manera queda claro que todo el razonamiento, como demuestra su estereotipado punto de partida en la práctica (82),

(80) Cfr. por todos la exhaustiva exposición de SCHENKE en el *Bonner Kommentar* (segunda redacción), art. 19 párr. 4 núm. marg. 344 y ss.

(81) Cfr. a este respecto en particular SCHENKE, *op. cit.* (nota 80), núm. marg. 345 y ss. con numerosas referencias ulteriores.

(82) Esta causa, que hace notar de modo implícito o explícito en innumerables publicaciones de los últimos años, se manifiesta de modo especialmente claro en SCHOLZ, *op. cit.* (nota 45), pp. 693, 707, 710, 711 y s., 713 y s. Cfr. también

constituye una construcción *ad hoc*, insostenible desde el punto de vista dogmático, dirigida a limitar el pleno control judicial de las autorizaciones de las centrales nucleares; control que no se considera deseable por razones de índole política. Pero precisamente en este campo es totalmente irrenunciable la *plena posibilidad de sumisión al control judicial*, ya que, en primer lugar, peligra la neutralidad del control llevado a cabo por el ejecutivo, si tenemos en cuenta la estrecha conexión, documentada en la bibliografía, que existe entre las organizaciones de titulares de las centrales y la Administración (83), en segundo lugar, porque el potencial de riesgos que se ocultan en este ámbito hace aparecer como marginales a todos los anteriores problemas jurídicos de la técnica; y, finalmente, porque el retraimiento del legislador en este ámbito, que el Tribunal Constitucional Federal ha constatado (y aprobado), no debe servir para debilitar, sino para *dinamizar la protección de los bienes jurídicos* (84), por lo que *no* puede legitimar un ámbito de valoración libre de control judicial para el Ejecutivo. Y si se pretende reivindicar un ámbito de valoración de la Administración en el campo nuclear *precisamente* a causa de la incertidumbre extrema en la formulación de pronósticos (85), se estaría destruyendo, en última instancia, la base *jurídico-material* de cualquier ámbito libre de toma de decisiones, porque el peligro de producción de un daño de unas dimensiones inimaginables no debería ser asumido de ninguna manera en un campo en el que los pronósticos resultan difusos, por lo que, en consecuencia, *no* podría calificarse este peligro como «riesgo residual» a soportar por la generalidad.

De acuerdo con lo anterior, ya desde el punto de vista de los presupuestos dogmáticos, debe *rechazarse* el reconocimiento de un ámbito de valoración de la Administración en la aplicación de las reglas técnicas. Esto rige también en aquellos casos en los que la Administración misma emite normativas técnicas en forma de preceptos administrativos generales, como la Instrucción técnica en materia de aire conforme al § 48 BfSchG (*) y los «requisitos mínimos»

RONELLENFITSCH, en BÖRNER (comp.), *Umwelt Verfassung-Verwaltung*, 1982, pp. 14 y ss.

(83) Cfr., por ejemplo, KECK, en JANSSEN/KECK/WEBLER, *Technischer und Sozialer Wandel*, 1981, pp. 217 y ss.

(84) BVerfGE 49, pp. 89, 140.

(85) En esta dirección, OSSENBUHL, DVBl 1974, p. 313; SCHOLZ, FS für die Juristische Gesellschaft Berlin, p. 711; ARENS, en NICKLISCH (comp.), *Der technische Sachverständige im Prozeß*, 1984, p. 44; en contra de ello, acertadamente, ya SCHENKE, *op. cit.* (nota 80), núm. marg 353 y ss.; BREUER, DVBl 1978, pp. 32 y ss.; PAPIER, *op. cit.* (nota 61), pp. 89 y s.

(*) Bundesimmissionsschutzgesetz, Ley Federal de Protección frente a Inmisiones (N.T.).

en el sentido del § 7 a, párr. 1, inciso 2.º WHG (*). Pues la calificación de éstas como «preceptos administrativos de concreción de la norma con efectos *ad extra* dentro de los límites establecidos en la norma» realizada por el Tribunal Federal Administrativo en la sentencia dictada en el caso *Wyhl* (86) es igual de dudosa desde la perspectiva de la teoría de las normas como desde el punto de vista jurídico-constitucional (dada la regulación cerrada de la competencia de dictar reglamentos establecida en el art. 80 LF) (87). El reconocimiento de un ámbito de valoración conduciría, por lo demás, a consecuencias jurídicamente insostenibles, porque el proceso de toma de decisiones no puede restringirse —como es el caso, por ejemplo, en el ámbito de la valoración de un examen— a un determinado contexto procedimental, sino que para el caso de la posterior producción de un daño, necesariamente se halla sometido a la competencia ilimitada de conocimiento de los tribunales penales, por ejemplo, en el marco de un proceso penal por homicidio imprudente, de acuerdo con el § 222 StGB. Como la técnica de exigir la vulneración de *obligaciones juridico-administrativas* (88), utilizada por el legislador en varios tipos del Derecho penal de protección del medio ambiente, y, con ello, haciendo depender al juez en última instancia jurídico-materialmente de la decisión administrativa, *no rige* en todos los campos de la técnica, y como su influencia sobre los delitos de resultado de todas maneras es dudosa, en todos aquellos casos en los que la observancia de las reglas técnicas deviene penalmente relevante, no es admisible, desde el principio, restringir el conflicto de competencias a la relación autoridad administrativa/tribunal administrativo, restricción sin la que es impracticable la figura jurídica del ámbito de valoración. Por lo tanto, su utilización en el campo del Derecho de la técnica es improcedente también desde la perspectiva de sus consecuencias.

c) De acuerdo con lo anterior, no existe, *por principio*, limitación penalmente relevante de la competencia de conocimiento judicial en la aplicación de las reglas de la técnica; únicamente en algunos tipos especiales del Derecho penal del medio ambiente se produce un efecto similar y limitado a este campo de aplicación a causa de la utilización del elemento típico de la «vulneración de deberes jurídico-administrativos».

2. En consecuencia, los tribunales deberán *concretar* las reglas técnicas *caso por caso*, de la misma manera que concretan las reglas generales del deber de cuidado en cualquier delito imprudente. El

(*) WHG, Wasserhaushaltsgesetz; Ley de Recursos Hidráulicos (N.T.).

(86) BVerwGE 72, pp. 300, 320 y s.

(87) Cfr. por todos KLOEPFER, *op. cit.* (nota 51), p. 57.

(88) Cfr. los §§ 311 d, 325 y también los §§ 326 y ss., en los que, al incluirse el criterio de «apartarse de una licencia» se obtiene un efecto similar.

desarrollo de *criterios de ponderación* generales, que sean más que una mera yuxtaposición de los puntos de vista rectores (89) a los que ya se ha hecho referencia anteriormente de manera ejemplificativa, es uno de los objetivos dogmáticos más importantes en este campo, pero sólo podrá comenzarse con esta tarea tras una exhaustiva estructuración tipológica del material de casos, inexistente hasta el momento. El intento del Tribunal Constitucional Federal, inspirado por Breuer y que ha tenido una amplia resonancia, de afinar el instrumental dogmático disponible hasta el momento con una *teoría trifásica* (90), lamentablemente debe considerarse fracasado. El Tribunal mantuvo en este contexto que las «reglas técnicas generalmente reconocidas» (por ejemplo, § 323 StGB), como primera fase, simplemente remiten a la «opinión dominante entre los técnicos prácticos», teniendo, sin embargo, la desventaja de andar siempre a la zaga «del progresivo desarrollo técnico», mientras que al utilizarse la expresión «estado de la técnica» (por ejemplo, § 5 núm. 2 BImSchG) «se coloca el criterio jurídico de lo permitido y de lo prohibido al frente del desarrollo técnico», siendo, sin embargo, entonces «más dificultosa para las autoridades administrativas y también para los tribunales la determinación y la valoración de los hechos decisivos, al tener que tomar parte en la mayoría de las disputas de los técnicos», mientras que, finalmente, de acuerdo con la expresión «estado de ciencia y técnica», utilizada por el § 7, párr. 2 núm. 3 de la Ley sobre Energía Nuclear, deben «tomarse aquellas precauciones en prevención de daños que se consideren necesarias de acuerdo con los últimos conocimientos científicos (por lo que) las precauciones (en este caso) no se hallan limitadas por lo técnicamente factible en el momento actual» (91). La utilización *asistemática* de estos conceptos por parte del legislador, lleva a diferenciaciones casi grotescas, no tiene en cuenta los principios jurídico-constitucionales que hacen inadmisibles la remisión dinámica a normas privadas y tampoco conduce en sus resultados a la «dinaminación» que resalta el Tribunal Constitucional Federal, sino, al contrario, a un amplio socavamiento de la protección de los bienes jurídicos: Nicklisch ha apuntado que la utilización legislativa de las distintas formulaciones respecto de los estándares tiene su origen en casualidades históricas, de manera que en caso de utilizarse la «teoría trifásica» habría que exigir un mayor nivel de seguridad en las fijaciones de los remolques de vehículos que res-

(89) Cfr. *supra* en el texto correspondiente a la nota 65.

(90) Fundamental BREUER, AöR 101, pp. 67 y s.; en el mismo sentido la actual opinión dominante, cfr. MARBURGER, *op. cit.* (nota 49), p. 14 con ulteriores referencias; BÖRNER, DB 1984, pp. 813 y s.; PLAGEMANN/TIETZSCH, «*Stand der Wissenschaft*» und «*Stand der Technik als unbestimmte Rechtsbegriffe*», 1980, pp. 20 y ss.

(91) Así literalmente BVerfGE 49, pp. 135 y s.

pecto de los tanques de gas a presión (92). La remisión del TCF a la «opinión dominante entre los técnicos prácticos» respecto de «las reglas técnicas generalmente reconocidas» conduce a una incorporación dinámica de difusas normas prácticas al Derecho y vulnera por ello, como ya se ha expuesto anteriormente (93), tanto el mandato de determinación como el principio democrático. Y el desarrollo de la concepción del TCF, en el sentido de que sólo al llegar a la fase del «estado de ciencia y técnica» no se hallan «limitadas las precauciones necesarias por lo técnicamente factible en el momento actual» pospone la protección de bienes jurídicos en aras del interés en el desarrollo de una técnica que aún no se domina, trastocando profundamente el deber de protección del Estado. Ello no puede legitimarse, tampoco mediante el truco terminológico de hablar de «precaución» únicamente respecto del riesgo residual que el ciudadano de todas maneras debe soportar (94), porque a la hora de llevar a cabo la concreción de las reglas técnicas se trata precisamente de la cuestión material —cuya solución requiere una ponderación— de determinar cuál es el «riesgo permitido» que puede exigirse a la generalidad que soporte, y esta ponderación no debe prejuzgarse mediante ataduras terminológicas.

3. En consecuencia, «las reglas técnicas», «el estado de la técnica», o también «el estado de ciencia y técnica» son meras *variaciones lingüísticas de una misma idea fundamental*, cuyo contenido creo ver, como ya he indicado *supra* en VI.1, en la *observancia del deber de cuidado necesario en la utilización de la técnica*. Después de igualar dogmáticamente estas diferencias de formulación, que sólo han aparecido por casualidades terminológicas, se podrá proceder a fundar lógico-materialmente una estructura que no diferencie (como lo hace la teoría trifásica del TCF) entre una obsoleta «técnica del botijo» y reglas de deber de cuidado modernas, sino que establezca las diferencias con base en la *entidad* de la infracción del deber de cuidado, creando una relación coherente entre la magnitud de la infracción y la estructura del tipo, lo que exige, en el caso de que se anticipe la punibilidad al ámbito de la *puesta en peligro*, una impru-

(92) BB 1983, pp. 261, 264 y ss. con otros ejemplos. Cfr. también LUKES, en Gesellschaft für Umweltrecht (comp.), *Technik als Rechtsquelle*, 1980, pp. 36 y ss.

(93) *Vid. supra* V.

(94) Referencias respecto de esta terminología *supra* en la nota 64. Un ejemplo típico de la supresión terminológica de problemas lo ofrece la afirmación de SCHOLZ (en: FS für die Juristische Gesellschaft Berlin, p. 693) en el sentido de que el riesgo residual a soportar por el ciudadano y por la sociedad ha de «tomarse como presupuesto (!) natural (!)». Por el contrario, la relevancia jurídico-penal sólo finaliza en el momento en el que la «previsión» ya no se refiere a la defensa preventiva frente a riesgos, sino exclusivamente al reparto de espacios de libertad (cfr. a este respecto FELDHAUS, en Gesellschaft für Umweltrecht [comp.], *Technik als Rechtsquelle*, 1980, pp. 22 y s.; MARBURGER, *op. cit.* (nota 78), pp. 58 y ss. con otras referencias).

dencia *cualificada*, mientras que se mantiene el criterio de la imprudencia *habitual* para los *delitos de resultado*, para poder limitar así, en los comportamientos sin producción de resultado, el juicio de antijuricidad —siempre problemático— a los casos claros. Para una ulterior ejemplificación me remito a mi anterior estudio sobre el § 323 StGB, en el que interpreté la infracción de las «reglas técnicas generalmente reconocidas» como *imprudencia objetivamente grave*, teniendo así en cuenta la voluntad restrictiva del legislador, sin tener necesidad de recurrir a la calificación inconstitucional de remisión dinámica a normas sociales amorfas (95).

XI. CONCLUSIÓN

Este es el punto en el que debe interrumpirse un análisis dogmático de las reglas de la técnica. Respecto de las reflexiones anteriores, necesariamente críticas a causa de las imperfecciones de la opinión tradicional, quisiera apuntar, al concluir, que de ningún modo su estímulo motivacional se encuentra en una actitud de oposición a la técnica, ni siquiera de escepticismo frente a la técnica, ya que poco juicio se necesita para comprender que la solución de los problemas a los que se enfrenta nuestra sociedad y la humanidad, que sin duda se hallan codeterminados de manera decisiva por la «bendición y maldición» que es la técnica, no puede obtenerse mediante la renuncia a la técnica, sino sólo a través de la *técnica acertada*. Y como la selección de la técnica correcta es una *cuestión valorativa*, de cuya solución sólo es responsable el conjunto de la sociedad y, por tanto, el *Estado*, compete, en consecuencia, su análisis a la *ciencia del Derecho*; en última instancia no se trata de la dominación de la técnica por el Derecho, sino de su *incorporación al Derecho*.

Es incuestionable, con base en las anteriores reflexiones, que esta incorporación de la técnica al Derecho no debe poder efectuarse de manera vinculante —esto es, fundamentando un deber de aceptación de los demás ciudadanos— por los mismos operadores técnicos; los intentos de argumentación en sentido contrario que aparecen en la bibliografía no pueden ser defendidos seriamente. Por ello, la necesaria tarea de concreción de la Ley sólo puede ser realizada por un poder estatal, esto es, o por el poder judicial o por el ejecutivo,

(95) ZfBR 1980, pp. 162 y s. Esta interpretación no debe confundirse ni con el concepto alemán de «Leichtfertigkeit» (negligencia, N.T.), ni con el concepto estadounidense de «recklessness» (inconsciencia en el sentido de imprudencia, N.T.), en los que se presupone además un reproche de culpabilidad incrementado (cfr. MAIWALD, GA 1974, pp. 257, 259; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 2, 6.^a ed., 1984, p. 72; ARZT, *Gedächtnisschrift für Schröder*, 1978, pp. 119 y ss.; WEIGEND, ZStW 93 (1981), pp. 657 y ss.; DUFF, *Crim.L.R.* 1980, pp. 282 y ss.

siendo patente la tendencia de los tribunales contencioso-administrativos alemanes a rechazar la responsabilidad última, que perciben como demasiado pesada, cediendo al ejecutivo un ámbito de discrecionalidad mediante las figuras jurídicas del ámbito de valoración y de las disposiciones administrativas de concreción normativa. Sin embargo, esta nueva laguna en el control judicial del Ejecutivo ni me parece dogmáticamente convincente ni aceptable desde el punto de vista de la política legislativa, porque el Ejecutivo en este campo está claramente bajo la influencia de los grupos de presión de la industria, frente a la que únicamente los tribunales están protegidos mediante mecanismos institucionales. Por consiguiente, mientras el legislador no autorice expresamente al Ejecutivo a emitir reglamentos en el campo de la seguridad técnica, que deben ser publicados con requisitos formales similares a los de las leyes, en Alemania debe mantenerse que la decisión última le sigue correspondiendo a los tribunales. También han de ser de gran interés las experiencias que se hayan hecho en España, al tener un mayor ámbito de poder el Ejecutivo, y también aquí debe resolverse el problema fundamental de política legislativa: el de proteger al Poder ejecutivo frente a la infiltración de la industria por medio de grupos de presión.

Reglas de comportamiento y reglas de imputación (*)

JOACHIM HRUSCHKA

La distinción entre las reglas en atención a las cuales un hecho *prima facie* antijurídico aparece sin embargo como justificado y las reglas en atención a las cuales un hecho definitivamente antijurídico es exculpado, es de uso corriente en el continente europeo por lo menos desde las postrimerías del siglo XVIII. Ya *Grotius* en el año 1625 hablaba en *De Iure Belli ac Pacis* tanto de «causa justifica» como de «excusare» (1), aunque presumiblemente sin preocuparse aún de forma especial por la diferencia entre ambos conceptos. Por el contrario, cuando *Kant* escribe en el año 1797 *Die Metaphysik der Sitten* (2), ya demuestra conocer con total exactitud la mencionada distinción entre justificación y exculpación. La toma de la Jurisprudencia Universal (3) que inmediatamente le precedió. A este respecto, han de ser sobre todo mencionadas dos obras de *Joachim Georg*

(*) Artículo publicado en: *Rechtstheorie* 22 (1991), pp. 449-460, con el título «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln». Traducción de Francisco Baldó Lavilla, Profesor Titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

(1) Cfr. HUGO GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis libri tres* (1625), editado por B. J. A. de Kanter-van Hettinga Tromp, Lugduni Batavorum MCMXXXIX, Lib. II, Cap. I, Parágrafo I (p. 167), sobre «causa justifica», y Lib. III, Cap. XI, Parágrafo IV, núm. 7 (p. 744), sobre «excusare».

(2) Cfr. IMMANUEL KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), reproducido en *Kant's gesammelte Schriften*, editado por la Preussische Akademie der Wissenschaften (y otras academias) = *Akademie-Ausgabe* (=AA), tomo 6, pp. 235 y ss.

(3) Cfr. sobre ello, mi artículo *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und bei Kant en: GA 138* (1991), pp. 1 y ss.

Daries (4): las *Institutiones Iurisprudentiae Universalis* de 1740 y las *Observationes Iuris Naturalis, Socialis et Gentium* de 1754 (5).

Esta distinción entre reglas de justificación y reglas de exculpación se hizo posible en la Jurisprudencia Universal del siglo XVIII, debido a que los autores que se ocuparon de la problemática también conocían ya —o al menos conocieron simultáneamente— la distinción entre reglas de comportamiento y reglas de imputación. Esta última distinción, que posee con mucho mayor relevancia que la que distingue entre reglas de justificación y reglas de exculpación, vuelve hoy en día de nuevo a ser debatida en la Ciencia Jurídica; sobre todo en los Estados Unidos, donde la discusión versa actualmente sobre la diferenciación entre «conduct rules» y «decision rules» (6). Las «conduct rules» son el correlato de las reglas de comportamiento, mientras que las «decision rules» lo son de las reglas de imputación.

Las reglas de comportamiento desempeñan, por lo pronto, una función en la prospectiva —*Daries*, en conexión con sus predecesores, denomina simplemente *lex* al sistema de reglas de comportamiento—. Éstas son mandatos o prohibiciones que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer; o son reglas permisivas que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que le está permitido hacer o dejar de hacer. Dicen acaso: «¡No debes matar!», «¡No debes robar!» y «En una situación de necesidad, debes prestar primeros auxilios a tu prójimo». O, «¡En una situación de legítima defensa, te está permitido matar al agresor, si ello es necesario para rechazar la agresión!» «¡En una situación de estado de necesidad, te está permitido agredir intereses ajenos, si ello es necesario para evitar el peligro y el interés protegido es re-

(4) JOACHIM GEOR DARIES, *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*, Ienae MDCCXXX, Introductionis ad Ius Naturae et Gentium Pars generalis, en especial, los párrafos 211 y ss., y *Observationes Iuris Naturalis, Socialis et Gentium*, Vol. II, Ienae 1754, Obs. XLII, párrafo XXI y Obs. LI.

(5) Además de a éstas, cabría referirse al maestro de *Daries*, Johann Jakob Lehmann, el cual preparó el terreno con su clara distinción entre la «imputatio prima», «secunda» y «tertia» para las distinciones de *Daries* de las que se habla *infra* en el texto. Cfr. *Samuelis Pufendorfii de Officio Hominis et Civis... Libri duo...* *Annotationibus... Illustrati a Io. Jacobo Lehmanno*, Ienae MDCCXXI, anotación al Lib. I, Cap. I, párrafo 17, p. 59. Por lo demás, sobre la historia, cfr. *mi apéndice II. Zur Entdeckungs- und Rezeptionsgeschichte der Unterscheidung von imputatio facti und imputatio iuris*, ZStW 96 (1984), pp. 692 y ss.

(6) MEIR DAN-COHEN, «Decision Rules and Conduct Rules: On Accoustic Separation in Criminal Law», *Harv. L. Rev.*, 97 (1984), pp. 625 y ss. *Vid.* también, GEORGE FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Toronto 1978, pp. 491 y ss., el cual utiliza los conceptos «question of wrongdoing» y «question of attribution», para expresar la distinción, B. SHARON BYRD, «Wrongdoing and Attribution: Implications Beyond the Justification Excuse Distinction», *Wayne L. Rev.*, 33 (1987), pp. 1289 y ss., y PAUL ROBINSON, «Rules of Conduct and Principles of Adjudication», *U. Chi. L. Rev.*, 57 (1990), pp. 729 y ss.

levantemente mayor que el interés lesionado por la agresión!», etc. Como muestran estos ejemplos, las reglas de comportamiento poseen en la prospectiva una función de configuración. Su cometido reside, pues, en influir y en conformar la vida.

Las reglas de comportamiento poseen en la retrospectiva, en cambio, una función de baremo de medición. En esta función ya no son «mandatos», «prohibiciones» o reglas «permisivas» en sentido originario —esto es, dando un uso correcto a estos términos—, sino tipos delictivos o de justificación que llevan aparejada una valoración de la que resulta la antijuricidad o no antijuricidad de la conducta. Las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición se dirigen, en consecuencia, primariamente al juzgador; el cual valora el hecho *ex post facto* en la medida dada por ellas. Este puede ser un juez designado oficialmente, un *forum externum*, mas también el propio sujeto agente que juzga su propio actuar ante el *forum internum*. A los mandatos corresponden tipos de delitos de omisión; a las prohibiciones, tipos de los delitos de comisión; y a las reglas permisivas, tipos de justificación. En vez de «¡No debes matar!», se dice entonces «¡Quién ha matado, ha actuado antijurídicamente!»; en vez de «¡Debes prestar primeros auxilios!», se dice entonces «¡Quién ha omitido prestar primeros auxilios ha actuado antijurídicamente!»; y de la referida norma de justificación sobre la legítima defensa se desprende que no actúa antijurídicamente quien mata al agresor, en caso de que ello sea necesario para rechazar la agresión.

Tanto más ha de distinguirse entre la función configurativa y la de baremo de medición de las reglas de comportamiento, tanto más no conviene olvidar que ambas funciones forman un conjunto. Son como dos caras de una y la misma moneda; sin duda distintas, y, a pesar de ello, una unidad. En ocasiones nos encontramos ante la afirmación de que las reglas jurídicas, a diferencia por ejemplo de las reglas de una ética normativa, poseen ciertamente una función de baremo de medición, mas no poseen en cambio una función de configuración. Esta afirmación conduce al absurdo. Si un sistema de reglas sólo tuviera una función de configuración, y no también una función de baremo de medición, podríamos en efecto decirle en prospectiva al virtual agente lo que ha de hacer y dejar de hacer; mas posteriormente, aun cuando conociéramos todos los hechos, no podríamos ya decirle si ha actuado conforme o contrariamente a las reglas (acaso: anti«jurídicamente»). O viceversa. Si un sistema de reglas sólo tuviera una función de baremo de medición, y no también una función de configuración, podríamos en efecto decirle en retrospectiva, si una acción ha sido acorde o no con el sistema; mas sería imposible decirle al virtual agente con anterioridad (y con ello a tiempo, oportunamente) lo que debe hacer y omitir desde el punto de vista del sistema. Ambas cosas son igualmente absurdas. Tampoco en la praxis pensamos en absoluto en hacer tales distinciones artifi-

ciosas, sino que aplicamos las reglas que tenemos por oportunas —también todas las reglas jurídicas que como reglas de comportamiento vienen al caso— siempre con ambas funciones.

De las reglas de comportamiento han de distinguirse las reglas de imputación. Estas, desde un punto de vista lógico, no pertenecen al sistema de reglas de comportamiento, es decir, a la *lex* en el sentido dado por *Daries*, sino que forman un sistema de reglas propio. Las reglas de imputación, a diferencia de las reglas de comportamiento, sólo poseen una función en la retrospectiva. Y ello, en cualquier caso, en la medida en la que pueden afectar a la generalidad de los sujetos sometidos a la norma. Ya que, al igual que las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición, las reglas de imputación se dirigen primariamente a la persona que juzga con posterioridad el hecho (7).

En la propia imputación se dan dos niveles. La imputación de primer nivel —*Daries* habla de *imputatio facti* (8)— es la imputación de un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como omisión de una acción, en la respectiva situación relevante según los tipos contenidos en la *lex*. Es la *declaratio, quod aliquis sit auctor facti* (9), esto es, la declaración de que el sujeto en cuestión es *causa moralis* del hecho comisivo u omisivo del que se da cuenta. Frente a ello, la imputación de segundo nivel —desde *Daries* se llama *imputatio iuris* (10)— es el *iudicium de merito facti* (11), esto es, la imputación «al merecimiento» de un hecho que ha sido juzgado en atención a la *lex*. La imputación de primer nivel precede a la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición del hecho imputado (la *applicatio legis ad factum*), mientras que la imputación de segundo nivel sucede a la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición. Ya en las *Institutiones* de 1740 escribe *Daries*: *Mihi videtur, quod hic actus —esto es, actus applicationis legis ad factum— imputationi iuris antecedit, et imputationi facti sequatur* (12).

Consideremos, en primer lugar, la *imputación de primer nivel* y su relación con la aplicación de las reglas de comportamiento en su

(7) La distinción entre reglas de comportamiento y reglas de imputación posee un carácter relativo en función de la persona de la que se trate. Para el Juez las reglas, que para la persona imputada son reglas de imputación, son reglas de comportamiento en su función de configuración, que le dicen si un acontecimiento físico debe ser o no imputado como acción y si un hecho acaso juzgado por él como «antijurídico» debe ser o no imputado como culpable.

(8) *Institutiones*, Introductionis ad Ius Naturae et Gentium Pars generalis, parágrafo 218; *Observatio* XLII, parágrafo XXI.

(9) *Institutiones*, parágrafo 213.

(10) *Institutiones*, parágrafo 218; *Observatio* XLII, parágrafo XXI.

(11) *Institutiones*, parágrafo 218.

(12) *Institutiones*, parágrafo 225, anotación marginal.

función de baremo de medición. La imputación de un proceso como hecho comisivo y de una inactividad como hecho omisivo quiere decir que al juzgador imputante no le parece que el proceso sea un simple acontecimiento físico, una simple causa intermedia en el mundo newtoniano, o que la inactividad sea la mera ausencia de una tal causa intermedia, el mero no acaecer de un acontecimiento físico, sino que quiere decir que el juzgador toma, bien el proceso, bien la inactividad, como un *hecho* (comisivo u omisivo), como un *factum* en el sentido originario de la palabra, esto es, como algo que ha *hecho* un sujeto agente (*). Por ello, la imputación de primer nivel quiere decir precisamente que, en opinión del juzgador imputante, el autor ha tenido una alternativa a su hecho comisivo o a su hecho omisivo; o expresado de otra forma, que ha estado en situación de omitir el hecho comisivo imputado o bien de ejecutar el hecho omitido. Imputación significa en *Die Metaphysik der Sitten* de Kant, el juicio por el que se considera a alguien como *causa moralis* de una acción, que, a partir de entonces, se denomina hecho (*factum*) y se somete a las leyes» (13) (*). En este ámbito, la voz «auctor» (causa libre) alude, manifiestamente, al sujeto que obra libremente. «Im-

(*) [Nota del trad.: Aquí se emplea una distinción que en ocasiones se encuentra en textos filosóficos, según la cual se entiende que toda «acción» es un «acontecimiento», pero que no todo «acontecimiento» es un «acción». En efecto, sólo un acontecimiento que pueda ser imputado puede ser considerado acción: Sobre ello, el lector español puede ver: FERRATER MORA, *De la materia a la razón*, 2.^a ed. (1983), pp. 86 y ss.]

(13) AA, tomo 6, p. 227.

(*) [Nota del trad.: Respecto a esta cita de Kant: «Zurechnung (imputatio)... ist das Urtheil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann That (factum) heisst und unter Gesetzen steht, angesehen wird.», creo conveniente indicar lo siguiente: a) La palabra «Urheber» no puede ser traducida como «causante», pues, en la literatura de la época, ésta significa manifiestamente «causa libre», esto es, «causa primaria» o «causa no causada». Sobre ello, *vid.*: HRUSCHKA, *Imputation*, en: *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I (Ed. Eser/Fletcher, Max-Planck-Institut (1987)), p. 168. Con ello, según entiendo, se quiere expresar que debido a la intermediación de la libertad, el sujeto que realiza la acción ya no es considerado una causa intermedia más del hecho, sino que es considerado una causa primigenia del mismo. En efecto, es por ser el sujeto «causa moralis» del hecho, por lo que se le imputa; b) Sobre la palabra «Handlung» baste transcribir parte de la nota 16 (p. 128) del artículo de HRUSCHKA mencionado arriba, donde se señala: «El uso que realiza Kant de la palabra «Handlung» es a menudo ambiguo. A pesar de que esta palabra en alemán moderno significa «acción», correctamente debe ser traducida por «acontecimiento», puesto que en este contexto Kant la emplea en el mismo sentido en el que Wolff usaba la palabra *actio*. (...). Este uso de la palabra «Handlung» estaba permitido en el S. XVIII. *Vid.*, por ejemplo: C. WOLFF, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts* (Halle 1754; reimpresión Hildesheim, New York 1980), párrafo 1, donde se distingue entre «natürliche (notwendige) Handlungen» y «freye Handlungen». Sólo estas últimas son «acciones», mientras que las primeras son meros «acontecimientos» naturales].

putamos» (algo), dice *Kant* en otro lugar, «cuando simplemente es atribuido a una persona, esto es, cuando es concebido como originado en la *Libertad*» (14). Sólo de un hecho que sea en tal medida imputado en el primer nivel, y no de un acontecimiento físico o de su no acaecimiento, se puede decir que está sometido a leyes (prácticas) en el sentido de la primera cita kantiana. Sólo un hecho que sea en tal medida imputado puede ser o no ser antijurídico. Ahora bien, el juicio por el que un hecho se considera antijurídico, o, también, el juicio de que un hecho no se considera antijurídico, es siempre el resultado de la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición. De ello se sigue que la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición, presupone la imputación del hecho juzgado en el primer nivel. Y, ante todo, que la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición, implica la imputación del hecho juzgado en el primer nivel. También ello es corriente desde el siglo XVIII. En la *Philosophia Practica Universalis* de 1738, señala expresamente *Christian Wolff*: «Ex applicatione legis ad factum intelligitur, actionem esse talem, quae imputari possit.» («De la aplicación de la ley a un hecho se infiere, que el (hecho es un) acontecimiento de una naturaleza tal que puede ser imputado») (15) (*).

La implicación de *Wolff* es la versión restrospectiva del «“Deber” implica “poder”», del conocido «“ought” implies “can”» ironizado por *Schiller* con su no menos célebre «Du kannst, denn du sollst!» («¡Puedes, puesto que debes!») (16). «“Deber” implica “poder”» quiere decir que, en opinión del que se expresa, el destinatario del

(14) AA, tomo 19 (*Reflexionen zur Moralphilosophie*), p. 157, R. 6775.

(15) CHRISTIAN WOLFF, *Philosophia Practica Universalis... Pars prior*, Francofurti et Lipsiae MDCCXXXVIII (Reimpresión Hildesheim, New York 1971), párrafo 598.

(*) [Nota del trad.: Respecto a esta cita entiendo que al lector español le podría resultar de utilidad la transcripción de la nota 12 (p. 126) de: HRUSCHKA, *Imputation, in Rechtfertigung und Entschuldigung* (Ed. Eser/Fletcher, Max-Planck-Institut (1987)) en la que se comenta para el lector inglés que: «La palabra «factum», participio perfecto del verbo «facere» o «to do», debe ser entendida en su sentido original de «deed» (hecho). *Wolff* diferenciaba expresamente entre «factum commissionis» y «factum omissionis», esto es, entre comisión y omisión de una acción (*ibidem*, párrafo 24). Constituiría, pues, un gran error el pensar que la palabra de inglés moderno «facts» o la palabra de alemán moderno «Faktum» son traducciones apropiadas de la palabra *factum* de los textos del s. XVIII. La palabra *actio* debe ser entendida como «event» (acontecimiento), pues *Wolff* diferenciaba entre *actiones naturales vel necessariae* que son meros acontecimientos físicos y *actiones liberae* que son acontecimientos que deben ser vistos como comisiones de una acción (*ibidem*, párrafo 12). La palabra *actio* (acontecimiento) usada sin más no puede, por tanto, ser traducida por su equivalente inglesa «action» (acción).» Los paréntesis con las palabras españolas correspondientes no constan, obviamente, en el original transcrito].

(16) En el poema *Die Philosophen* de 1796.

enunciado de deber ser puede seguir la exigencia a él dirigida. La expresión prescriptiva «¡Debes cerrar la puerta!», que puede resultar de una regla de comportamiento análoga, presupone e implica que el que se expresa cree que el destinatario puede efectivamente cerrar la puerta. Si es manifiesto para los intervinientes que el destinatario de la orden no puede cerrar la puerta, entonces tan sólo cabrá entender la orden «¡Debes cerrar la puerta!» como dicha en un modo de hablar sesgado o torcido, como expresada, por tanto, cínicamente (17). Así como resulta de la expresión de toda norma que impone un deber prescriptivo y, con ello, de toda aplicación prospectiva de una regla de comportamiento, que, en opinión del que se expresa, el destinatario está en situación de poder cumplir la pretensión de la norma; de la misma forma resulta de la aplicación retrospectiva de una regla de comportamiento, que el aplicador cree que el autor del hecho también hubiera podido cumplir la regla de comportamiento que ha infringido.

Esta separación de *applicatio legis* e *imputatio facti* no queda en nada alterada por el hecho de que, como señaló Kant, ya con la «indagación de las *circumstantiarum in facto*», «para encontrar los *momenta in facto*», sea necesario «tomar en consideración a la Ley, ya que la Ley (la *lex* de *Darjes*) «contribuye propiamente a la determinación más completa de los *facti*» (18). En efecto, ha de distinguirse por principio, entre la cuestión lógica de la diferencia entre los distintos sistemas de reglas a aplicar y la cuestión hermenéutica de si en la constitución del caso jurídico no sería necesario «un ir y venir de la mirada» entre la *lex* y el *factum*, el estado de cosas de la vida (19) (*), para que el juzgador pueda ser justo en su labor.

En el ámbito de las reglas sobre la imputación de primer nivel, las cuestiones se suscitan en la *praxis*, esencialmente, en torno a una posible exclusión de la imputación. Ello ocurre, cuando la imputación se presenta a primera vista como posible, a causa de que el autor virtual se ha visto envuelto en el proceso a imputar o a causa de una inactividad constatable del sujeto. Solemos excluir la suposición de que un sujeto ha ejecutado una acción o de que la ha omitido en los siguientes casos: 1) cuando —en nuestra opinión—, el autor virtual se hallaba en una situación tal en la que la ejecución de la acción

(17) Sobre ello y sobre una detreminación más próxima del carácter de la implicación en el «“Deber” implica “poder”», cfr. R. M. HARE, *Freedom and Reason*, London, Oxford, New York 1963, pp. 53 y ss (traducción alemana, Freiheit und Vernunft, Düsseldorf 1973, p. 70).

(18) AA tomo 27.2.1 (*Metaphysik der Sitten Vigilantius*), p. 563.

(19) Cfr. KARL ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2. ed., Heidelberg 1960, p. 15: «hin- und herwandern des Blickes».

(*) [Nota del trad.: Esta expresión acuñada por Engisch ha sido traducida al español en: LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.ª ed., 1980, p. 275, como «ir y venir de la mirada»].

en cuestión era físicamente imposible. Aquí rige el principio: *Impossibilium nulla est imputatio* (respecto a lo imposible no puede haber imputación alguna). 2) Cuando —en nuestra opinión—, el autor virtual se encontraba bajo la incidencia de una necesidad física; ante todo, bajo la incidencia de una vis absoluta. Aquí rige el principio: *Necessariorum nulla est imputatio* (respecto a lo necesario no puede haber imputación alguna (20). 3) Cuando —en nuestra opinión—, el autor virtual no ha tenido conocimiento de la situación relevante o de la alternativa que le era dada al proceso o a la inactividad de la que respectivamente se trata. Aquí rige el principio: *Ignoratorum nulla est imputatio* (respecto a lo que el sujeto no ha conocido no puede haber imputación alguna). El primer principio es el giro retrospectivo del clásico *Impossibilium nulla est obligatio* (21) que rige en la prospectiva. El segundo principio es la extensión del primero a los casos de necesidad física. Este segundo principio tendría para la prospectiva el siguiente tenor: *Necessariorum nulla est obligatio*. El tercer principio es la versión retrospectiva de la aplicación del *Impossibilium nulla est obligatio* a aquellos conocimientos del sujeto envuelto en la situación que son necesarios para la ejecución de una determinada acción o para la evitación de un determinado acontecimiento. La versión prospectiva del tercer principio rezaría: *Ad ignorata nemo obligatur* (22). La regla del párrafo 16, párrafo primero, frase primera del Código penal alemán, según la cual no obra dolosamente el que desconoce una circunstancia que sea relevante según el tipo delictivo pertinente, correctamente entendida, no es otra cosa que una variante del *Ignoratorum nulla est imputatio*.

La *imputación de segundo nivel* es el juicio sobre el merecimiento del hecho —en el más amplio sentido de la palabra «merecimiento», esto es, como igualmente comprensiva de méritos y deméritos—. Si se emite este juicio, ello significa que ya ha tenido lugar la aplicación del sistema de reglas de comportamiento al hecho. Existe por ello igualmente aquí una relación de implicación: la imputación de segundo nivel implica la aplicación del sistema de reglas de comportamiento competentes al hecho. En el bien entendido que, en Derecho penal, el juicio de imputación de segundo nivel es más exactamente un juicio sobre un demérito. Lo denominamos también «juicio sobre la culpabilidad del autor». La imputación de la culpabilidad implica, por lo tanto, la aplicación del sistema de reglas de comportamiento al hecho, con la consecuencia específica de que el hecho sea antiju-

(20) En: *A System of Moral Philosophy*, Vol. I, London MDCCLV (reimpresión en: *Collected Works of Francis Hutcheson*, Vol. V, Hildesheim 1969), p. 229, denomina HUTCHESON el «*Impossibilium et necessariorum nulla est imputatio*» como «*common maxim*».

(21) *Celsus* D.50.17.185

(22) Cfr., p.e., *Gottfried Achenwall, Prolegomenaluris Naturalis*, Gottingae MDCCCLVIII, párrafo 16, donde también se dice: «*Ultra scire nemo tenetur*».

rídico. También esta relación de implicación era ya conocida en el siglo XVIII. *Kant* la tenía presente cuando decía: «La culpabilidad presupone siempre un injusto» (23).

El juicio de imputación de segundo nivel también expresa algo acerca de la libertad con la que obró el autor. Si nos circunscribimos a la imputación de hechos antijurídicos a la culpabilidad, la imputación de segundo nivel significa el juicio por el cual se considera que el autor que obró con conocimiento de la antijuricidad de su hecho, por un parte, tuvo un motivo para omitir la acción prohibida o para ejecutar la acción prescrita y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber. Es en este sentido en el que se considera que fue «libre» el autor al que se le imputa el hecho. De este concepto de libertad ha de distinguirse el manejado en la imputación de primer nivel, en la que se trata de la alternativa que tuvo el autor a su acción.

Las reglas acerca de la exclusión de la imputación de segundo nivel y, con ello, las reglas acerca de la exculpación de un hecho antijurídico, se comprenden mejor, cuando se examinan efectuando paralelismos con las reglas sobre la exclusión de la imputación de primer nivel. Veamos.

La exculpación del autor que desconoce la antijuricidad de su comportamiento (24) se corresponde con la *Ignoratorum nulla est imputatio* del primer nivel de imputación. Ciertamente, el autor que obra en error de prohibición o de mandato comete un hecho antijurídico, ya que se halla en situación de ejecutar la acción mandada o de omitir la prohibida; sin embargo, no tiene ningún motivo para obrar conforme a deber, puesto que no conoce la regla de comportamiento pertinente. Por lo tanto, le disculpamos, de la misma forma que excluimos la imputación de primer nivel cuando el autor desconoce circunstancias fácticas esenciales.

La exculpación del autor que en una situación de necesidad (25) obra antijurídicamente se corresponde con el *Impossibilium et necessariorum nulla est imputatio* del primer nivel de imputación. El autor que obra antijurídicamente en una situación de necesidad también tiene aquí una alternativa a su comportamiento, por más que ésta pueda resultar altamente indeseable; de no ser así, el hecho ya no se podría considerar en modo alguno antijurídico. Sin embargo, el «margen de libertad del autor queda restringido a causa de la situación de necesidad. El autor posee, ciertamente, un contramotivo de peso que se sobrepone al motivo que provee el mandato o la prohibición.

(23) AA, tomo 27.1 (*Praktische Philosophie Powalski*), p. 155.

(24) Cfr. parágrafo 17 del Código penal alemán.

(25) Una situación de estado de necesidad, también una situación de estado de necesidad coactivo (una *vis compulsiva*), en el sentido del parágrafo 35 del Código penal alemán, una situación de estado de necesidad del autor obrante en exceso en la legítima defensa (parágrafo 33 del Código Penal Alemán), etc.

Por ello, aceptamos su exculpación. No, por lo tanto, porque aprobemos el hecho cometido bajo la presión del peligro que crea la situación de estado de necesidad, sino porque no podemos decir que nosotros mismos hubiéramos obrado de forma distinta en una situación parangonable.

Junto a los dos *niveles* de imputación, han de distinguirse dos *tipos* de imputación. Ésta puede ser, en efecto, ordinaria y extraordinaria. En los dos niveles de imputación de un hecho (antijurídico), es ésta «ordinaria», si y porque el juzgador no aprecia razón alguna que la excluya. La imputación es, por el contrario, «extraordinaria», si en efecto concurre una tal causa de exclusión de la imputación y, sin embargo, precisamente por ello, se hace responsable al autor.

Si se cumplen las condiciones del *Impossibilium et necessariorum nulla est imputatio* o del *Ignoratorum nulla est imputatio* o, en el segundo nivel de imputación, las condiciones de las causas de exculpación a ellas paralelas, queda la imputación, por lo pronto, excluida. Puede suceder, sin embargo, que el autor haya producido el mismo *mala fide* la situación que excluye la imputabilidad o que sea responsable de ella por otras razones. Por ejemplo, cuando el autor hubiera podido evitar sin más la situación en la que ha quedado sometido por una *vis absoluta* o cuando el autor hubiera podido evitar sin más el error sobre las circunstancias relevantes que excluyen su dolo referido al hecho. En casos como éstos, puede suceder —y, en efecto, ocurre con frecuencia—, que imputemos al autor el proceso o la inactividad como hecho comisivo u omisivo, aunque se hayan cumplido los presupuestos de la exclusión de la imputación. Entonces consideramos la imputación como extraordinaria. Se imputa el hecho, por ello, extraordinariamente —en el primer nivel de imputación—, cuando hablamos de una *actio* (u “*omissio*”) *libera in causa* en atención a la necesidad física de un acontecimiento o en atención a la imposibilidad física de ejecutar una acción. Ello es igualmente válido para todos los casos de imprudencia en los que la imputación ordinaria del hecho ha quedado excluida a causa de la ausencia de conocimiento del hecho y, sin embargo, se hace responsable al autor por haber desconocido las circunstancias fácticas.

Lo propio rige para las causas de exculpación. Si el mismo autor ha producido imputablemente la situación en la que se vio expuesto a una amenaza digna de tomarse en serio o a una *vis compulsiva* —p. ej., si el mismo ha «causado» el peligro que crea la situación de necesidad (26)— o si él mismo es responsable por otras razones de la situación en la cual se ve amenazado durante la realización del hecho, se le imputa el hecho antijurídico que comete; y ello, a pesar de la causa de exculpación en sí concurrente. La imputación tampoco es aquí, por tanto, ordinaria, sino

(26) Cfr. el párrafo 35, párrafo 1.º, frase 2.ª del Código penal alemán.

extraordinaria. Lo mismo ocurre en los casos de error de prohibición evitable, pero no evitado en contra de una «obligación» del autor [einer Obliegenheit des Taters zuwider (*)]. Ciertamente, estos casos también pertenecen a este grupo, pues pese a que el autor desconoce la norma competente, es responsable de esta situación de desconocimiento; por ello se le imputa su hecho anti-jurídico, de forma extraordinaria, como culpable.

La idea de una imputación extraordinaria se remonta por lo menos hasta la Edad Media (27). Cuando *Pufendorf* distingue en los *Elementa* de 1660 (28) entre los tres conceptos *actio quae in se penes hominem fuit*, *actio quae in sua causa penes hominem fuit* y *actio quae neque in se neque in sua causa penes hominem fuit* (29), distingue entre hechos imputables ordinariamente, extraordinariamente y, ni ordinaria, ni extraordinariamente. De forma expresa, dice este autor que sólo las acciones del tercer grupo no son imputables: *Id quod neque in se neque in sua causa penes aliquem fuit, non potest ipsi imputari* (lo que no ha estado en poder de un hombre, ni en sí mismo tratado, ni en su causa, no le puede ser imputado). *Pufendorf* y sus seguidores llevan adelante también la tripartición. El mismo *Pufendorf* conoce la distinción entre los tres conceptos *non-coactum*, *coactum in se, sed non in sua causa* y *coactum in se et in sua causa simul* (30); así como la distinción entre los conceptos *ignorantia non invincibilis*, *ignorantia in se, sed non in sua causa invincibilis* y *ignorantia invincibilis in se et in sua causa simul* (31). *Hutcheson* añade a ello la distinción entre los conceptos *non-involuntarium*, *involuntarium in se, sed non in sua causa* y *involuntarium in se, et in*

(*) [Not. del trad.: El autor distingue entre deber (Pflicht) y «obligación» (Obliegenheit) y entre infracción del deber e infracción de la «obligación». Sobre ello, vid.: HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.^a ed. (1988), capítulo IV y, resumidamente, apéndice II.]

(27) Ya TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II q.77 a.7c, distingue entre la «voluntarium secundum se» y la «voluntarium secundum suam causam» y escribe expresamente acerca de un por él denominado *actus*, que puede ser imputado, «quia est voluntarius in sua causa».

(28) SAMUEL PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri II*, Hagrae-Comitis MDCLX, Lib. II Axioma I.

(29) 1. *Actio* (que) considerada en sí misma (ha estado en poder de un hombre), 2. *actio* (que) no (ha estado en poder de un hombre) considerada ciertamente en sí misma, pero sí (lo ha estado) en su causa y 3. *actio* que, ni considerada en sí misma, ni en su causa, ha estado en poder de un hombre. [Nota del trad.: El texto entre paréntesis no consta en el original.]

(30) 1. No forzada, 2. considerada forzada en sí misma, pero no en su causa y 3. forzada, tanto en sí misma considerada, como también en su causa. Vid., *Elementa*, Lib. II, Obs. II, parágrafo 4.

(31) 1. Ignorancia no inevitable (= evitable), 2. Ignorancia considerada en sí misma inevitable, pero no en su causa y 3. Ignorancia inevitable, tanto considerada en sí misma, como también en su causa. Vid. *Elementa*, Lib. II, Obs. I, parágrafo 9.

sua causa (32). De donde resulta que la aplicación de la distinción entre la imputación ordinaria y extraordinaria a toda constelación de casos pertinente era algo evidente para los autores del siglo XVII y XVIII (33). Si utilizamos hoy en día la terminología al uso y distinguimos entre las *actiones liberae in se*, las *actiones liberae in (sua) causa* y las *actiones neque in se neque in (sua) causa liberae*, sería conveniente denominar como *actiones liberae in causa* a todas aquellas acciones u omisiones que imputamos extraordinariamente. Deberíamos tener en este ámbito siempre presente que el término *liber* posee un significado distinto, según se trate de la imputación de primer nivel o de la imputación de segundo nivel. La restricción de la terminología actualmente usual, únicamente a constelaciones particulares de casos de ambos niveles de imputación es, en cualquier caso, inconsecuente.

Sobre este trasfondo, resulta sencilla la distinción entre las reglas que rigen la justificación de un hecho y las que rigen la exculpación del mismo. Como las reglas acerca de la justificación de un hecho se corresponden con reglas permisivas y éstas, según los principios de la lógica deóntica, pertenecen necesariamente al mismo sistema que los mandatos y prohibiciones, las reglas de justificación pertenecen necesariamente al mismo sistema que los tipos de los delitos de omisión y comisión. En otras palabras, las reglas de las causas de justificación pertenecen a la *lex de Daries* según la cual el juzgador enjuicia un hecho como antijurídico o no antijurídico. Las reglas de la exculpación, por el contrario, pertenecen al sistema de reglas de imputación de segundo nivel de imputación. Por lo tanto, apenas puede ser más grande la diferencia entre ambos conjuntos de reglas. No es, por ello, casual que la Ciencia del Derecho penal insista en la diferencia entre las causas de justificación y las causas de exculpación.

También resulta ciertamente válido el extraer consecuencias de lo dicho, ante todo, para la teoría del estado de necesidad y del error. En una *Observatio* de 1754 diferencia *Daries* (34) entre tres distintas *exceptiones* de estado de necesidad. 1) Una *defensio* respecto a situaciones de estado de necesidad que excluyen la imputación ordinaria en el primer nivel (35). Aquí rige el principio *Necessitas non habet legem* en sentido textual. 2) Una *defensio* en los casos de estado de necesidad en los que, si bien es cierto que el autor infringe un

(32) 1. La acción no involuntaria (= voluntaria), 2. la acción considerada en sí misma involuntaria, pero no en su causa y 3. la acción involuntaria, tanto considerada en sí misma, como también en su causa. *Vid.*, HUTCHESON, *A System*, vol. 1, p. 229.

(33) En detalle mi artículo *Ordentliche und ausserordentliche Zurechnung bei Pufendorf*, ZStW 96 (1984), pp. 661 y ss.

(34) *Observatio* LI. En detalle, en mi artículo citado en la nota 3.

(35) DARIES habla de «status necessitatis simplicis».

precepto individual, sin embargo, a pesar de ello, la infracción en estado de necesidad es conforme con la «meta más elevada de todo actuar humano» (sea ésta cual sea) (36). La *exceptio* que aquí le permite al autor sortear la regla del precepto que se infringe, es designada por Daries como *exceptio secundum leges instituta*; es decir, como algo que, a pesar de la contravención de un precepto particular, es conforme al sistema de las leyes. Evidentemente, con ello se da con lo que hoy en día denominamos como «justificación». 3) Una *exceptio* en aquellos casos de estado de necesidad en los que el autor «se permite» una infracción de un precepto, sin que ello este permitido por el sistema. Esta es una *exceptio contra leges instituta*; es decir, algo que no sólo es contrario al precepto individual, sino también contrario al sistema de leyes. Aquí, Daries ya no habla de una *defensio*, sino de *excusatio* (exculpación), diferenciándola expresamente de las demás *exceptiones*. Esta tripartición se corresponde con la tripartición entre reglas de imputación de primer nivel, reglas de comportamiento en su función de baremo de medición y reglas de imputación de segundo nivel; siendo más precisa que la actual «teoría de la diferenciación», que únicamente distingue entre el «estado de necesidad justificante» y el «estado de necesidad exculpante» (37). También se desprende muy claramente en Daries que, en el primer estado de las reflexiones sobre el estado de necesidad, la cuestión giraba más en torno al lugar lógico de las distintas *exceptiones*, que en torno al reconocimiento efectivo de las mismas y a su configuración material detallada. Ciertamente, existe, por ejemplo, un lugar lógico para el estado de necesidad exculpante, aun cuando no deba ser reconocido ningún caso concreto en el que exculpe el estado de necesidad.

En lo que atañe a la teoría jurídico-penal del error, regresa en la más reciente legislación alemana la antigua distinción entre *ignorantia facti* e *ignorantia iuris*, según la cual se diferencia entre los errores sobre el hecho y circunstancias que son relevantes desde el prisma del tipo legal (38) y los errores acerca de la antijuricidad del hecho (39). Ésta se hace necesaria por la distinción entre la imputación de primer nivel y la de segundo nivel. Es controvertida actualmente, por el contrario, la clasificación del error sobre las circunstancias que son relevantes según el supuesto de hecho de una causa de justificación. Según lo aquí dicho, sólo puede ciertamente existir una solución correcta. Como las reglas permisivas figuran en el mismo plano lógico que los mandatos y prohibiciones, figuran también los

(36) *Observatio* LI, parágrafo XV.

(37) Aparte de ello, también se debe modificar, y no de forma insignificante, la difundida tesis según la cual la «teoría de la diferenciación», en el ámbito del estado de necesidad, sería una conquista del siglo xx.

(38) Parágrafo 16, párrafo 1.º, frase 1.ª, del Código penal alemán.

(39) Parágrafo 17 del Código penal alemán.

supuestos de hecho de las causas de justificación en el mismo plano lógico que los tipos de los delitos comisivos y omisivos. Son excepciones a las reglas de los tipos delictivos. Por lo tanto, los errores sobre las circunstancias que son relevantes según el supuesto de hecho de una causa de justificación, quedan en principio equiparados a los errores sobre circunstancias que son relevantes según un tipo delictivo, y deben, por ello, ser tratados de forma análoga. Los problemas relacionados con ellos son, así, problemas de la imputación de primer nivel. Lo que para el actual Derecho penal significa, por ejemplo, que la suposición errónea por parte del autor de circunstancias que son relevantes según el supuesto de hecho de una causa de justificación, debe ser reconocida como excluyente del dolo.

En suma, queda así definida una estructura delictiva tripartita que resulta de la diferencia entre las reglas de comportamiento y las reglas de imputación en ambos niveles. No vale ciertamente aquí, el esquema posclásico de «Tipicidad / Antijuricidad/ Culpabilidad», que ha sido enseñado durante la primera mitad de nuestro siglo y que hasta hoy tiene repercusiones. Este esquema descansa en un desconocimiento de las estructuras que le sirven de base. Antes bien, han de distinguirse en Derecho penal: 1) la imputación en el primer nivel de imputación por la que son imputados el hecho y las circunstancias del hecho que son relevantes para emitir eventualmente el juicio de antijuricidad; 2) el propio juicio de antijuricidad, si y en la medida en que resulte de la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición; y 3) la imputación en el segundo nivel de imputación por la que se imputa el hecho antijurídico a la culpabilidad. La diferencia entre las reglas de comportamiento y las reglas de imputación en ambos niveles posee, por lo tanto, extensas consecuencias; éstas no sólo se pueden elaborar con la máxima amplitud e independencia de cualesquiera que sean las leyes «positivas», sino que también deben ser elaboradas con la máxima amplitud e independencia de estas leyes, puesto que en el marco de esta diferencia, y en sus consecuencias, operamos con la Lógica del lenguaje prescriptivo y adscriptivo, que es previa al Derecho «positivo».

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

M.^a CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

Ley Orgánica 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del Código Penal, con el fin de tipificar la conducción de un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o con temeridad o con imprudencia

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Código Penal vigente no incluye en la sección 1.^a del capítulo II, Título V, relativa a los delitos contra la seguridad del tráfico, la conducta de conducir un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, supuesto que constituye una excepción importante en el ámbito del Derecho comparado.

Mantener la exclusión de este tipo de conductas, conducir un ciclomotor, del ilícito penal, resulta de todo punto ilógica y desacertada, si se tiene en cuenta su importante incidencia en el origen de un elevado número de accidentes de tráfico, así como que el riesgo generado puede ser, incluso, aún mayor, que el que se deriva de la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de las indicadas sustancias.

De acuerdo con ello, se considera necesaria la tipificación penal de tal conducta, en aras de la importancia de los bienes jurídicos en cuestión.

Ahora bien, el hecho de que la conducción de un ciclomotor no exija, de conformidad con el Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, la po-

sesión de un permiso de conducción «sensu stricto», sino la de una licencia de conducción, hace preciso incluir explícitamente una mención a tal licencia entre las penas consignadas en el artículo 340 bis a).

Asimismo, la coherencia del Código Penal impone la modificación de ciertos preceptos del mismo en los que se hace referencia a la pena de privación del permiso de conducción o del permiso de conducir, al objeto de insertar también en los mismos como pena la de privación de la indicada licencia de conducción de ciclomotores. A tal propósito sirve el artículo 2 de la Ley Orgánica.

Artículo 1.

1. El artículo 340 bis a) del Código Penal quedará redactado de la siguiente forma:

«Será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas y privación, en todo caso, del permiso o la licencia de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años:

1.º El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

2.º El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.»

2. El artículo 340 bis d) del Código Penal quedará redactado de la siguiente forma:

«Será castigado con las penas de prisión menor multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas y privación del permiso o la licencia de conducción por tiempo de dos a diez años el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el número 2.º del artículo 340 bis a).

Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, la pena privativa de libertad será la de arresto mayor en su grado medio a prisión menor en su grado mínimo.

El vehículo de motor o el ciclomotor utilizado se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 48 de este Código.»

3. El párrafo tercero del artículo 565 del Código Penal quedará redactado de la siguiente forma:

«Las infracciones penadas en este artículo, cometidas con vehículos de motor o ciclomotor llevarán aparejada la privación del permiso o la licencia de conducción por tiempo de tres meses y un día a diez años.»

Artículo 2.

1. La referencia que en el artículo 8.1.º b) del Código Penal se hace a la «privación del permiso de conducción o de la facultad de obtenerlo durante el tratamiento o por el plazo que se señale», quedará en adelante sustituida por «privación del permiso o la licencia de conducción o de la facultad de obtenerlos durante el tratamiento o por el plazo que se señale».

2. La referencia que en los artículos 27, 28 y 334 del Código Penal se hace a la «privación del permiso de conducción», quedará en adelante sustituida por la «privación del permiso o la licencia de conducción».

3. La referencia que en los artículos 26.5.º, 30 y 33 del Código Penal se hace a la «privación del permiso para conducir vehículos de motor», quedará en adelante sustituida por la «privación del permiso para conducir vehículos de motor o de la licencia para conducir ciclomotores».

4. El artículo 42, párrafo tercero, del Código Penal quedará redactado de la siguiente forma:

«La privación del permiso para conducir vehículos de motor o de la licencia para conducir ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia.»

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Madrid, 23 de diciembre de 1994,

Ley Orgánica 18/1994, de 23 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal en lo referente al secreto de las comunicaciones

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución española en su artículo 18 establece el secreto de las comunicaciones como protección que nuestra máxima Ley dispensa al honor y la intimidad personales.

En lo referente a las comunicaciones telefónicas, si bien es cierto que por Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, se introdujeron en el Código Penal dos nuevos artículos, 192 bis y 497 bis, relativos a la tipificación de escuchas telefónicas, no es menos cierto que las penas establecidas para estos supuestos concretos no tuvieron el efecto disuasorio perseguido, al no conseguir asegurar totalmente la defensa del secreto de las comunicaciones, habida cuenta de la gama de conductas que quedaron fuera de los tipos que se regularon, y de

las modalidades de telecomunicaciones susceptibles de ser interceptadas, así como de la levedad de las penas previstas.

En consecuencia la Ley se propone, de una parte, agravar las penas correspondientes a los supuestos contemplados en los artículos 192 bis y 497 bis del Código Penal vigente en proporción a la gravedad de este tipo de conductas y, de otra, introducir una nueva modalidad delictiva para sancionar la conducta de quienes no habiendo intervenido en la captación de la información, pero conociendo su ilícito origen, procedan a su divulgación.

Artículo único.

Los artículos 192 bis y 497 bis del Código Penal quedan redactados de la forma siguiente:

«Artículo 192 bis.

La autoridad o sus agentes y el funcionario público que, sin la debida autorización judicial, salvo, en su caso, lo previsto legalmente en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, interceptare cualquier telecomunicación o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión grabación o reproducción del sonido o de la imagen incurrirá en las penas de prisión menor en grado medio e inhabilitación especial de ocho años y un día a diez años.

Si divulgare o revelare la información obtenida por cualquiera de los precitados medios, se le impondrán las penas de prisión menor en grado máximo e inhabilitación especial de diez años y un día a doce años.»

«Artículo 497 bis.

El que para descubrir los secretos o la intimidad de otro sin su consentimiento interceptare sus telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen será castigado con las penas de prisión menor en grado medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

Si divulgare o revelare lo descubierto, incurrirá en las penas de prisión menor en grado máximo y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas.

El que con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior, será castigado con las penas de prisión menor en grado mínimo y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.»

Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La experiencia diaria pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias.

Ello conlleva, con frecuencia, que no se pueda contar con testimonios y pruebas muy valiosos en estos procesos.

Ante esta situación, el legislador debe proceder a dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda de quienes, como testigos o peritos, deben cumplir con el deber constitucional de colaboración con la justicia.

De no hacerlo así, podrían encontrarse motivos que comportasen retraimientos e inhibiciones por parte de posibles testigos y peritos no deseables en un Estado de Derecho, con el añadido de verse perjudicada la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y facilitada, en su caso, la impunidad de los presuntos culpables.

Es obvio, sin embargo, que las garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. De ahí que la presente Ley tenga como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

El sistema implantado confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; medidas que, en el marco del derecho de defensa, serán susceptibles de recurso en ambos efectos.

El propósito protector al que responde la Ley no es, por lo demás, exclusivo de nuestro país. De acuerdo con directrices señaladas por el Derecho comparado se ha entendido ser imperiosa e indeclinable la promulgación de las normas precisas para hacer realidad aquel propósito de protección de testigos y peritos que, además, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general se hace también patente en la Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia.

El contenido de la Ley es breve. Junto a su ámbito de aplicación, regulado en el artículo 1, y las medidas protectoras y garantías del regulable recogidos en los artículos 2 y 3, contiene el artículo 4 y último una serie de medidas complementarias de protección que habrán de aplicar, cada uno en su esfera, los miembros de las Fuerzas

y Cuerpos de Seguridad del Estado, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial.

Artículo 1.

1. Las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales.

2. Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Artículo 2.

Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave

b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

c) Que se fije como domicilio a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Artículo 3.

1. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados.

2. A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro

grave prevista en el artículo 1.2 de esta Ley, se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado.

Artículo 4.

1. Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

2. Las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica.

3. Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.

En tal caso el plazo para la recusación de peritos a que se refiere el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se computará a partir del momento en que se notifique a las partes la identidad de los mismos.

En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.

4. De igual forma, la partes podrán hacer uso del derecho previsto en el apartado anterior, a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y admitidas por el órgano judicial, en el plazo previsto para la interposición de recurso de reforma y apelación.

5. Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en

la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se consideraran de imposible reproducción a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA

El artículo 3.2 de esta Ley tendrá el carácter de Ley ordinaria.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA

El Gobierno en el plazo de un año a partir de la publicación de la presente Ley, dictará las disposiciones reglamentarias que resulten necesarias para su ejecución.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

Quedan derogados cuantos preceptos se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA

Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Orden de 15 de noviembre de 1994 por la que se regula el control de sustancias catalogadas susceptibles de desviación

El Reglamento (CEE) 3677/90, del Consejo, de 13 de diciembre de 1990 («DOCE», núm. L 357, del 20), modificado por el Reglamento (CEE) 900/92 del Consejo, de 31 de marzo («DOCE», núm. L 96, de 10 de abril), establece una serie de medidas con el fin de impedir el desvío de determinadas sustancias para la fabricación ilícita de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas. En su desarrollo fue dictada la Orden de 10 de diciembre de 1991 («Boletín Oficial de Estado» del 19).

Este Reglamento fue desarrollado, por lo que respecta a la Comisión de las Comunidades Europeas y a su vez modificado, por los Reglamentos (CEE) 3769/92 de la Comisión, de 21 de diciembre («DOCE» núm. L 383, del 29), y 2959/93 de la Comisión, de 27 de octubre («DOCE» núm. L 267, del 28). Por la presente se da cumplimiento a aquellos aspectos del mismo cuya ejecución incumbe a los Estados miembros, reproduciendo total o parcialmente preceptos contenidos en aquellos Reglamentos CEE para facilitar la comprensión de la norma, sin que esto sea obstáculo para su directa aplicabilidad. En su virtud, con la aprobación del Ministro para las Admi-

nistraciones Públicas, a propuesta de los Ministros de Justicia e Interior, de Economía y Hacienda, de Industria y Energía, de Sanidad y Consumo, de Asuntos Sociales y de Comercio y Turismo, dispongo:

Primero. *Licencia de Actividad.*

1. Sustancias categoría 1.—Los operadores, con exclusión de los Agentes de Aduanas, los almacenistas y los transportistas que actúen únicamente en condición de tales, que realicen operaciones de importación, exportación y tránsito de las sustancias catalogadas en la categoría 1 del anexo I, o de mezclas que las contengan deberán estar en posesión de una Licencia de Actividad.

2. Solicitud.—A tal fin, los operadores deberán dirigir una solicitud al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

3. Operador.—A los efectos de esta Orden se entiende por «operador», cualquier persona física o jurídica que se dedique en la Comunidad Europea a la fabricación, producción comercialización o distribución de sustancias catalogadas en el anexo I, o que participe en otras actividades conexas, como importación, exportación, tránsito, corretaje y procesado de estas sustancias catalogadas. La presente definición incluye, en particular, a las personas que ejerzan, como actividad no asalariada, la profesión consistente en hacer declaraciones aduaneras, bien a título principal, bien a título accesorio de otra actividad.

4. Datos de la solicitud.—La solicitud de Licencia de Actividad deberá contener los siguientes datos:

Nombre, razón social, NIF y domicilio del operador.

Memoria de las operaciones de comercio exterior realizadas con estas sustancias catalogadas en el año natural anterior.

Uso dado a las mismas.

Destino de las mismas, en los supuestos de exportación y tránsito.

Compromiso de destinarlas a fines lícitos.

5. Resolución.

5.1. El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales dictará su resolución en el plazo de tres meses contados a partir de la recepción de la solicitud.

5.2. Para la concesión o denegación de la Licencia se estará a lo dispuesto en el artículo 2 bis del Reglamento (CEE) 3677/90, al igual que para su anulación o suspensión.

5.3. Podrá entenderse desestimada la solicitud de no recaer resolución expresa en el plazo anteriormente indicado.

6. Realización del despacho aduanero.—No podrán realizarse despachos de importación, exportación o tránsito de estas sustancias sin dejar constancia en la declaración del número de la Licencia de

Actividad de aquellos operadores que estén obligados a disponer del mismo para poder realizar estas operaciones.

Segundo. *Registro.*

1. Sustancias categoría 2.—La realización de operaciones de importación, exportación y tránsito de las sustancias catalogadas en la categoría 2 del anexo I, o de mezclas que las contengan, estará sujeta a la previa inscripción de los Operadores, excluidos los Agentes de Aduanas, los almacenistas y los transportistas que actúen únicamente en condición de tales, en el Registro que con este fin se constituye en el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

2. Sustancias categoría 3.—La realización de operaciones de exportación de las sustancias catalogadas en la categoría 3 del anexo I, o de mezclas que las contengan, estará condicionada a la previa inscripción de los Operadores en el Registro indicado en el número precedente. Serán dispensados de esta obligación de registro aquellos operadores cuyas exportaciones de estas sustancias, o de mezclas que las contengan, no hayan superado durante el año natural anterior las siguientes cantidades:

Sustancia	Cantidad — Kilogramos
Acetona	50
Eter etílico	20
Metiletilcetona	50
Tolueno	50
Permanganato de potasio	5
Acido sulfúrico	100
Acido clorhídrico	100

Sin embargo, si se superasen dichas cantidades en el curso del año natural, será obligatoria la inscripción en el Registro, a partir del momento en que se superen los máximos citados.

3. Datos de la solicitud.—Los operadores deberán solicitar la inscripción, declarando:

Nombre, razón social, NIF y domicilio del operador.

Direcciones de sus fábricas o de sus establecimientos o almacenes.

Compromiso de comunicar cualquier cambio de estas direcciones.

4. Realización del despacho aduanero.—No podrán realizarse despachos de importación, de exportación o de tránsito, según proceda, sin dejar constancia en la declaración del número del Registro de Operadores atribuido a aquellos que estén obligados a disponer del mismo para poder realizar estas operaciones.

Tercero. *Exportación de sustancias catalogadas en la categoría 1 del anexo I.*

1. Licencia de Exportación de Sustancias Catalogadas.—La exportación de las sustancias catalogadas en la categoría 1 del anexo I estará supeditada, con independencia de lo dispuesto en el apartado primero anterior, a la previa obtención de una Licencia de Exportación de Sustancias Catalogadas, ajustada al modelo que figura en el Anexo II, expedida por el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales, a solicitud del exportador.

2. Presentación de la solicitud.—La solicitud se dirigirá al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

3. Datos de la solicitud.—La solicitud de Licencia de Exportación de Sustancias Catalogadas deberá contener los siguientes datos:

Nombre, razón social y domicilio de:

Exportador.

Importador.

Destinatario final.

Agentes de Aduanas.

Otros operadores.

Designación de la sustancia, ajustada a la denominación que figura en el anexo I.

Cantidad y peso. Si se trata de preparaciones no excluidas en el Reglamento (CEE) 3677/90 del Consejo, de 13 de diciembre de 1990, la cantidad y peso de la sustancia o sustancias del anexo I que figuren en su composición.

Datos del envío:

Aduana de despacho.

Fecha prevista de despacho.

Medio de transporte.

Itinerario.

Punto de salida del territorio aduanero de la Comunidad.

Punto de entrada en el país de importación.

Copia de la autorización de importación, en su caso de acuerdo con lo dispuesto en el punto 10 siguiente.

Otros.

4. Resolución del expediente:

4.1. El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales dictará su resolución en el plazo de quince días hábiles, contados a partir de la recepción de la solicitud.

4.2. La resolución del expediente de forma favorable dará lugar a la expedición y entrega al interesado de una «Licencia de Exportación de Sustancias Catalogadas».

4.3. Podrá entenderse desestimada la solicitud de no recaer resolución expresa en el plazo anteriormente indicado.

5. Denegación.—El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales podrá denegar la Licencia de Exportación de Sustancias Catalogadas solicitada cuando, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento (CEE) 3677/90, concurren alguna de las siguientes circunstancias:

La información facilitada se presume razonablemente que es falsa o incorrecta.

No se autoriza la importación de la sustancia en el país de destino, de acuerdo con lo establecido en el punto 10 siguiente.

Existan motivos fundados para sospechar que la sustancia se destinará a la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

6. Solicitud de notificación previa a la exportación.—Cuando la Comisión de las Comunidades Europeas comunique que otro país haya requerido que se le notifique previamente la exportación de sustancias catalogadas, el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales no expedirá la correspondiente Licencia de Exportación de Sustancias Catalogadas en tanto no haya realizado previamente dicha notificación.

7. Autorización previa de importación.—Cuando otro país así lo haya exigido, no se expedirá la Licencia de Exportación de Sustancias Catalogadas. en tanto no se haya presentado en el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales copia de la autorización de importación en aquél, de la que se podrá solicitar confirmación.

A los efectos previstos en el presente punto, el citado Departamento publicará la relación de países que exijan la previa concesión de autorización de importación.

8. Despacho de exportación.—La solicitud del despacho de exportación de las sustancias de la categoría 1 del anexo I requerirá la presentación, junto a la declaración de despacho y de la documentación exigida reglamentariamente, del ejemplar número 2 de la Licencia de Exportación de Sustancias Catalogadas.

La Aduana de exportación, realizadas las comprobaciones oportunas, cumplimentará su casilla 20 y unirá copia de dicho ejemplar número 2 a la Declaración de despacho.

Si la salida del territorio aduanero de la Comunidad se efectuase por una Aduana distinta de aquella por la que se haya efectuado el despacho de exportación, la Aduana de salida, realizadas las comprobaciones oportunas, cumplimentará la casilla 21, y remitirá el ejemplar número 2 a la Aduana de exportación.

Si transcurridos dos meses a contar de la fecha del despacho de exportación, la Aduana de exportación no hubiera recibido el ejemplar número 2 debidamente cumplimentado por la Aduana de salida lo pondrá en conocimiento del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales.

Cuarto. *Exportación de sustancias catalogadas en la categoría 2 del anexo I.*

1. Licencia de Exportación de Sustancias Catalogadas.—La exportación de las sustancias catalogadas en la categoría 2 del anexo I exigirá la obtención de una Licencia de Exportación de Sustancias Catalogadas, expedida por el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales, que podrá ser individual o genérica. Para su concesión se estará a lo dispuesto en el Apartado Tercero anterior, para los individuales y al Sexto posterior, para las genéricas.

2. Licencia Individual.—La Licencia deberá ser individual, para cada operación de exportación, cuando, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento (CEE) 3677/90, haya sospechas de desvío de las sustancias para la fabricación ilícita de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas.

Igualmente, en todos los casos, cuando se pretenda exportar anhídrido acético con destino a alguno de los siguientes países:

Colombia.
Guatemala.
Hong-Kong.
India.
Irán.
Líbano.
Malasia.
Birmania.
Singapur.
Siria.
Tailandia.
Turquía.

Quinto. *Exportación de sustancias catalogadas en la categoría 3 del anexo I.*

1. Licencia de Exportación de Sustancias Catalogadas.—La exportación de las sustancias catalogadas en la categoría 3 del anexo I quedará condicionada a la obtención de una Licencia de exportación de Sustancias Catalogadas, individual o genérica, en los siguientes casos:

a) Cuando se pretenda exportar:

1)

Sustancias	Países de destino
Metiletilcetona y sus sales.	Argentina.
Tolueno y sus sales.	Bolivia.
Permanganato potásico y sus sales.	Brasil.
Ácido sulfúrico.	Chile.
	Colombia.

Sustancias	Países de destino
	Costa Rica. El Salvador. Ecuador. Guatemala. Honduras. Hong Kong. Panamá. Paraguay. Perú. Siria. Tailandia. Uruguay.

II)

Sustancias	Países de destino	
Acetona y sus sales. Eter etílico y sus sales. Ácido clorhídrico.	Argentina. Bolivia. Brasil. Chile. Colombia. Costa Rica. El Salvador. Ecuador. Guatemala. Honduras. Hong Kong.	Irán. Libano. Panamá. Paraguay. Perú. Birmania. Singapur. Siria. Tailandia. Turquía. Uruguay.

b) Cuando el país de destino exija que no se autorice la exportación al mismo, en tanto él no haya concedido autorización para importar en su país alguna de las sustancias catalogadas.

A estos efectos, el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales publicará la relación de países que exijan la previa concesión de autorización de importación.

2. *Concesión de la Licencia.*—Para la concesión de esta Licencia de Exportación se estará a lo dispuesto en el Apartado Tercero anterior, para las individuales, y al Sexto posterior, para las genéricas.

3. *Licencia Genérica.*—Cuando las circunstancias lo permitan, siempre que no haya sospechas de desvío para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la Licencia de Exportación de Sustancias Catalogadas podrá ser genérica.

Sexto. *Licencias Genéricas.*

1. *Solicitud.*—Los operadores habituales que pretendan exportar sustancias catalogadas en las categorías 2 y 3 del anexo I al amparo

de una Licencia Genérica de Exportación de Sustancias Catalogadas (anexo III) deberán en su solicitud, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento (CEE) 3769/92, aportar al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales:

- a) Acreditación de su cualificación y experiencia profesional.
- b) Resumen de exportaciones de sustancias catalogadas realizadas en los doce meses anteriores detallando:
Sustancia exportada.
Número total de expediciones efectuadas.
Cantidades exportadas globalizadas por países de destino.
- c) Compromiso de no destinarlas a fines ilícitos y descripción de las medidas adoptadas para evitar su utilización ilícita.
- d) Compromiso de comunicar cualquier circunstancia sospechosa que haga presumir su utilización ilícita.
- e) Compromiso de proporcionar todas las informaciones globales que le sean solicitadas sobre la exportación de estas sustancias.
- f) Compromiso de notificar los cambios que se produzcan en la información aportada.

2. Tramitación.—La tramitación de esta Licencia Genérica se sujetará a lo dispuesto en el Apartado Tercero anterior y a las normas especiales que se recogen en el presente apartado.

3. Suspensión o revocación.—El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales estará facultado para suspender o anular la Licencia Genérica de Exportación de Sustancias Catalogadas concedida, si:

- a) La información suministrada no se considera exacta o dejase de serlo.
- b) Las medidas adoptadas para evitar el destino para fines ilícitos de las sustancias no se considerasen suficientes.
- c) No se suministran los resúmenes trimestrales a los que se hace referencia en la letra e) del punto 4 siguiente.

4. Obligaciones.—El titular de una Licencia Genérica de Exportación de Sustancias Catalogadas estará obligado a:

- a) Indicar el número de la Licencia Genérica en cada Declaración de Exportación.
- b) Inscribir la operación en su registro tan pronto como la sustancia salga de sus locales con destino a la exportación.
- c) Inscribir en ese registro los datos de la autorización de importación de la sustancia en el país de destino, si ésta fuese exigida.
- d) Acompañar cada exportación con una copia de la Licencia Genérica hasta su salida del territorio aduanero de la Comunidad.
- e) Entregar en el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales un resumen trimestral de las exportaciones realizadas con cargo a dicha Licencia Genérica.

Este resumen contendrá, al menos, el siguiente detalle:

Número de exportaciones.

Sustancias exportadas: Denominación y cantidad.

Países de destino.

Séptimo. *Prohibición de importación o exportación.*

El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales podrá prohibir la importación en nuestro país de sustancias catalogadas en el anexo I, o su exportación, cuando existan motivos razonables para creer que dichas sustancias están destinadas a la fabricación ilícita de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas.

Octavo. *Operaciones desde Zona Franca, Depósito Franco o Depósito Aduanero.*

Las operaciones que con las sustancias catalogadas en el anexo I pretendan realizarse desde Zonas Francas Depósitos Francos o Depósitos Aduaneros estarán sujetas al cumplimiento por parte de los operadores de los mismos requisitos y condiciones recogidos en los puntos anteriores.

Noveno. *Habilitación a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.*

La presente Orden podrá modificarse por Resolución del Presidente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria cuando se trate de la ejecución de normas comunitarias que así lo requieran.

Décimo. *Facultad del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales.*

Queda facultado el Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria para dictar cuantas instrucciones sean precisas para la aplicación y desarrollo de cuanto por la presente se dispone.

Undécimo. *Aplicación supletoria de la Ley 30/1992.*

En lo no previsto por la normativa de la Comunidad Europea los procedimientos objeto de la presente Orden se ajustarán a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y a las normas generales sobre procedimientos administrativos de autorización.

Duodécimo. *Derogación.*

Queda derogada la Orden de 10 de diciembre de 1991.

ANEXO I

Sustancia	Designación NC (En caso de que sea diferente)	Código NC
<i>Categoría 1</i>		
Efedrina.		29394010
Ergometrina.		29396010
Ergotamina.		29396030
Ácido lisérgico.		29396050
Fenil-1-propanona-2.	Fenilacetona.	29143010
Pseudofedrina.		29394030
Acido acetilfantranílico.	Ácido-2-acetamidobenzoico.	29242950
3,4-metilenodioxifenilpropano-2-ona.		29329077
Isosafrol (cis + trans).		29329073
Piperonal.		29329075
Safrol.		29329071
Las sales de las sustancias enumeradas en esta categoría, siempre que la existencia de dichas sales sea posible.		
<i>Categoría 2</i>		
Anhídrido acético.		29152400
Ácido antranílico.		29224950
Ácido fenilacético.		29163300
Piperidina.		29333930
Las sales de las sustancias enumeradas en esta categoría, siempre que la existencia de dichas sales sea posible.		
<i>Categoría 3</i>		
Acetona.		29141100
Eter etílico.	Éter dietílico.	29091100
Metiletilcetona.	Butanona.	29141200
Tolueno.		29023010/90
Permanganato de potasio.		28416010
Acido sulfúrico.		28070010
Acido clorhídrico.	Cloruro de hidrógeno.	28061000
Las sales de las sustancias enumeradas en esta categoría, excepto la del ácido sulfúrico y del ácido clorhídrico, cuando la existencia de dichas sales sea posible.		

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

INTERRUPCIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA POR INTERVENCIÓN POSTERIOR DE TERCEROS

(A propósito de la STS de 19 de mayo de 1994.

P. García Ancos)

CAROLINA BOLEA BARDON

Prof. Titular Interina E. U. de Derecho penal
Universidad de Barcelona

I

1. Los **hechos probados** a que se refiere la STS de 19 de mayo de 1994 son los siguientes: En el transcurso de una discusión entre el procesado Joaquín y su hermano Antonio, motivada por una papelina de heroína, tomó el primero una navaja de unos 15 milímetros de anchura, *con la que el procesado asestó a su hermano Antonio con intención de causarle la muerte, una puñalada en el abdomen que perforó dos asas intestinales, por un lado el colon trasverso, el mesocolon y zona retroperitoneal, y por otro también el yeyuno con comunicación de la luz intestinal con la cavidad peritoneal por rotura de las tres capas del tubo intestinal.* Mientras Joaquín se daba a la fuga, Dolores (hermana de Joaquín y de Antonio) y los agentes de la Autoridad trasladaron a Antonio al hospital M. L., donde *le fue suturada la perforación del colon trasverso y del mesocolon,*

pero no así la del yeyuno, al no haber sido observada por el cirujano. A la mañana siguiente, Antonio solicitó voluntariamente el alta hospitalaria, que le fue concedida, y se marchó del hospital, pese a existir una herida quirúrgica de veinte centímetros de longitud consecuencia de la operación, suturada con agrafes metálicos y con puntos amplios de seda. Pero ese mismo día volvió a ingresar en el mismo Hospital en un estado de shock con sangrado por el drenaje y la herida, por lo que de nuevo fue intervenido quirúrgicamente de urgencias. Durante esta segunda operación se produjo una parada cardíaca intropoperatoria, de la que se recuperó, pero tampoco en esta operación se suturó ni taponó la perforación del yeyuno al no ser observada por este segundo equipo médico la cual había desencadenado una peritonitis y la diseminación general de gérmenes que provocó un shock séptico, a consecuencia del cual, unido a un shock hipovolémico, falleció Antonio ese mismo día. Las heridas producidas por el apuñalamiento, a pesar de no estar dirigidas a órganos vitales, le hubieran ocasionado igualmente la muerte de haberse omitido un tratamiento médico o una intervención quirúrgica.

2. La Audiencia condenó al procesado por un delito de homicidio doloso a la pena de quince años de reclusión menor, a la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y a indemnizar a las perjudicadas, con una suma de cinco millones de pesetas a la esposa de Antonio, y con dos millones de pesetas, a cada una de sus tres hijas. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el acusado, en el que se alegaba la indebida aplicación del artículo 407 CP, que tipifica el delito de homicidio, «porque la muerte no se produjo o tuvo causa directa en la actividad del encausado, sino en una serie de imprudencias médicas», y la consiguiente «falta de aplicación del artículo 421.1.º CP relativo al delito de lesiones».

II

El presente caso nos sitúa frente a la problemática que supone la **intervención posterior de terceras personas** en el curso causal iniciado por otra. Para afrontar el tema vamos a centrarnos en dos cuestiones principales, planteadas por la Sala sólo indirectamente: en primer lugar, determinar si la intervención posterior de terceros (de los médicos en nuestro caso) y de la propia víctima, puede llegar a excluir la responsabilidad del primer agente por el resultado, concretamente, cuándo podemos hablar de interrupción de la imputación objetiva; y, en segundo lugar, analizar la propia conducta de los médicos en orden a establecer su responsabilidad.

1. El principal problema que se nos plantea es ver si puede ser **imputado jurídicamente** a Joaquín el resultado de muerte de

Antonio. Para ello, deberemos, en primer lugar, poder afirmar que existe relación de causalidad entre la conducta del procesado y la muerte de Antonio. El TS estima la concurrencia de la misma, negando la interrupción del nexo causal: «el nexo causal entre la acción y el resultado no puede quebrar por la actuación más o menos negligente de terceras personas» (1). La doctrina de la interrupción del nexo causal ha sido acogida por el TS durante muchos años (2). Según la misma, la ruptura del nexo causal se producía por interferencia de algún «accidente extraño», generalmente por la actuación posterior de otra persona, bien de la víctima, o bien de un tercero (3). La doctrina dominante, que ha acogido la teoría de la equivalencia de las condiciones, rechaza, con buen criterio, la doctrina de la interrupción del nexo causal (4). Pues tal como se repite a menudo, la relación de causalidad existe o no existe, pero no se interrumpe (5). Pero todo ello no impide examinar, como haremos más adelante, si determinadas interferencias o accidentes posteriores deben excluir la imputación objetiva.

El Tribunal Supremo insiste recientemente, aunque no hallemos referencia expresa en la sentencia objeto de este comentario, en la «necesidad de separar en distintos planos la relación de causalidad y la imputación objetiva, acudiendo a la teoría de la equivalencia de

(1) El TS rechaza así la tesis esencial del recurrente, que alegaba que la muerte no se produjo como consecuencia directa de la actividad del procesado, sino por una serie de imprudencias médicas.

(2) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 91-95, critica la teoría de la interrupción del nexo causal, tanto desde el punto de vista terminológico, como a la hora de determinar los criterios que fundamentan la ruptura de dicho nexo causal. Tras el análisis de la jurisprudencia del TS que acoge la teoría de la interrupción de la relación de causalidad, concluye diciendo que en realidad el juez en el caso concreto llega a una «decisión puramente intuitiva», pasando, posteriormente, a fundamentar su sentencia con la teoría de la ruptura causal que «por carecer de contornos precisos, puede servir para justificarlo todo»; en el mismo sentido, más recientemente, SILVA SÁNCHEZ, «Preterintencionalidad y otras cuestiones», en: Varios autores, *Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1992, pp. 62 y 63; en distinta línea, COBO/VIVES, *Derecho penal, Parte General*, 3.ª ed., 1991, pp. 346 y 347, mantienen que «la conducta dolosa de un tercero que se sobrepone al hacer del autor y produce el resultado, interrumpe el nexo causal», porque dicha conducta dolosa al proceder «de una voluntad *plenamente libre* rompe todo posible enlace *normológico* (conforme a leyes necesarias) entre el actuar precedente y el resultado».

(3) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, 3.ª ed., 1990, pp. 242, 243; el mismo, en *Adiciones al Tratado de Derecho penal*, Jescheck, 1981, tomo I, p. 393.

(4) Cfr., por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. MIR PUIG y MUÑOZ CONDE), 1981, tomo I, p. 382.

(5) Así, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht-Studienbuch*, 1982, pp. 94, 95, señala que la causalidad se da o no se da, pero no puede ser ni interrumpida ni adelantada. En el mismo sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 94.

las condiciones o de la causalidad natural para determinar la primera, y haciendo de la imputación objetiva del resultado una categoría independiente, de carácter normativo e inscrita en el ámbito de la tipicidad que selecciona como criterio orientador el de la relevancia jurídico penal y toma en consideración el riesgo incrementado o creado y el fin de protección de la norma» (6). Parece que el TS distingue, en el mismo sentido que la doctrina mayoritaria, entre un nivel ontológico, naturalístico, representado por la causalidad, y otro normativo, determinado por la relación de riesgo o imputación objetiva en sentido estricto. Sin embargo, esta separación no es a menudo tan clara, pues se siguen mezclando cuestiones de causalidad (empíricas) con consideraciones de tipo normativo, que afectan a la imputación objetiva. Concretamente, en la sentencia que estamos comentando se niega la ruptura del nexo causal en función de criterios normativos, puesto que en la misma se afirma que «el nexo causal entre la acción y el resultado no puede quebrar por la actuación más o menos negligente de terceras personas, pues de haberse comportado éstas debidamente y con ello haber salvado la vida del paciente, esa circunstancia no podría haber cambiado la calificación jurídica de homicidio, a simples lesiones, sino únicamente haber evitado la consumación del delito, transformando únicamente su grado comisivo» (7). Entendemos que las cuestiones que plantea la actuación posterior de terceras personas en el proceso causal iniciado por otra, no deben ser analizadas en el terreno de la causalidad, sino que se examinarán, como veremos más adelante, en el ámbito de la imputación objetiva.

(6) Cfr., entre otras, las sentencias del TS de 12 junio de 1989; 6 de febrero de 1990; 27 de marzo de 1990 (distinguiendo entre concepto de causa lógico-científico y concepto jurídico-penal); 12 de junio de 1990; 25 de enero de 1991; 6 de marzo de 1991; 1 de julio de 1991; 28 de febrero de 1992; 8 de abril de 1992; 4 de noviembre de 1992; 21 de diciembre de 1993; 18 de julio de 1994.

(7) Cfr., también, las sentencias del TS de 21 de diciembre de 1989; 8 de mayo de 1989; 5 de noviembre de 1990, y de 13 de noviembre de 1991. La STS de 13 octubre de 1993, después de afirmar que la causalidad «no es más que un presupuesto, a partir del cual hay que precisar si esa causación del resultado es objetivamente imputable...», establece, *todavía en la línea de la doctrina de la interrupción del nexo causal*, que «sólo estas últimas (las causas sobrevenidas) excluyen la causalidad si se originan por un *accidente extraño*, que no tiene relación con el hecho cometido por el agente. Esto suele acontecer cuando a la causa inicial se le añade una acción u omisión ilícita, ya sea dolosa o imprudente de otra persona o de la propia víctima». También, en la STS de 21 diciembre 1993, se señala que «las dos incisiones producidas por el procesado con instrumento punzante,..., fueron de una violencia tal que penetraron profundamente en dicha zona corporal,..., lo que determinó una prognosis de carácter gravísimo, a lo que hay que añadir la duplicación del golpe y el medio empleado para deducir que estamos ante un caso claro de *lethalis vulneris*, a la que no afecta como *accidente extraño* la infección sufrida por tales lesiones,...» (la cursiva es mía).

2. El tema de la causalidad no plantea problemas en el caso que estamos analizando, pues efectivamente parece que podemos afirmar la existencia de una **relación de causalidad** entre la conducta del procesado y la muerte de la víctima. Aplicando la *teoría de la equivalencia de las condiciones* y apoyándonos en la fórmula de la *condicio sine qua non* parece evidente que la conducta de Joaquín de asestar una puñalada a su hermano en el abdomen, es condición del resultado; en efecto, aplicando la fórmula de la *condicio sine qua non*, nos encontramos con que, si eliminamos mentalmente el acto de Joaquín, consistente en apuñalar a su hermano, la víctima no habría sufrido heridas, no habría tenido que ingresar en el hospital para someterse a tratamiento quirúrgico, y finalmente, tampoco se habría desencadenado una peritonitis que provocó un shock séptico, determinando así, junto a un shock hipovolémico, el fallecimiento de Antonio.

3. Cuestión aparte será ahora determinar si ese resultado de muerte puede **imputarse objetivamente** a Joaquín. En los delitos de acción, la existencia de relación de causalidad no es suficiente, como sabemos, para la imputación jurídico-penal del resultado, ésta requiere además una determinada «relación de riesgo» (8). Esta relación de riesgo que se exige entre conducta y resultado consta necesariamente de dos elementos. En primer lugar, la creación de un riesgo típicamente relevante a determinar desde una perspectiva *ex ante*, es decir, que se trate de riesgo suficientemente peligroso *ex ante* para producir el resultado y que no sea socialmente adecuado, ni insignificante. En segundo lugar, la realización del riesgo efectivamente creado en el resultado desde una perspectiva *ex post*. Así, para que el resultado causado sea objetivamente imputable a un sujeto, deberá constituir la realización del riesgo típicamente relevante creado por él, y tratarse, además, de un resultado de los que el tipo concreto tenía por finalidad impedir (9).

(8) Cfr., por ejemplo, GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 101 y ss., el mismo «¿Qué es la imputación objetiva», en: *Estudios Penales y Criminológicos*, X, 1987, pp. 184 s.; MIR PUIG, P. G., pp. 229 y ss.; ROXIN, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal», en *Problemas básicos del Derecho penal* (traducción de LUZÓN PEÑA), 1976, pp. 128 y ss.; el mismo, *StrR, AT*, § 11, n. 39, p. 231; JESCHECK, *Tratado I*, p. 378; TORIO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1986-1, pp. 33, 34 y 35; LUZÓN PEÑA, «Comentario a la STS 20 mayo 1981», en: *Actualidad Jurídica*, 1981 (VII), p. 82: «Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente», *RDCir*, 1984, p. 277; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra las personas*, 1986, pp. 13 y ss.

(9) Cfr., por todos, JESCHECK, *Tratado I*, pp. 389 y 390, ROXIN, *StrR AT*, § 11, n. 40, p. 231, excluye la imputación cuando el resultado cae fuera del ámbito de protección de la norma. En España, cfr., GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 147, donde afirma que «si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad», aplicando un tratamiento análogo en caso de comporta-

Es precisamente en la constatación de la imputación objetiva donde nos vamos a encontrar con mayores problemas porque la doctrina se muestra dividida. El supuesto en el que la víctima, lesionada por un primer sujeto, muere por razón de un comportamiento defectuoso del médico, es uno de los más discutidos por la dogmática.

A) En la ciencia jurídico-penal alemana, un sector de la doctrina considera que hay que imputar la muerte de la víctima al primer agente en caso de errores médicos leves o de gravedad media, y no, en caso de errores graves, con independencia de que dicho error se deba a una conducta activa o a una omisión (10). Esta tesis se basa en que uno debe contar con una imprudencia médica de gravedad leve o media, pues es previsible y entra dentro del curso normal de los acontecimientos (11). Otro sector, entiende que cuando sea aplicable el principio de confianza, el primer agente no deberá responder por la conducta defectuosa del médico, si ésta constituye un hacer activo; mientras que si se trata de una omisión, el resultado final se imputará a ambos. La razón de este distinto tratamiento se basa en que en este segundo supuesto, el médico se limita a no evitar la

miento doloso: «En los delitos dolosos el procedimiento es análogo: si el resultado producido es uno de los que la norma quería evitar, el autor responderá por delito consumado»; en la misma línea, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general I*, 4.ª ed., 1994, pp. 345, 346, 347 y 348, establece que «el resultado ha de aparecer como realización de la conducta prohibida por la norma» y, también, que ha ser uno «de aquellos cuya producción trate de evitar la norma», sin embargo no considera necesario que fuera objetivamente previsible por estimar que ello produciría una restricción excesiva del ámbito del tipo; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 1993, pp. 215 y 216; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal, Parte Especial, Delitos patrimoniales y económicos*, pp. 271 y 272.

(10) En este sentido, BURGSTALLER, «Erfolgszurechnung bei nachträglichen Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst», *Jescheck-FS*, 1985, pp. 364 y 365; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalem Straftatsystem*, 1981, p. 347; OTTO, *Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht*, JuS 1974, p. 702.

(11) En la sentencia dictada por el OLG Celle NJW 1958, 271, se juzga el supuesto en el que A choca con su coche, por descuido, contra un árbol y su acompañante se fractura el muslo izquierdo. En el hospital, muere a consecuencia de una sepsis (intoxicación de la sangre), la cual se debe a un descuido médico. El Tribunal condena al conductor del automóvil por homicidio imprudente, y argumenta diciendo que «sólo un fallo médico grave haría decaer la responsabilidad penal porque dicha clase de errores, dado el estado actual de formación de los médicos y en circunstancias normales, no caen dentro del marco de la experiencia normal conocida por el autor, sino fuera de lo que cabe esperar como curso acostumbrado de los acontecimientos. Por el contrario, debe contarse con una imprudencia médica leve o de gravedad media, dada la imperfección de la capacidad humana para conocer y actuar; las consecuencias que estos últimos fallos conllevan pertenecen al curso normal de los acontecimientos».

posterior realización del riesgo creado antijurídicamente por el primer autor, siendo este riesgo el que se realiza finalmente en el resultado (12). Una tercera dirección doctrinal, sin embargo, hará depender la atribución del resultado al primer agente en función de que se realice en el mismo el modelo de peligro (*Modellgefahr*) vinculado al riesgo típico, independientemente de la gravedad de la imprudencia médica; excluyéndose la imputación cuando el comportamiento defectuoso del médico, por ejemplo, un fallo de anestesia, quede fuera del riesgo típico de lesión. El *Modellgefahr* viene constituido por el conjunto de condiciones que, según la experiencia, conducen o pueden conducir a la lesión, desde un punto de vista *ex ante*. Para la imputación objetiva del resultado bastará con que éste constituya la realización del *Modellgefahr*, desde una perspectiva *ex post* (13). Finalmente, hay quien considera que el criterio más adecuado en estos casos consiste en determinar si el comportamiento médico desplaza el peligro creado por el primer agente o, si simplemente, no evita su realización. Y, en este sentido, si la víctima no muere por la lesión primera, sino porque el médico con su conducta imprudente (grave o leve) ha sustituido o desplazado el riesgo original por otro, que permanece en su ámbito de responsabilidad, no se podrá imputar el resultado de muerte al que actuó en primer lugar (14).

En relación a la tesis que pretende excluir la imputación al primer agente en caso de grave imprudencia médica, considero oportuno destacar que la gravedad de la imprudencia sirve para determinar el grado de injusto que realiza la conducta del médico, pero no parece correcto como criterio para imputar el resultado al que actuó primero, porque estaríamos haciendo depender la responsabilidad del primero de la gravedad del injusto del médico (15). Por otra parte, que la imprudencia del que interviene con posterioridad sea o no grave no es suficiente para excluir o afirmar la imputación del resultado, pues siempre habrá que comprobar si el riesgo creado con la conducta

(12) RUDOLPHI, en: «Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber», *Systematischer Kommentar*, Preámbulo § 1, núm. 73 y 74; pp. 39 y 40.

(13) En este sentido, JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 92 y 96.

(14) Así, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 442; también ROXIN, *StrR, AT*, § 11, núm. 109 y 110, p. 258, aunque aproximándose a la concepción que pretende excluir la imputación del primer agente en caso de grave imprudencia médica.

(15) En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 330, insistiendo además en la necesidad de constatar el efecto real que ambas conductas han ejercido sobre el resultado final; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, pp. 536 y 543, establece que «la cualidad de la conducta de víctima o de terceros no tiene ninguna relevancia respecto de la conducta del autor. Respecto a ésta sólo podrán incidir aquellos aspectos objetivos que afecten al riesgo por éste creado,...»; cfr. también MAIWALD, *Zurechnungsprobleme im Rahmen der erfolgsqualifizierter Delikte*, JuS 1984, Heft 6, pp. 444 y 445.

inicial es el que efectivamente se ha realizado en el resultado o no, y ello, con independencia de lo grave que resulte la conducta del que interviene con posterioridad.

Tampoco la aplicación en este ámbito del principio de confianza se ve exenta de críticas. En este sentido, como ha puesto de manifiesto *Puppe* (16), el principio de confianza sirve sólo para delimitar el ámbito del deber de cuidado que a cada uno le concierne; no exigiéndose a una persona controlar las posibles infracciones de dicho deber que realicen otras, aunque no puedan descartarse. Siendo éste el ámbito en el que opera, no puede extenderse a las consecuencias de una conducta antijurídica. En efecto, el que dolosamente pone en marcha un proceso causal que lleva a un resultado lesivo, no puede confiar en que terceras personas intervendrán *correctamente* en el proceso, excluyendo la imputación en el caso contrario (intervención imprudente); como tampoco confiar en la actuación contraria a deber de terceros fundamentará la imputación objetiva, por ejemplo, la simple esperanza de que si no muere instantáneamente de la puñalada, lo hará en accidente que pueda sufrir la ambulancia que lo traslada al hospital.

Algunas consideraciones merece también la postura de *Rudolphi* que partiendo del principio de confianza, siempre que en el caso concreto no concurren indicios que hagan contar con comportamientos antijurídicos de la víctima o de terceros, distingue, acto seguido, si la intervención posterior consiste en una acción u omisión, para excluir la imputación en el primer caso, y no así en el segundo. No queda muy claro por qué si efectivamente cabe esperar que el médico actúe correctamente, se imputa al primer agente el resultado cuando el médico, contrariamente a su deber, decide no atender a la víctima, y se niega cuando, también de forma incorrecta, interviene activamente (17). Veremos, sin embargo, más adelante que prescindiendo del principio de confianza, el distinto tratamiento que propone *Rudolphi* en caso de acción y de omisión puede ser utilizado en estos casos para decidir sobre la imputación del resultado. Precisamente esta línea siguen los autores que, pese a partir de distintos criterios, en caso de ausencia de tratamiento médico o insuficiencia del mismo, terminan por imputar el resultado de muerte al primer agente (18).

(16) PUPPE, *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, ZStW 99, 1987, Heft 4, pp. 611 y 612. Críticamente también, SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, p. 719; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 544.

(17) En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 334, señala que el principio de confianza sólo nos dice que un sujeto puede confiar en que los demás se comporten conforme a derecho, y tan contrario a la norma puede ser un actuar indebido como una omisión de la conducta debida.

(18) Así, RUDOLPHI, *SK, preámbulo § 1, núm. 74*, p. 40; FRISCH, *Verhalten*, p. 442; en España, SILVA SÁNCHEZ, «Preterintencionalidad y otras cuestiones», en

B) En la dogmática española, *Martínez Escamilla*, intenta, prescindiendo ya del principio de confianza y de la gravedad de la imprudencia, encontrar en la imprevisibilidad de la conducta del tercero un criterio válido para excluir la imputación del primer agente. Según su tesis, «el primer autor no responderá nunca por consumación cuando el segundo factor causal determinante del resultado consista en el comportamiento doloso o imprudente de un tercero, *ex ante* imprevisible, y ello con independencia de si ésta constituye una imprudencia simple o temeraria» (19). Para fundamentar dicha tesis acude al fin de protección de la norma y viene a decir que aunque la conducta del primer agente ha generado dos riesgos, que el herido muera a consecuencia de las lesiones iniciales, y el riesgo de intervenciones médicas imprudentes, y sea este último el que se haya realizado en el resultado, no formaba parte de los riesgos que la norma de diligencia infringida pretendía reducir o evitar (20). Por vía de ejemplo establece que «si afirmamos que el conducir a 100 km/h., con el pavimento mojado, está prohibido no sólo por los riesgos directos que conlleva para la vida e integridad de las personas, sino además por la posibilidad de determinar *causalmente* (sin necesidad de previsibilidad objetiva) la intervención errónea de un tercero (ejemplo, un médico) y que, por tanto, hay que castigar (o castigar más duramente en el caso de comportamiento inicial doloso) al primer infractor de la norma cuando esa tercera persona de forma *ex ante* imprevisible para el conductor cause la muerte del paciente, entonces estaríamos castigando a un sujeto porque otro ha creado un riesgo que el primero no tiene posibilidades de evitar» (21).

Parece que es precisamente la imprevisibilidad *ex ante* lo que permite a la autora afirmar que el riesgo de intervenciones médicas imprudentes, que efectivamente se realiza en el resultado, no es el que la norma pretendía evitar, cayendo, por tanto, fuera del ámbito de protección de la norma todos aquellos riesgos que no son previsibles objetivamente (22). Pero aun partiendo de que al establecer el juicio de imputación objetiva hay que atender al fin de protección de la norma, habrá que encontrar un criterio que nos permita determinar si en el caso concreto se debe excluir la imputación del resultado por intervención posterior de tercero. La imprevisibilidad de la

Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, Barcelona, 1992, p. 64, se muestra también partidario de que este tipo de omisiones no interrumpen la imputación objetiva.

(19) MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 333.

(20) MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 338.

(21) Así, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 339.

(22) Entendiendo que al hablar de previsibilidad objetiva estamos expresando un consenso de lo que es imprevisible según la experiencia general. En esta línea, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 536, propone una limitación normativa al concepto de previsibilidad.

conducta del tercero es un posible criterio, pero no creo que sea siempre el más adecuado, ni el único, para solucionar estos casos, por lo menos en los términos en que se acostumbra a plantear: *imprevisibilidad*-exclusión de la imputación, *previsibilidad*-no exclusión. Sin descartar el tema de la imprevisibilidad de la conducta del tercero, a continuación pasaré a exponer en qué términos considero acertado su mantenimiento, y qué nuevos elementos deben ser tenidos en consideración para llegar a un criterio válido para los supuestos que estamos analizando.

4. A nuestro juicio, en estas constelaciones de **casos de intervención de terceros en el curso causal iniciado por otra persona** y centrándonos en la responsabilidad de esta última, la exigencia de imputación objetiva del resultado a una conducta del sujeto nos permite considerar válido lo siguiente (23): el primer agente no responderá por el resultado consumado cuando el comportamiento del tercero, imprevisible *ex ante*, consista en una acción que introduce un riesgo nuevo que, concretándose en el resultado, sustituya al riesgo inicial, con independencia de que, desde el plano jurídico-penal, la creación de este nuevo riesgo se considere o no imprudente (24). Por contra, se imputará el resultado al primer agente si la intervención del tercero, o su falta de intervención, no evita que el riesgo creado en primer lugar se realice en el resultado, ya sea previsible o imprevisible *ex ante* (25). Considero importante destacar aquí que la infracción de un deber de salvaguarda no puede interrumpir la imputación objetiva del resultado típico respecto a la conducta del primer agente. En cambio, la infracción de un deber de no injerencia activa o de un deber de control de una fuente de peligro propia podrá interrumpir la imputación objetiva, cuando sustituya completamente al riesgo inicial, realizándose en el resultado. Pero no podrá interrumpirla cuando la misma no se proyecte en el resultado típico —tentativa por parte del interviniente posterior—, o, pese a proyectarse en el resultado, no impida que el riesgo inicial también se realice en el resultado típico, respondiendo por el resultado tanto el agente inicial como el interviniente posterior.

Por consiguiente, si pensamos en el médico como la persona que interviene con posterioridad a la actuación del primer agente, habrá que distinguir según su conducta consista en un hacer activo o en una omisión: en el primer caso (acción), si la conducta activa del médico introduce un nuevo riesgo, dejándose, por ejemplo, olvidados los algodones que utilizó durante la operación, determinándose con

(23) En la línea de las conversaciones mantenidas con mi maestro, SANTIAGO MIR, y con FRANCISCO BALDÓ.

(24) Por ejemplo, utilización por parte del cirujano de un bisturí que no ha sido debidamente desinfectado, provocando así una infección, que determina la muerte del paciente.

(25) Por ejemplo, la omisión de tratamiento derivada de un error de diagnóstico que determina la no salvación de la víctima.

ello la muerte del paciente, tendremos que excluir la imputación objetiva respecto al primer interviniente; en cambio, si entendemos que el médico lleva a cabo una conducta activa que no introduce un nuevo riesgo porque, por ejemplo, la operación se realiza conforme a la *lex artis* pero, desafortunadamente, no se consigue salvar al paciente, imputaremos el resultado de muerte al que actuó en primer lugar. Efectivamente, la actuación positiva del médico no es suficiente para hablar de creación de un nuevo riesgo, actuación que puede ser considerada como de disminución del riesgo existente.

La cuestión varía cuando nos hallamos ante una omisión por parte del médico, derivada de un error de diagnóstico o de la simple infracción de un deber de salvaguarda, pues al no introducirse un nuevo riesgo, ya sea la conducta del médico previsible o imprevisible, deberemos afirmar la imputación objetiva respecto al primer causante, independientemente de la posibilidad de hacer responder también al médico por el resultado en comisión por omisión, siempre que concurren los presupuestos para ello.

5. Volviendo a la sentencia objeto de este comentario, y siguiendo el criterio propuesto para determinar en qué casos la intervención posterior de terceros puede llegar a interrumpir la imputación del resultado al primer agente, vamos a analizar ahora la **actuación de los dos equipos médicos, tanto desde el punto de vista de la acción como de la omisión.**

Del relato fáctico se desprende que de las heridas producidas por el apuñalamiento se derivan varios riesgos, entre otros, el riesgo de morir instantáneamente (previsible objetivamente), que no se realiza; el riesgo de morir de camino al hospital (también previsible objetivamente, si descartamos por ahora un posible accidente de la ambulancia), que tampoco se produce; y, finalmente, el riesgo de morir en el hospital. Este último es el que se realiza en el resultado. Pero a la pregunta de si con la intervención de los médicos en el hospital se introduce algún riesgo nuevo, debemos responder negativamente, pues de las dos perforaciones que padecía Antonio consecuencia del apuñalamiento, «le fue suturada la perforación del colon transverso y del mesocolon, pero no así la del yeyuno, al no haber sido observada por el cirujano». Y respecto a la segunda intervención quirúrgica, realizada de urgencias, «tampoco se suturó ni taponó la perforación del yeyuno al no ser observada por este segundo equipo médico la cual había desencadenado una peritonitis y la diseminación general de gérmenes que provocó un shock séptico, a consecuencia del cual, unido a un shock hipovolémico, falleció Antonio ese mismo día». Como podemos apreciar, se trata de un error de diagnóstico del que se deriva un tratamiento incompleto, por lo tanto, incorrecto. La no suturación de la perforación del yeyuno constituye una omisión, y como tal no introduce un nuevo riesgo, sino que se limita a no evitar que el riesgo de muerte inherente a una perforación de este

tipo, se realice efectivamente en el resultado. Todo ello nos permite afirmar que la **intervención** de los dos equipos **médicos no interrumpe la imputación objetiva** del resultado típico a la conducta del primer agente (Joaquín).

De lo expuesto hasta el momento advertimos que la intervención de los médicos se compone, por una parte, de un hacer activo, y por otra, de una omisión. Sin embargo, tal como hemos señalado anteriormente, partimos de que no toda conducta activa introduce un nuevo riesgo, aunque la misma contribuya efectivamente a configurar el resultado final. Si la conducta activa es de disminución del riesgo y, por consiguiente, no crea un nuevo riesgo, no podremos desvalorar dicha actuación (26). En todo caso, lo que se podrá analizar es si se ha hecho o no lo suficiente, valorando, tal como haremos más adelante, si existe alguna omisión imputable jurídicamente. En nuestro caso, aunque en el plano naturalístico admitamos que la conducta de los médicos contribuye activamente a la concreta forma de muerte, en el ámbito de la imputación esa actuación es de disminución del riesgo, nos hallamos así ante una acción en sentido naturalístico, pero no imputable jurídicamente. Siendo así, queda descartada de antemano la posibilidad de calificar el hecho como delito de acción. El mal llamado criterio de la causalidad (27), que utiliza la doctrina dominante en principio para decidir si concurre un delito de acción o de omisión, no es de aplicación aquí: no llega a plantearse la alternativa entre acción y omisión porque la acción no es jurídico-penalmente relevante.

A continuación debemos preguntarnos si la conducta de la propia víctima, Antonio, de solicitar voluntariamente el alta, «marchándose así del hospital, pese a la herida quirúrgica de veinte centímetros de longitud consecuencia de la operación» puede excluir la responsabilidad de Joaquín respecto a la muerte (28). Aunque la sentencia no

(26) Cfr. MIR PUIG, PG, p. 245, para quien la conducta cocausante del resultado disminuye el riesgo cuando tiene el sentido de evitar otro riesgo *en un mismo bien jurídico*, no creando un nuevo riesgo que permita la imputación objetiva.

(27) Decimos «mal llamado» porque como se advierte en nuestro caso, no basta la causalidad de una acción para que ésta sea típicamente relevante. La necesidad de elegir entre acción y omisión presupone no sólo la causalidad sino también la posible calificación de la acción como delito: presupone que existe un verdadero concurso de leyes entre un delito de acción y de omisión. Es cierto, entonces, que este concurso ha de resolverse en principio en favor del delito de acción. Más ampliamente sobre esto, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión, concepto y sistema*, 1986, pp. 191 y ss.

(28) En sentido negativo se manifiesta, FRISCH, *Verhalten*, p. 452; ROXIN, *StrR AT*, § 11, n. 111, p. 258, en cambio, entiende que el resultado cae dentro del ámbito de responsabilidad de la víctima (no imputándose así al primer lesionado), si la realización del mismo se basa en una grave conducta imprudente del lesionado, por ejemplo, no acude al médico a pesar de los síntomas. A la misma solución llega BURGSTALLER, *Jescheck-FS*, pp. 364, 365, argumentando que tanto desde el punto de vista de la prevención general como de la especial, no se hace necesario imputar el resultado al primer agente.

alude a esta cuestión, considero obligado realizar algunas consideraciones al respecto. La conducta de la víctima no podrá determinar la interrupción de la imputación objetiva si entendemos que su conducta no supone la introducción de un nuevo riesgo en el proceso causal, sino que, a lo sumo, disminuye las posibilidades de los médicos de detectar la segunda perforación, y con ello, una posible intervención más a tiempo. Sin embargo, parece más correcto afirmar que la víctima introduce activamente un peligro nuevo aunque dicho peligro no constituya un riesgo típico por tratarse de una «autopuesta en peligro» (29) impune, lo cual no prejuzga que este riesgo nuevo se proyecte (total o parcialmente) o no, en el resultado. Si el peligro creado con la conducta de la víctima sustituye totalmente al riesgo inicial, realizándose en el resultado, el resultado típico no podrá imputarse al primer agente. En cambio, si el nuevo riesgo sólo se proyecta en el resultado parcialmente, el que actuó primero responderá por un resultado al que han contribuido tanto él como la propia víctima, aunque a esta última no se le pueda imputar porque su aportación al hecho sea impune.

En nuestro caso no debemos pasar por alto que, tal como se desprende de los hechos probados, la víctima ha muerto a consecuencia de la peritonitis desencadenada por esa segunda perforación no suturada, no pudiéndose descartar que al desarrollo de la peritonitis no haya contribuido también la herida quirúrgica consecuencia de la primera operación, pues también se establece en el relato fáctico que «sobre las 18 horas volvió a ingresar en el mismo Hospital en un estado de shock con sangrado por el drenaje y la herida». Ciertamente, en el campo de la medicina se considera que una herida de este tipo, es susceptible de desarrollar una peritonitis, por ello es que se acostumbra a mantener al paciente en el hospital en observación durante, al menos, una semana. Todo lo dicho nos hace pues suponer que, efectivamente, Antonio contribuyó activamente a la causación de su propia muerte, pero como no hemos podido comprobar que el riesgo creado por éste (marcharse del Hospital pese a la herida de veinte centímetros de longitud) se haya proyectado totalmente en el resultado, desplazando así al riesgo inicial, me inclino a considerar que ambos riesgos se han realizado en el resultado, sin que uno haya sustituido por completo al otro, lo que sería necesario para poder excluir la imputación del resultado en relación al primer agente.

(29) La «autopuesta en peligro» de la propia víctima, que supone la provocación imprudente de una situación de necesidad, no excluye el deber de salvaguarda. Sobre la problemática de los efectos que hay que otorgar a la conducta de la víctima que causa junto con el autor el resultado lesivo, tanto en delitos dolosos como imprudentes, cfr., JOSH JUBERT, «Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas», en: Varios autores, *Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1992.

III

Finalmente y aunque en la sentencia que estamos comentando únicamente haya sido objeto de una breve mención, me parece oportuno entrar a considerar el comportamiento de los dos equipos médicos, para determinar si podría dar lugar a responsabilidad penal. Nos adentramos, así, en el tema de la **responsabilidad médica por imprudencia**.

1. Parece que en los últimos años la **jurisprudencia del TS** se muestra uniforme en cuanto a los criterios a seguir para determinar la responsabilidad penal de los médicos. Así por ejemplo, en las SSTS 5 julio 1989 y 4 septiembre 1991, entre otras, se establece «que el error científico (errores de diagnóstico) no se incrimina salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable; que queda fuera del ámbito penal la falta de extraordinaria pericia o cualificada especialización, sancionándose, sin embargo, cuando la falta de pericia sea de naturaleza extraordinaria o excepcional; que en esta materia no se pueden señalar principios inmutables al no poder realizarse una formulación de generalizaciones; y que el deber de cuidado ha de establecerse primero y medido (sic.) después en función de todas las concurrentes circunstancias».

Por otra parte el TS destaca, también, la especial peligrosidad de la actividad médico-quirúrgica, reconociendo la posibilidad de que el resultado lesivo producido no sea imputable a imprudencia, por producirse de forma imprevisible (30). En efecto, el médico no está obligado a asegurar que el enfermo sane, como algo de su libre disposición, sino a facilitarle con diligencia y plena dedicación todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y la situación actual de los conocimientos en medicina, para cooperar a su restablecimiento.

(30) En este sentido, señala la STS 29 marzo 1988 que «son múltiples las actividades humanas creadoras de riesgo pero indudablemente el ejercicio de la medicina... conlleva un plus especial de exposición y contingente peligrosidad. La práctica de la medicina exige cuidadosa atención a la *lex artis*... *La medicina no forma parte de las ciencias exactas*, intervienen con frecuencia elementos inaprehensibles, se interfieren y sorprenden *riesgos extraños de difícil previsibilidad*, propiciando error de diagnóstico, dentro de tolerables márgenes, que pueden escapar al rigor de la incriminación penal. Otros errores de este tipo, por razón de su quantum —notable dimensión de la equivocación padecida— tornará inexcusable el comportamiento médico, máxime si resulta detectable un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso, la ausencia de normales verificaciones o padecimientos. El reproche viene dado en estos caso no tanto por el yerro del juicio como por la dejación de atenciones o comprobaciones sobre las que aquél ha de asentarse. Se acusa la *omisión de medidas o prevenciones* en relación con el cuadro de exigencias básicas comúnmente aceptadas en el ejercicio y praxis de cualquier especialidad médica» (la cursiva es mía).

2. La **doctrina**, por su parte, exige, para poder hacer responsable a un sujeto de un delito imprudente, además de la infracción del deber de cuidado, que el riesgo creado por dicha infracción se realice en el resultado típico, es decir, que éste entre dentro de la finalidad de protección de la norma infringida (31). Así, para afirmar la imprudencia de un sujeto (del médico) no nos podemos conformar con la mera producción del resultado lesivo y, en este sentido, podemos definir la obligación del médico como una obligación de medios y no de resultado (32). Afirmar la infracción o no del deber de cuidado en función de la gravedad de las consecuencias resultantes supondría abandonar la perspectiva *ex ante*, y aumentar así las exigencias de diligencia en el comportamiento (33).

3. Pero llegados a este punto cabe preguntarse cuándo podemos hablar de **infracción del deber de cuidado** por parte de los médicos y, en particular, qué tratamiento merece el error de diagnóstico. Creo que es preciso advertir aquí que tanto la existencia de un fallo técnico como la infracción de la *lex artis* no determinan necesariamente la infracción del deber objetivo de cuidado (aunque constituyan un indicio), pues no implican en sí mismas una valoración jurídica (34). Será el juez, en todo caso, el que, teniendo en cuenta los hechos, decidirá si en el caso concreto se ha vulnerado dicho deber de cuidado. Me parece acertada la observación que hace *Silva Sánchez* en el sentido de que establecer el límite mínimo de lo imprudente plan-

(31) Cfr. MIR PUIG, PG, pp. 300 y 304; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, pp. 119 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delito imprudente*, pp. 561 ss.; acerca de los criterios de concreción del deber objetivo de cuidado, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, pp. 48 y ss.; sobre el concepto de infracción objetiva del cuidado y sobre la determinación del deber objetivo de cuidado del médico, extensamente, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal I. La actividad curativa*, 1981, pp. 212 y ss, 242 y ss.; el mismo, *El médico ante el Derecho*, 1990, pp. 64 y ss.

(32) Así, SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista», *Derecho y Salud*, julio-diciembre 1994, p. 60; en la misma línea, TORIO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1986, p. 40, establece que el médico ha de determinar un peligro más intensivo que el pertinente según la *lex artis* para que pueda serle imputado el resultado típico.

(33) Así, KUHLEN, «Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral», *Recht und Moral*, 1991, pp. 356 y ss.

(34) Así, ROMEO CASABONA, *El médico*, pp. 233 y ss., para quien el fallo técnico en Medicina supone «un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de actuación del médico», y que, por tanto, se trata de la «comprobación puramente fáctica de que un determinado caso médico no es correcto desde el punto de vista médico», mientras que define la *lex artis* como la técnica médico-quirúrgica que se ha de estimar válida, esto es, «aquella que, siendo reconocida mayoritariamente o minoritariamente, se muestre eficaz para la situación concreta y, dado el caso, para un gran número de situaciones semejantes o típicas»; en el mismo sentido, JORGE BARREIRO, *La imprudencia*, pp. 44 y ss.

tea problemas por tratarse de una decisión valorativa, y no cuantitativa (35). También en términos valorativos, señala la STS 22 abril 1988 que «en las operaciones efectuadas “a vida o muerte”, es decir, en aquellas motivadas por dolencias agudas o por graves heridas y traumatismos, podrá ser disculpable no sólo la falta de éxito de una intervención que constituye remedio postrero y urgente, sino la no adopción de muchas de las cautelas que se toman en una operación que no urge».

En cuanto al **error de diagnóstico**, la jurisprudencia del TS se muestra partidaria de no considerarlo suficiente para afirmar la imprudencia médica punible, entendiendo que «lo que se incrimina y da origen a la responsabilidad criminal médica no son errores de diagnóstico, ni aun falta de extraordinaria pericia en el desempeño de las actividades quirúrgicas, al no ser exigible en éste ni en ningún aspecto de la vida social la infalibilidad, sino que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias y medios» (36). Tampoco en la doctrina se admite que el error de diagnóstico («error o fallo técnico») pueda por sí solo conducir a la responsabilidad penal del médico (37), haciéndose responsable al médico únicamente por errores vencibles en el diagnóstico (38). Como

(35) Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aspectos*, pp. 60 y 61, establece que una vez determinado el índice cuantitativo de peligrosidad de la conducta, «a continuación se necesita una decisión valorativa, cultural, en virtud de la cual afirmamos que la relevancia penal de la conducta comienza con una peligrosidad X, esto es, que un sujeto comienza a comportarse descuidadamente cuando percibe o debía percibir una tal peligrosidad X».

(36) Cfr., entre otras, las STS de 8 junio 1981, 17 julio 1982, 27 mayo 1988, 5 julio 1989, 12 marzo 1990, 4 septiembre 1991, 8 noviembre 1991, 13 noviembre 1992, 21 abril 1992.

(37) En esta línea, SILVA SÁNCHEZ, *Aspectos*, p. 62, señala que «no puede ser hecho responsable el médico por un diagnóstico *fallido*, esto es, por un mero “resultado” de error, por muy grave que este resultado sea. Por contra, el análisis ha de centrarse en la conducta, que debe ser valorada para dilucidar si ha de conducir a responsabilidad o no»; y se acoge a la doctrina que hace responsable al médico por error vencible en el diagnóstico, sin desconocer que la actividad médica es de por sí un «campo especialmente abonado para errores invencibles»; en el mismo sentido, ROMEO CASABONA, *El médico*, pp. 235, 254 y ss., considera que el tema del diagnóstico es una materia compleja, conjetural, que comporta riesgo de error, por lo que si el médico ha utilizado todos los medios de exploración y análisis a su alcance para eliminar la inseguridad en el diagnóstico y, pese a ello, se demuestra posteriormente que emitió un juicio equivocado, no se le podrá hacer responder penalmente, como el propio autor dice: «la existencia de un fallo técnico no tiene otro valor que el de constituir un *indicio* (siempre que se acompañe de un resultado perjudicial para el paciente), que nos lleva a la comprobación subsiguiente de si se produjo la infracción del cuidado objetivamente debido»; el mismo, *El médico ante el Derecho*, pp. 73 y ss.

(38) Cfr., CRAMER, en *Shönke/Schröder. StGB Kommentar*, 1991 § 15, n. 219, p. 279.

supuesto de error vencible podríamos pensar, por ejemplo, en una falta de atención del médico a la hora de leer una radiografía, o en la adopción de un determinado tratamiento sin haber visto ni examinado previamente al paciente.

4. Anteriormente hemos establecido que, a nuestro juicio, aunque los médicos contribuyeron activamente a la concreta configuración del resultado de muerte, dicha contribución queda configurada en el ámbito de imputación como de disminución del riesgo, excluyéndose por tanto la imputación objetiva. Pero queda todavía en pie la cuestión de una posible responsabilidad médica por vía omisiva, en relación a lo que no se llegó a hacer. Para poder determinar si nos hallamos ante un supuesto de **comisión por omisión imprudente** debemos, en primer lugar, comprobar si ambos médicos estaban en posición de garante, en segundo lugar, que efectivamente hubieran podido evitar el resultado de haber realizado la acción indicada (39) y, por último, que dicha omisión puede ser imputada a título de imprudencia. Tanto el médico que interviene en primer lugar, como el que realiza la segunda operación de urgencias, asumen voluntariamente el compromiso de atender al paciente, víctima de una agresión. Siguiendo en este punto a la doctrina dominante que exige para afirmar la posición de garante del médico que éste haya asumido efectivamente el tratamiento del paciente, podemos afirmar que ambos médicos se sitúan en posición de garante, no por su mera condición profesional, sino por haber adquirido el «compromiso» específico de llevar a cabo una intervención quirúrgica (40).

Una vez hayamos establecido cuál era la acción indicada (omitida), tendremos que comprobar, tal como hace la doctrina mayori-

(39) Tal como señala MIR PUIG, P. G., p. 347, en los delitos de comisión por omisión, para que sea posible la imputación objetiva del resultado producido basta con que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante. En contra de la doctrina mayoritaria, JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo* (traducción de ENRIQUE PEÑARANDA), Colombia, 1994, pp. 18 y 19, que considera que no se puede establecer una distinción entre acción y omisión en el sentido de exigir para esta última una posición de garante. Para él, «todo titular de un círculo de organización es garante de la evitación de un output que exceda del riesgo permitido», independientemente de que se trate de un delito de acción o de omisión.

(40) En este sentido, afirma SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión», *CPC*, 1989, p. 356, que la realización típica en comisión por omisión exige «que el sujeto, eventualmente en una posición de responsabilidad agravada, haya adoptado el *compromiso específico y efectivo* de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados» y añade que el «compromiso material» se adquiere mediante la *realización de actos inequívocos de contención* del riesgo o riesgos de que se trate, sin venir impuesto desde fuera (con cursiva en el original); el mismo, *Derecho y Salud*, p. 960. Cfr., recientemente, las posiciones que en materia de omisión sostiene, BALDÓ LAVILLA, *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, 1994, pp. 170-190, 247-260 y 362.

taria (41), si de haberse realizado, hubiera podido evitarse el resultado al menos con una «probabilidad rayana en la seguridad». De no ser así, no podremos imputar el resultado. Nos apartamos, por consiguiente, de la tesis del incremento del riesgo, para la cual basta con que la realización de la acción indicada hubiera supuesto, con seguridad, un incremento de las posibilidades de evitación del resultado (42).

Admitiendo que la cuestión acerca de si se actuó o no conforme a la *lex artis* no se puede plantear en abstracto, es decir, sin atender a las circunstancias concretas del caso (43), podemos establecer que, ante un supuesto de apuñalamiento, la acción o tratamiento *ex ante* adecuado consiste en la realización de una «laparotomía exploratoria», es decir, abrir al paciente y examinar todos los órganos que pueden haber sido afectados por la puñalada. En principio, con una correcta exploración se podría haber detectado no sólo la perforación del colon transverso y del mesocolon, sino también la del yeyuno, que habría sido suturada del mismo modo. Sin embargo, aun admitiendo que dicha suturación hubiera evitado, con una «probabilidad rayana en la en la seguridad» el resultado de muerte, no podemos dejar de preguntarnos si el hecho de no detectar la perforación es suficiente para afirmar la imprudencia del médico. En la línea de lo apuntado anteriormente respecto al error en el diagnóstico, me adhiero a la tesis que hace responsable al médico únicamente en el supuesto de error vencible. Esta solución es la que resulta más razonable desde una postura que pretende valorar la actuación médica desde el análisis de la conducta *ex ante*, y no partiendo de los graves resultados que conlleva un fallo en el diagnóstico (44).

En orden a determinar la responsabilidad de ambos médicos, también deberá tenerse en cuenta: por una parte, que el fallo en el diagnóstico del primer cirujano podría haber sido subsanado si el paciente, Antonio, hubiera permanecido en el hospital durante el tiempo señalado para estos casos; por otra, que el hecho de que aquél le permitiera marchar del hospital no puede considerarse una omisión

(41) Cfr. por todos, MIR PUIG, P. G., pp. 345-347, que considera que para que el resultado constituya realización del riesgo no disminuido (necesario para la imputación objetiva), se tendrá que poder comprobar *ex post* que el mismo se habría evitado (al menos con práctica seguridad) con la intervención omitida.

(42) El TS parece, sin embargo, acogerse a la teoría del incremento del riesgo en algunas sentencias, por ejemplo, en la de 5 julio 1989 afirma al analizar la relación de causalidad que «dentro del mundo de las probabilidades no puede de ninguna manera descartarse el éxito de una intervención a tiempo»; y, en la de 5 diciembre 1989 establece que «el retraso en la adopción de las cautelas encerraba *ex ante* el aumento notable del riesgo para la vida del paciente...».

(43) Cfr. CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, Kommentar, 1991, 24 ed., § 15, n. 219, p. 279.

(44) En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Derecho y Salud*, p. 61.

médica por ser el propio Antonio el que solicitara el alta voluntaria; y, por último, respecto al cirujano que intervino en la segunda operación, habrá que valorar el estado en que se hallaba Antonio al entrar de urgencias, puesto que a mayor gravedad y urgencia de la situación mayor es también el margen de error, y menor la posibilidad de adoptar medidas para evitarlo.

IV

En la sentencia, a propósito de la cual realizamos el presente comentario, el Tribunal Supremo ha tenido que ocuparse de la compleja cuestión que plantea la intervención de terceras personas en el curso causal iniciado por otra.

El Tribunal llega a la convicción de que Joaquín debe ser hecho responsable de la muerte de Antonio basándose por un lado, en que «existió ánimo de causar la muerte» y, por otro, en que «el nexo causal no puede quebrar por la actuación más o menos negligente de terceras personas». A pesar de considerar correcta la solución del Tribunal de no excluir la responsabilidad de Joaquín por delito de homicidio doloso consumado, me dispongo a hacer algunas observaciones a la sentencia en atención a las consideraciones efectuadas anteriormente.

En primer lugar, el tema de la intervención posterior de terceras personas no se puede resolver en el terreno de la causalidad, sino que debe plantearse como un problema de interrupción de la imputación objetiva. La sentencia del Tribunal acierta al establecer que el nexo causal no se interrumpe por la actuación de terceras personas. Pero no acaba de separar de forma clara el ámbito de la causalidad del de la imputación objetiva, puesto que al fundamentar dicha afirmación introduce, como ya hemos visto anteriormente, consideraciones de tipo normativo: «pues de haberse comportado éstas (terceras personas) debidamente y con ello haber salvado la vida del paciente, esa circunstancia no podría haber cambiado la calificación jurídica de homicidio, a simples lesiones, sino únicamente haber evitado la consumación del delito, transformando únicamente su grado comisivo».

En segundo lugar, resulta también criticable que no se examine el problema de la imputación objetiva del resultado, conformándose el Tribunal para hacer responsable a Joaquín de la muerte de Antonio con el resultado de muerte, la intención de matar (hechos probados) y con la relación causal que considera que no puede ser interrumpida por la actuación de terceras personas; sin detenerse a comprobar si el riesgo creado con la conducta de Joaquín es el que, efectivamente, se realiza en el resultado.

En tercer lugar, el Tribunal hace referencia a la existencia de unas imprudencias o descuidos médicos, aunque sólo para afirmar que los mismos no evitaron la existencia de la relación de causalidad entre la conducta de Joaquín y el resultado de muerte de Antonio, sin entrar a examinar en qué consistieron esas imprudencias y qué proyección pudieron tener en el resultado final. Tal como se ha visto anteriormente, el tema de la intervención posterior de los médicos plantea dos tipos de problemas: por una parte, la repercusión de su conducta en la imputación del resultado típico a Joaquín, que, como ya hemos dicho, no interrumpe la imputación objetiva por no introducir de forma imprevisible un nuevo riesgo que se realice en el resultado; por otra, el análisis de la actuación de los médicos en orden a establecer sus propia responsabilidad. Con todo, más criticable me resulta que no se mencione en la sentencia si la conducta de la propia víctima ha contribuido o no a causar el resultado. Tal como ya hemos dicho, podemos suponer que así ha sido, por la gravedad de la herida y la precipitada marcha del Hospital, aunque consideremos que el riesgo (atípico) introducido por la víctima no sustituye por completo el riesgo inicial, realizándose ambos en el resultado de final.

La solución del caso pasaría, pues, por hacer responsable a Joaquín de la muerte de Antonio y no de un simple homicidio frustrado, por entender que ni la intervención de la propia víctima, ni la de los médicos, consiguen interrumpir la imputación objetiva del resultado típico del primer agente.

ALGUNAS FORMAS DE INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO PENAL

(A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo
de 16 de marzo de 1994, núm. 666/1994 sobre la
Sentencia de la AP de Ciudad Real de 29-12-92)

DR. ADÁN NIETO MARTÍN

Universidad de Castilla-La Mancha

Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho sancionador de los Estados miembros están siendo desde hace ya algún tiempo objeto de una creciente atención por parte de la doctrina penal. Hecho, que lejos de constituir un pasatiempo para eruditos, está enteramente justificado por la complejidad que presenta el entramado de relaciones entre ambos derechos y sus importantes consecuencias prácticas. Normalmente, en los trabajos que versan sobre esta materia, se comienza afirmando que la Comunidad europea no posee competencias penales. Esta aseveración, sin embargo, debe ser objeto de importantes matizaciones, pues sólo es cierta en cuanto se identifique, de manera estricta, el ejercicio del *ius puniendi* con la posibilidad de imponer sanciones penales y tipificar delitos. Sin embargo, si entendemos el «derecho a punir» de un modo más amplio, tendremos que convenir en que la Comunidad también tiene una serie de competencias en este sector (1). En primer lugar, el Derecho comunitario cuenta con una serie de sanciones pertenecientes al denominado «derecho penal en sentido amplio» destinadas a reprimir las prácticas restrictivas de la competencia (arts. 85 y 86 del TCE) y otra serie de ilícitos previstos en el TCECA, siendo la mayoría de los autores que se han ocupado

(1) En este sentido CUERDA RIEZU, «¿Ostentas *ius puniendi* las Comunidades Europeas?», en *Hacia un Derecho penal europeo*, Ponencia presentada en las Jornadas de Homenaje a Klaus Tiedemann en la Universidad Autónoma de Madrid, en octubre de 1992.

de este tema de la opinión que varios preceptos del TCE confieren la capacidad para crear nuevas sanciones. Por otro lado, desde los últimos años de la década pasada, las autoridades comunitarias están sumamente interesadas en encontrar los cauces jurídicos oportunos para obligar al legislador nacional a que proteja convenientemente una serie de intereses comunitarios —esencialmente el Erario público europeo— o una serie de bienes jurídicos que la Comunidad considera imprescindibles para la consecución de alguno de sus fines, como es, por ejemplo, el correcto funcionamiento de los mercados de valores. En este sentido, pueden resaltarse respectivamente el art. 209A del TUE y las Directivas sobre «insider trading» y «blanqueo de dinero».

En segundo término, la influencia del Derecho comunitario sobre el penal nacional no se ejerce sólo a través de una serie de normas, como son las directivas o los preceptos de los Tratados, que constriñen al legislador nacional a promulgar tipos sancionadores, sino que las relaciones entre ambos órdenes han tenido lugar tradicionalmente en el momento de la aplicación del Derecho penal estatal por parte del juez. Este segundo tipo de efectos son esencialmente negativos, en el sentido que propician con frecuencia sentencias absolutorias, por una serie de razones que después se expondrán (2). La sentencia objeto de este comentario se sitúa precisamente dentro de este segundo bloque de cuestiones. Veámos de que se trata.

Ante la escasez de uva tinta en la región vinícola de Valdepeñas durante la vendimia de 1989, el Consejo Regulador de origen «Valdepeñas», adoptó un acuerdo según el cual se autorizaba la entrada de tres millones de uva tinta cencibel procedentes de zonas limítrofes a la zona de denominación de origen «Valdepeñas». En el transcurso del debate que precedió a la adopción del acuerdo, tanto el Secretario del Consejo, como otros miembros del mismo, que después no intervinieron en la votación, advirtieron de su ilegalidad a los consejeros que suscribieron el acuerdo. En especial, la resolución adoptada contravenía al art. 25.2 del Reglamento de la Denominación de Origen Valdepeñas en el que se señala que «En las bodegas inscritas en los Registros que figuran en el art. 16, no podrán introducirse más que uva procedente de las viñas inscritas y mosto o vino procedente de otras bodegas inscritas». Según declara probado la sentencia del Tribunal de instancia, los miembros del Consejo adoptaron el acuerdo «en una atmósfera de ansiedad y alarma extremas, en cuanto todos los vocales conocen que la paz en el sector pende de una Resolución autorizatoria de la entrada de uva. Es en este conflicto entre prohibición reglamentaria, de una parte, y la solución socialmente aceptada pero conocidamente contraria a Derecho, de otra, en la que ha de guardarse la responsabilidad de los Acusados». La Audiencia Provincial de Ciudad Real condenó a los acusados por un delito de prevaricación —art. 358 del CP— a la pena de tres años de suspensión.

Entre otras cuestiones debatidas, como el carácter de funcionarios públicos de los acusados, que aquí no interesan, la sentencia de la Audiencia

(2) Un magnífico resumen de la situación actual de las relaciones del Derecho penal y el comunitario en TIEDEMANN, «El Derecho penal económico en la Comunidad europea» (trad. Nieto Martín), en *Estudios de Derecho penal económico*, Arroyo Zapatero/Tiedemann, Cuenca, 1994, pp. 235 y ss.

pone buen cuidado a la hora de fundamentar la «injusticia» de la resolución. Siguiendo la jurisprudencia del TS señala que: «no existen una total equiparación, a los efectos del art. 358 del CP entre injusticia e ilegalidad... La más reciente jurisprudencia del TS reconoce un concepto de justicia, cuya lesión constituye el delito de prevaricación, más amplio que el de legalidad, y al que se llega valorando la antijuricidad material de la resolución adoptada, de la que no se puede separar por su idoneidad o aptitud, en acto o en potencia, para producir lesividad social, traducida a un trato de favor o a una situación de perjuicio. El reproche que la sanción penal entraña... no se manifiesta ante la mera infracción de la Ley... sino en la consciente aplicación torcida del Derecho, con el subyacente designio, directo o eventual de perjudicar o beneficiar a un tercero». Para la Audiencia provincial, concretando lo anterior, la resolución ilegal adoptada es además injusta no sólo por perjudicar a los productores de uva tinta de la «zona Valdepeñas», sino sobre todo por el daño que una decisión de este tipo causa a los consumidores, cuya tutela también es competencia del Consejo regulador.

Los acusados, y aquí es donde salen a relucir las conexiones entre el Derecho penal y comunitario, intentaron amparar la legalidad de su decisión en el art. 6 del Reglamento 823/1987 del Consejo de la Comunidad, modificado por el Reglamento 2043/1989 (3), en virtud del cual se permite la elaboración de vinos de calidad procedentes de regiones determinadas (v.c.p.r.d.) con productos vitivinícolas de adicción procedentes de otras regiones cuando un Estado miembro así lo autorice expresamente por tratarse «de una práctica tradicional regulada por disposiciones especiales del Estado miembro productor». En su párrafo tercero señala además este precepto que «podrá obtenerse o elaborarse un v.c.p.r.d. en una zona situada en la proximidad inmediata de la región determinada, cuando el Estado miembro correspondiente lo haya autorizado expresamente y bajo determinadas condiciones». Ante esta alegación la Audiencia provincial señala, en primer lugar, que los acusados en ningún momento en las discusiones acerca de la legalidad del acuerdo citaron el mencionado reglamento del Consejo y, en segundo lugar, que aunque así hubiese ocurrido, no existe ninguna contradicción entre la normativa infringida (art. 25.2 del Reglamento de Denominación de Origen) y el Reglamento comunitario, en cuanto que este condiciona la elaboración de vinos con uvas procedentes de otras regiones a una serie de condiciones que en el caso enjuiciado no se dan.

Los acusados recurrieron en casación la sentencia de la Audiencia provincial. El TS, que declara haber lugar al recurso de casación, fundamenta así su decisión: «En el momento de adoptar el acuerdo conocían (*sic* los vocales del Consejo regulador de la denominación de origen Valdepeñas) obrar en contra de las normas vigentes en la materia, si bien, en fechas inmediatamente anteriores una directiva comunitaria europea admitió la po-

(3) Reglamento CEE núm. 283/87 del Consejo, de 16 de marzo de 1987, por el que se establecen disposiciones específicas relativas a los vinos de calidad producidos en regiones determinadas (DOCE L núm. 84 de 27-3-1987, p. 59) y Reglamento CEE núm. 2043/89 del Consejo de 19 de junio de 1989, que modifica el Reglamento núm. 283/87 (DOCE L núm. 201, de 14-7-89, p. 1).

sibilidad de adicción a vinos de calidad producidos en regiones determinadas, de productos vitivinícolas no originarios de esa región siempre que concuerden ciertas condiciones de no exceder de un determinado porcentaje ser adoptada por las autoridades competentes y ser una práctica tradicional. Pero la decisión adoptada por los recurrentes... no llegó a superar en su gravedad a una actividad contraria a las normas pero remediable y sancionable por vía meramente administrativa, no alcanzando a constituir una injusta vulneración incontestable del ordenamiento jurídico».

Si se ha escogido esta sentencia del TS para realizar el presente comentario, no es precisamente por lo cuidado de su argumentación, ya que sin apenas motivación, como se desprende el párrafo transcrito, casa la bien fundamentada sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real. Las razones por las que se ha escogido esta sentencia estriban, de un lado, en que sirve para ejemplificar cómo tiene lugar la influencia, que podemos denominar «negativa», del Derecho comunitario sobre el Derecho penal (I), y, de otro lado, porque el caso sugiere una nueva gama de relaciones entre el orden europeo y el penal, que hasta ahora no han sido objeto de una atención relevante por parte de la doctrina (II).

I. LA INFLUENCIA «NEGATIVA» DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO SANCIONADOR ESTATAL

Para que exista este tipo de influencia es necesario que se den dos condiciones. En primer término, es imprescindible, para poder hablar de contrariedad, que la norma penal nacional afecte al Derecho comunitario, perjudicando la consecución de los fines que pretende conseguir la Comunidad. En segundo término, es preciso que la colisión se produzca con una norma comunitaria dotada de efecto directo, lo que obliga al juez penal nacional, en virtud de la primacía del Derecho comunitario, a no aplicar en el caso en cuestión el Derecho, en este caso penal, nacional (4).

La contrariedad entre ambos derechos puede producirse de varias formas. La más palmaria es una contradicción radical y absoluta entre lo dispuesto en un reglamento, directiva comunitaria o un artículo de los Tratados constitutivos dotados de efecto directo y el tipo penal, al prohibir el Derecho nacional una conducta, que el derecho comunitario considera expresamente permitida. Éste fue por ejemplo el caso que se suscitó en el asunto Manghera, donde se constató la total oposición entre uno de los delitos de contrabando italianos, que protegía el monopolio estatal sobre el tabaco y el art. 37 del TCE que prohíbe los monopolios comerciales (5). Sin embargo, no es usual encontrarse con contradicciones expresas entre el Derecho penal y el Derecho comunitario, lo más frecuentes es que la norma penal sea considerada por el TJCE como contraria al principio de igualdad (art. 7 del TCE) o proporcionalidad comunitario.

(4) Vid. más detalladamente en NIETO MARTÍN, *La protección de la Comunidad europea mediante el Derecho sancionador nacional y comunitario*. Tesis doctoral. Albacete, 1994, pp. 343 y ss.

(5) STJCE de 3-2-1976, Pubblico Ministero/Flavia Manghera, asun. 46/75, Rec. 76, pp. 91 y ss.

La contundente aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal está sirviendo para reforzar el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal nacional, pues se considera violado dicho principio cuando el legislador nacional, teniendo a su alcance medios menos gravosos para tutelar un bien jurídico, recurre el Derecho penal. La exigencia de proporcionalidad suele ser traída a colación cuando se produce una colisión entre una libertad comunitaria —libre circulación de personas, servicios, etc.— y una restricción excesiva a la misma por parte del Derecho estatal. Como es lógico, el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros establezcan restricciones cuando se atienden a razones de orden, seguridad y salud pública, defensa de los consumidores, lucha contra el fraude fiscal, etc., pero exige acudir al medio menos gravoso posible, con el fin de propiciar la máxima expansión de la libertad comunitaria. Como puede apreciarse, esta serie de intereses, que justifican una restricción a una libertad comunitaria, suelen ser protegidos por el Derecho sancionador, penal o administrativo nacional. De ahí lo frecuente de las colisiones entre normas sancionadoras y comunitarias.

El principio de proporcionalidad comunitario sirve también al TJCE para enjuiciar si la pena que se prevé en la norma sancionadora, es proporcional atendiendo al bien jurídico protegido. El mejor ejemplo de este tipo de influencia es el asunto Donckerwolcke (6), en el que el TJCE consideró que las graves sanciones previstas en el Derecho aduanero francés eran desproporcionadas teniendo en cuenta el «carácter puramente administrativo de la infracción». Este principio, en último lugar, ha servido también para apreciar la compatibilidad de un sistema de responsabilidad objetiva con el Derecho comunitario. Como síntesis de esta jurisprudencia, puede decirse que el TJCE permite restricciones al principio de culpabilidad, si las sanciones en juego no son sumamente graves y el interés tutelado es lo suficientemente importante para justificar un sistema de responsabilidad objetiva (7).

Comparado con el principio de proporcionalidad, el principio de igualdad comunitario ha tenido una menor influencia negativa sobre el Derecho sancionador nacional y se ha utilizado sobre todo para declarar contrarios al Derecho comunitario la imposición injustificada de sanciones más graves a ciudadanos de otros Estados miembros que a los nacionales (8).

(6) STJCE de 15-12-1976, Donckerwolcke/Procureur de la République, asun. 41/76, Rec. 76, pp. 1921 y ss.

(7) *Vid.* STJCE de 10-6-1990, Anklagemydigheden c/Hansen Son I/S, asun. C-169/89, Rec. 1990, pp. 2991 y ss., especialmente las conclusiones del Abogado General VAN GREVEN, *ibidem*, pp. 2925 y ss. Sobre la utilización del principio de proporcionalidad por parte del TJCE para declarar la contrariedad de una norma sancionadora estatal *vid.*, GRASSO, *La protección de los Derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y su repercusión en los sistemas penales de los Estados miembros* (trad. García Rivas), en ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN, *Estudios de Derecho penal económico*, *op. cit.*, pp. 308 y ss.

(8) Más ampliamente GRASSO, *La protección...*, *op. cit.*, pp. 309 y ss.

Un buen ejemplo de agravación de la sanción basada únicamente en el hecho de no ser español lo encontramos en el art. 6 de la Ley 53/1982, de 13 de julio, sobre infracciones en materia de pesca marítima, en la que se prevé una agravación para los Capitanes o Patronos de buques extranjeros que hayan sido sorprendidos pescando en aguas españolas sin estar debidamente autorizados o empleando artes, aparejos o útiles de pesca antirreglamentarios.

Como ha podido comprobarse la incompatibilidad no está restringida a la norma de comportamiento penal (norma primaria), es decir, la que se dirige al ciudadano prohibiendo o preceptuando una determinada conducta sino que también se extiende a la norma de sanción (norma secundaria) dirigida al juez. Lo más frecuente, cuando la contradicción afecta a la norma de comportamiento, es que ésta se produzca dentro de aquellos ámbitos en que el tipo penal tiene un carácter accesorio, es decir, cuando la norma de conducta se fija en otros sectores del Derecho. Por tanto, los tipos penales que más entran en contradicción son aquellos que contienen elementos normativos o constituyen normas penales en blanco.

Una vez constatada entre ambos derechos el problema reside en cómo el juez nacional ha de dar solución a la misma, es decir, con qué instrumentos se cuenta para resolver estas situaciones y en qué tramo de la teoría del delito ha de ubicarse el problema. Un primer grupo de casos lo encontramos cuando la conducta prohibida o prescrita en el tipo penal es en sí contraria al Derecho comunitario, ya sea por una contradicción expresa y radical, ya sea por ser contraria al principio de proporcionalidad o igualdad. Al juez le basta en este supuesto para resolver el conflicto con acudir a los principios de primacía y efecto directo y considerar que la norma de comportamiento penal no es aplicable al caso. Los principios de efecto directo y primacía son principios que articulan las relaciones entre dos ordenamientos independientes, el comunitario y el nacional, indicando qué conjunto normativo debe aplicarse a un determinado hecho (9). No puede, en consecuencia, estimarse que la conducta es siquiera típica.

En otras ocasiones lo que puede resultar contrario al Derecho comunitario es una determinada interpretación del tipo penal. Por ejemplo: un elemento normativo del tipo recoge un concepto perteneciente a otro sector del ordenamiento, que ha sido objeto de armonización mediante una directiva. El legislador empero ha trasladado incorrectamente al Derecho nacional lo dispuesto en la misma, de tal forma que si la directiva hubiese sido correctamente ejecutada, la conducta en cuestión sería impune. En esta constelación de casos el juez penal está obligado a efectuar una interpretación conforme al Derecho comunitario, e interpretar el elemento normativo del tipo de manera compatible con este orden. La consecuencia de todo ello es, de nuevo, la atipicidad de la conducta (10).

Algunos autores han mantenido que en algunos supuestos de colisión subsiste la tipicidad de la conducta, debiéndose dar relevancia al Derecho comunitario a la hora de apreciar la antijuricidad de la misma. Concretamente, para estos autores, el juez debe aplicar aquí la causa de justificación consistente en el ejercicio de un derecho. En especial, señala Grasso, el Derecho comunitario es válido para invocar esta causa de justificación cuando el tipo penal en sí no resulta contrario, sino que tan sólo el ciudadano ejerce alguno de los derechos que el ordenamiento comunitario

En virtud del principio de igualdad comunitario es bastante dudoso que la agravación prevista en este precepto pueda ser aplicable a buques comunitarios. Observe-se además que en materia de pesca la normativa sancionadora española protege casi en exclusiva lo dispuesto en los reglamentos comunitarios en materia de pesca (*vid.* art. 1 de la Ley).

(9) Más ampliamente sobre estos principios LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Louxemburg, 5.^a ed., 1990, pp. 105 y ss.

(10) *Vid.* DANNECKER, «Armonizzazione del Diritto penale all'interno della Comunità europea», en *RIDPE*, pp. 982 y ss.

le confiere (11). Lo cierto es que, en mi opinión, esta solución no es del todo compatible con el Derecho comunitario. Entre otras razones, porque resta eficacia a los efectos de primacía y efecto directo del Derecho comunitario. Al ciudadano le es más gravoso que el comportamiento realizado se considere justificado —no antijurídico— que se considere atípico, ya que calificar un comportamiento como típico supone emitir un juicio desvalor provisional y, por otro lado, el reconocimiento procesal de la atipicidad de una conducta suele acontecer antes que la constatación de una causa de justificación. En este último supuesto es necesario que el juicio llegue a su fase oral, mientras que normalmente cuando el juez se encuentra ante un comportamiento atípico puede sin más archivar la querrela o las actuaciones o sobreseer el procedimiento. Pero, en tercer lugar, la solución de estos casos mediante causas de justificación, puede ocasionar problemas para la validez del Derecho comunitario debido a que buena parte de la doctrina para la apreciación plena de una causa de justificación exige un elemento subjetivo. En concreto en la causa de justificación previsto en el art. 8.11 el sujeto debería conocer al menos su deber de actuar o que ejercita un derecho (12).

Por último debe mencionarse qué debe hacer el juez cuando lo que se considere contrario al Derecho comunitario es la sanción. En este supuesto la doctrina y la jurisprudencia ofrecen ya una serie de soluciones, que en esencia se resumen en que la autoridad nacional dentro de lo permitido por el principio de legalidad, habrá de buscar una penalidad adecuada y, de no encontrarla, deberá absolver (13).

Una vez dibujado a grandes rasgos el cuadro de las influencias negativas del derecho comunitario sobre el penal, procede preguntarse si en la sentencia objeto de examen podía entenderse producida una situación de conflicto. La respuesta es, sin necesidad de hacer grandes indagaciones, no. El precepto comunitario no resulta contrario a la norma nacional infringida, pues sólo concede la posibilidad de que los Estados miembros establezcan en casos muy determinados una serie de excepciones, con el fin de admitir la elaboración de v.c.p.r.d. con productos vitivinícolas procedentes de otras regiones. No obstante, no es suficiente para negar el efecto directo del Derecho comunitario el señalar que se necesita un acto del legislador nacional paradar ejecución a la normativa comunitaria. Pues la eficacia directa no se ve condicionada por este extremo, como muestra el efecto directo de las directivas. Para que una norma esté dotada de efecto directo es necesario que ésta posea tres cualidades: a) ha de ser clara y precisa, b) completa y jurídicamente perfecta, en el sentido de no dejar ningún poder discrecional al legislador para su aplicación y c) debe ser incondicional, es decir, no sujeta a ningún plazo o reserva (14). Pues bien, en este caso la norma invocada por los acusados para desechar la ilegalidad

(11) *Comunidades europeas y derecho penal* (trad. García Rivas), Cuenca, 1993, pp. 287 y ss. *Vid.* además en nuestra doctrina abogando por esta solución BACIGALUPO, *Sanciones administrativas. Derecho español y comunitario*, Madrid, 1991, pp. 82 y ss. y la STS de 21-12-1988, de la que fue ponente el mismo autor. Una certera crítica a esta sentencia en CUERDA RIEZU/RUIZ COLOMÉ, *La Ley*, 11-5-1988.

(12) *Vid.* MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Derecho penal de Jescheck*, p. 456.

(13) *Vid.* GRASSO, *Comunidades europeas...*, *op. cit.*, pp. 323 y ss.

(14) *Vid.* CAPELLI, «Directives communitaires et droit penal» en *Droit communautaire et Droit penal*, Milano, 1991, p. 99.

de su acuerdo, el art. 6.2 del Reg. 823/1987 no es una norma jurídicamente perfecta en cuanto que sólo concede la potestad al Estado miembro, para que cuando concurren determinadas condiciones, pueda establecer una serie de excepciones a la norma general, que perceptúa que los v.c.p.r.d. han de ser elaborados con productos obtenidos en la región.

Pese a que en este supuesto no existe ningún tipo de conflicto, la sentencia muestra, confirmando lo anteriormente expuesto, cómo los efectos negativos suelen producirse cuando el tipo penal se configura como un tipo penal en blanco o contiene elementos normativos, como ocurre en el delito de prevaricación del art. 358 con el término «resolución injusta» o «manifiestamente injusta». Por otro lado, la sentencia evidencia también los problemas que para la eficacia del Derecho comunitario podría tener la solución que propone aplicar la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho. En efecto, los acusados tal como señala la sentencia de la Audiencia en el momento de adoptar la resolución «injusta» desconocían la existencia del Reglamento comunitario, en el que presuntamente podría ampararse la legalidad de su conducta, pues había sido publicado pocos días antes de que ocurrieran los hechos. Mas en el supuesto hipotético de que el precepto infringido fuese contrario al Reglamento comunitario invocado, el desconocimiento o no de éste ha de considerarse irrelevante a la hora de dar relevancia al Derecho comunitario, ya que de otro modo se estaría supeditando el efecto directo y la primacía al conocimiento por parte del ciudadano de la norma europea invocada.

En este supuesto —y siguiendo en el terreno de la hipotética contradicción— lo que hubiese ocurrido simplemente es que la decisión hubiese dejado de ser «injusta», al no ser contraria a Derecho, y ello pese a que los acusados, inmersos en un error de tipo al revés, así lo considerasen.

II. EFECTOS INDIRECTOS DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO PENAL

Los casos que acaban de estudiarse tienen como denominador común el que en ellos el juez nacional se ve obligado, como consecuencia de los efectos del Derecho comunitario, a declarar la atipicidad o a buscar una sanción conforme con el principio de proporcionalidad o igualdad. Sin embargo, las influencias «negativas» o despenalizadoras pueden manifestarse bajo otro variado espectro de posibilidades. En este sentido, se mencionarán a continuación otro grupo de efectos sobre el Derecho penal en los que el juez no queda obligado por el Derecho europeo a emitir una determinada resolución, si bien éste puede influir indirectamente en su decisión. En estos supuestos no existe ningún tipo de conflicto entre ambos ordenamientos, ya que, de un lado, la norma penal no tiene por qué afectar a la consecución de los fines de la Comunidad —lo que, recordemos, es uno de los presupuestos para que se produzca el conflicto— y, de otro, no es necesario que la norma destinada a aplicarse esté dotada de efecto directo.

El primer ámbito en que puede producirse esta influencia indirecta es en la imprudencia, concretamente a la hora de fijar la norma de cuidado. Ya que le es posible al juez penal desprender de reglamentos, directivas, decisiones y recomendaciones de la Comisión deberes de cuidado. Existe, en este sentido, una extensa

normativa comunitaria en la cual se contienen numerosas normas de protección de los consumidores, de seguridad en el trabajo, etc. (15).

Lo complejo de la reglamentación comunitaria, uno de cuyos mejores ejemplos lo constituye el derecho vitivinícola, puede originar en ocasiones errores de tipo o de prohibición. En la sentencia comentada, los autores, de haber considerado erróneamente que su acuerdo no era ilegal en atención a la norma comunitaria, podían haber alegado un error sobre el elemento normativo del tipo «resolución injusta» (16). Otra serie de errores se producirán sobre la normativa a la que remite el tipo penal en blanco. Por ejemplo, cuando el ciudadano crea que los reglamentos nacionales han sido sustituidos por otros comunitarios más permisivos. La clasificación de estos tipos de error no es fácil, pues casi en todos los casos reseñados nos encontramos en la indeterminada frontera que separa el error de tipo y prohibición. Existen, sin embargo, casos que se corresponden más claramente con un error de prohibición: cuando se estime que el tipo penal es contrario al Derecho comunitario, por violar el principio de proporcionalidad o existir una contradicción radical y, por consiguiente, no pueda ser aplicado al caso. Debe reseñarse además, que el error puede venir provocado no sólo por haber efectuado una incorrecta valoración del conflicto entre la norma penal y la comunitaria, sino también por haber errado acerca de la eficacia directa del precepto europeo.

El Derecho comunitario puede influir, finalmente, como criterio presente en la valoración del juez, a la hora de tomar en consideración alguno de los principios pertenecientes al conjunto de elementos valorativos incardinados en el tipo penal. Me estoy refiriendo a la posible influencia del Derecho comunitario para declarar la atipicidad de un hecho por no ser materialmente antijurídico, por ser socialmente adecuado, por aplicación del principio de insignificancia, por no ser merecedor de pena, etc.

La noción de antijuricidad material, que es la que más interesa a efectos de la sentencia comentada, no es precisamente una de las más claras dentro de la teoría del delito y se solapa con muchos de los conceptos que acaban de mencionarse (17). Quizás por lo difuso de su contenido existen opiniones que la equiparan sin más a la ausencia de causas de justificación (18), e incluso la consideran superflua (19) o perjudicial desde el punto de vista del principio de legalidad (20). Por el contrario, para otros autores, cuya opinión comparto, la antijuricidad de una conducta supone no sólo el menoscabo del bien jurídico o la inexistencia de causas de justificación, sino también la contradicción de la conducta con las razones por las que el legislador

(15) Sobre este extremo THOMAS, «Die Anwendung europäisches Rechts im Strafverfahren», *NJW*, 1991, p. 2237.

(16) En este sentido TIEDEMANN, *EL Derecho penal...*, op. cit., p. 238. Al respecto del tratamiento del error sobre la injusticia de la resolución en el delito de prevaricación *vid.*, GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, pp. 133 y ss.

(17) *Vid.* ROXIN, *Strafrecht. AT*, § 14, marg. 8.

(18) Así BAUMANN/WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1985, § 19 II.

(19) En este sentido LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentier*, 12 Aufl. 1991, previo al § 13, marg. 50; HIRSCH, *Leipziger Kommentier*, previo al § 32, marg. 12 y ss.

(20) COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Valencia, 1991, pp. 231 y s.

ha sometido a pena a un determinado comportamiento. Sólo cuando se producen estos dos requisitos nos encontraríamos ante un comportamiento socialmente dañoso. La función de esta categoría no se limita en exclusiva al tipo, sino que también, y como es sabido, su principal utilidad consistió en Alemania durante un tiempo en fundamentar el estado de necesidad supralegal, que no encontró plasmación positiva en el Derecho germano hasta 1975. Por otro lado, como indica Roxin, la antijuricidad material opera también para graduar la distinta gravedad del injusto penal, lo cual es de importancia a la hora de la medición de la pena e incluso para pronunciarse sobre la evitabilidad del error de prohibición (21).

En mi opinión, la noción de antijuricidad material es un concepto imprescindible para aquellos que parten del principio de efectiva protección de bienes jurídicos, y además de la necesidad de que esta protección ha de realizarse conforme al principio de proporcionalidad —o, lo que es lo mismo, de acuerdo con el carácter de *ultima ratio* y fragmentario del Derecho penal— (22). El mencionado concepto sirve entonces para dar operatividad dentro del tipo y la antijuricidad a esta serie de límites que para el Derecho penal se desprenden de la Constitución y que no pueden quedarse únicamente en consideraciones político-criminales. En otras palabras, la antijuricidad material, al igual que el principio de insignificancia o la adecuación social son los eslabones que unen el sistema penal, y muy especialmente, el tipo penal con el programa político criminal que se desprende del principio de proporcionalidad y efectiva protección de bienes jurídicos. Esta concepción de la antijuricidad material varía notablemente del planteamiento inicial de su creador —Von Liszt— para quien este principio era esencialmente, a diferencia del de antijuricidad formal, un postulado político criminal (23).

Hechas estas consideraciones veamos como influye el Derecho comunitario en estas categorías. Debido a las especiales características que presenta el Derecho penal —*ultima ratio* y fragmentariedad— con respecto a otros sectores del ordenamiento, la constatación de una relación de proporcionalidad entre la incriminación penal y el comportamiento punible no tiene por qué restringirse a los casos de eficacia directa de los preceptos comunitarios, es decir, a aquellos en que existe un conflicto verdadero entre ambos derechos. Pues bien puede ocurrir que un determinado comportamiento punible vea rebajado notablemente su grado de antijuricidad o haya de ser considerado socialmente adecuado, en atención a la normativa comunitaria o a los principios que la inspiran, incluso, y esto es lo significativo, aunque no exista un conflicto entre la norma penal y supranacional. En este caso el principio de proporcionalidad interno, a través de sus «representantes» en el tipo (antijuricidad material, principio de insignificancia, adecuación social, etc.) debe propiciar que el juez declare la atipicidad de la conducta.

Un supuesto, a mi juicio evidente, de esta clase de influencia lo podemos encontrar en los casos de directivas no dotadas de efecto directo, por no haber aún transcurrido el plazo para su adaptación. En efecto, las directivas sólo están dotadas de efecto directo cuando el legislador nacional no ha adaptado el derecho interno a sus contenidos dentro del término previsto. Ha sucedido en ocasiones que una

(21) *Strafrecht. AT*, § 14, marg. 6-8.

(22) Acerca de estos principios como derivados del de proporcionalidad COBO/VIVES, PG, pp. 69 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a Auf. 2/27.

(23) Cfr. ROXIN, *Strafrecht. AT*, § 14, marg. 12 y ss.

normativa sancionadora interna resultaba contraria a una directiva, mas por no haber transcurrido el plazo previsto, seguían produciéndose sentencias condenatorias, en las que se castigaban comportamientos que quizás en un plazo muy breve de tiempo resultarían lícitos (24). En estos casos, si bien no resulta contrario al Derecho comunitario la imposición de la sanción penal, sí que es razonable mantener su incompatibilidad con el principio de proporcionalidad interno, pues no parece conforme con este principio sancionar por una conducta que en breve y con toda seguridad habrá de considerarse lícita. Por consiguiente, y como plasmación en el tipo del principio de proporcionalidad, sería perfectamente invocable, por ejemplo, la adecuación social de la conducta, pues no ya una costumbre, uso social, comercial, etcétera, sino una norma jurídica declara además de su adecuación social su futura e inminente legalidad. La actuación del principio de proporcionalidad interno en este supuesto es, en cierto modo, requerida también por el Derecho comunitario. Así en la sentencia *Kolpinghuis Nijmegen* el TJCE declaró que los jueces nacionales han de interpretar el Derecho nacional conforme con las directivas comunitarias, incluso cuando aún no ha expirado el plazo para su adaptación (25). Por lo que entiendo que el juez penal nacional ha de utilizar esta serie de principios para declarar la no punibilidad de un comportamiento que se acomoda a lo dispuesto en una directiva aún no dotada de efecto directo (26).

En la sentencia comentada se encuentra otro buen ejemplo de cómo el Derecho comunitario puede influir en el tipo a través de toda esta serie de conceptos, en concreto la antijuricidad material. La noción de antijuricidad material juega un papel importante a la hora de determinar qué ha de entenderse por «resolución injusta» a efectos del delito de prevaricación del art. 358. Tal como señala la Audiencia provincial, haciéndose eco de la doctrina del TS, la antijuricidad material exige no identificar los conceptos de injusticia e ilegalidad. Por este motivo la resolución ilegal debe tener la suficiente entidad para producir lesividad social, que se traduce en un trato de favor o de perjuicio para un tercero. En sentido similar, pero sin mencionar dicho principio, el TS señala que la resolución dictada debe poseer «aptitud para producir lesividad social, traducida en una situación de perjuicio» y que no puede equipararse injusticia e ilegalidad ya que es necesario un desvalor mayor que el de la mera ilegalidad para entender cometido el delito de prevaricación: «se precisa una contradicción, patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico, superior a las meras infracciones a la legalidad, que pueden remediarse y depurarse en otra vía distinta a la penal, pues no es deseable que la convivencia social se garantice predominantemente mediante el recurso al *ius puniendi*, *ultima ratio* que se reserva sólo para los ataques más peligrosos a la normalidad de la convivencia social» (27).

(24) *Vid.*, por ejemplo, STJCE, de 5-4-1979, *Ratti*, asun. 148/78, Rec. 79, p. 1645.

(25) STJCE de 8-10-1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, asun. 80/86, Rec. p. 3987.

(26) Más ampliamente sobre esta cuestión NIETO MARTÍN, *La protección...*, *op. cit.*, pp. 364 y ss.

(27) Al respecto de esta cuestión *vid.* en la doctrina OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, pp. 339 y ss., quien pese a criticar en este lugar la necesidad de que la injusticia en el delito de prevaricación dolosa haya de ser manifiesta, señala en otro lugar de su trabajo (pp. 329 y ss.) que en virtud del principio de *ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho penal debe

Una vez efectuadas estas consideraciones a ambos Tribunales el acuerdo adoptado por los miembros del Consejo regulador les merece, sin embargo, distinta valoración. Para la Audiencia provincial el acuerdo ha demostrado su lesividad al dañar los intereses de los consumidores, cuya protección compete en cuanto Administración pública al Consejo de Denominación de Origen, en virtud de lo dispuesto en su Reglamento, la Ley de Consumidores y la Constitución. El TS, por el contrario, aunque reconoce que es competencia de los miembros del Consejo regulador vigilar y controlar la calidad del vino y velar por su prestigio, entiende, sin tan siquiera entrar a considerar los argumentos de la Audiencia provincial, en los que se fundamenta la lesividad del acuerdo para los consumidores, que la resolución no puede ser calificada por no reunir la gravedad suficiente. A este respecto, el único argumento, aunque ciertamente de una forma confusa, que ofrece el TS es el mencionado Reglamento comunitario en el cual se admiten bajo determinadas condiciones la utilización de productos procedentes de otras regiones, en la elaboración de v.c.p.r.d. Por lo que podría pensarse, que en el TS ha influido, en el momento de interpretar el término «injusta», la reglamentación comunitaria, en el sentido, de que no reviste la gravedad suficiente una resolución que quizás podría haber sido objeto de una autorización, dada la excepción que establece el art. 6.3 del Reglamento 823/1987, de ser comunicado a la autoridad competente. Aunque ciertamente de la sentencia del TS no puede desprenderse tanto, a mi juicio, es perfectamente mantenible en principio esta forma de actuación del Derecho comunitario: una normativa comunitaria aun no contraria a la nacional, entre otras cosas, por no estar dotada de efecto directo y poseer un amplio margen de discrecionalidad, puede hacer decaer la antijuricidad material de una conducta.

Lo cierto es, sin embargo, que en este supuesto no creo que el precepto del Reglamento 823/1987 sirva para rebajar un ápice la antijuricidad material de la conducta enjuiciada, al ser coincidentes el espíritu de la normativa comunitaria y el del precepto nacional infringido por los miembros del Consejo regulador. Ambas reglamentaciones tienen como objetivo el garantizar que el vino que se beneficia del prestigio de una determinada denominación de origen, proceda efectivamente de uvas de esa región (28). Por otro lado, las excepciones introducidas en el citado Reglamento por el Reglamento coetáneo a la producción de los hechos (Reg. 2943/1989), tienden, como indica su exposición de motivos, a que en algunas regiones vinateras pueda añadirse al producto de base —la uva o el mosto procedente de la misma— otros productos necesarios para la elaboración, que debido a su escasez en una determinada región, tradicionalmente eran adquiridos en otros pagos. Como puede comprobarse, el fin de la normativa comunitaria no es permitir que ante la escasez de uva en una determinada cosecha, se pueda elaborar un vino de calidad con la procedente de otra región.

alejarse de una concepción formalista del bien jurídico en virtud de la cual cualquier infracción de la legalidad por nimia y carente de trascendencia que sea, deba ser considerada antijurídica y acarree responsabilidad penal. De otra opinión, con respecto al delito de prevaricación judicial, es GARCÍA ARÁN, *La prevaricación...*, *op. cit.*, pp. 116 y ss., para quien el concepto de injusticia es asimilable al de ilegalidad. En un sentido más cercano a la sentencia y a nuestra doctrina tradicional GONZÁLEZ COUSSAC, *El delito de prevaricación del funcionario público*, Valencia, 1994, pp. 65 y ss.

(28) *Vid.* la exposición de motivos del Reg. 823/1987.

Todas estas consideraciones hacen inexplicable la decisión del TS casando la sentencia de la Audiencia Provincial, quien correctamente había demostrado lo lesivo del acuerdo, por lo que de ningún modo puede entenderse que en este supuesto la decisión ilegal del Consejo regulador era nimia y carente de trascendencia. La conducta de los procesados lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por el art. 358 que, a decir de la doctrina más actual y competente, reside en proteger el recto y normal funcionamiento de la actividad de la Administración Pública, consistente en el sometimiento pleno de su actividad a la ley y al Derecho (29). En este sentido, no debe olvidarse que nuestro delito de prevaricación a diferencia, por ejemplo, del § 336 del StGB (30), no requiere para considerar la conducta punible el que la prevaricación se realice con el fin de obtener para sí o para otro un beneficio o de ocasionar un perjuicio a un tercero, sino que basta para entender lesionado el bien jurídico con la adopción de una resolución ilegal. Por tanto, si bien la existencia de un perjuicio a un tercero puede ser un importante indicio para apreciar ese plus necesario de antijuricidad que, según nuestra jurisprudencia y doctrina, convierte a la resolución ilegal en injusta, no debe magnificarse su contenido dentro del tipo (31).

(29) GONZÁLEZ COUSSAC, *El delito de prevaricación...*, *op. cit.*, pp. 18 y ss. y 22; OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación...*, *op. cit.*, pp. 314 y ss.

(30) *Vid.* CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 336, margs. 2, 6 y 7.

(31) *Vid.* GONZÁLEZ COUSSAC, *El delito de prevaricación...*, *op. cit.*, pp. 25-26.

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

DE LA MATA BARRANCO, Norberto: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*. PPU, Barcelona 1994, 595 págs.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo presenta la problemática de los delitos de hurto y apropiación indebida desde la peculiaridad del dinero como objeto material en relación a un grupo determinado de casos. La investigación se ha dividido en dos bloques fundamentales. En el primero de ellos se lleva a cabo un estudio dogmático del tipo de injusto de los delitos de hurto y apropiación indebida. Aquí el autor nos presenta el bien jurídico, tipo objetivo y subjetivo, así como las causas de exclusión del tipo de injusto, estableciendo ya una perspectiva material y teleológica como presupuesto metódico general. En segundo lugar se plantea la problemática de varios supuestos de apropiación o disposición de cantidades de dinero, en los que se manifiesta la especial naturaleza del mismo como objeto material. En definitiva se cuestiona la relevancia penal —en relación a los delitos de hurto y apropiación indebida— de casos como los de intercambio de dinero sin autorización, utilización temporal de dinero ajeno, disposición de fondos comunes o cobro arbitrario de una deuda de dinero.

La monografía de De la Mata, que constituyó en su día su Tesis doctoral, supone un significativo enriquecimiento del campo de los delitos de apoderamiento en nuestro país. Aborda aspectos no atendidos todavía suficientemente por la doctrina y necesitados de un debate a fondo en la literatura española. Por ello será necesario contar con el apoyo de la doctrina alemana en aspectos que ésta ha discutido en profundidad. El interés de los temas expuestos nos ha llevado a hacer una breve exposición de los puntos más destacados del trabajo, realizando en algún caso un breve comentario.

Como se ha señalado, la primera parte del trabajo se dirige a establecer los presupuestos genéricos, relativos a los delitos mencionados, que sirven de plataforma para la resolución coherente de la casuística abordada. Tres son los puntos donde gravita la resolución de los mismos conforme al planteamiento del autor: consideración del bien jurídico desde una perspectiva material y funcional, concepto de apropiación como resultado exigido por estos delitos y, finalmente, la especial naturaleza del dinero como objeto material en estos delitos. A ellos dedicamos brevemente nuestra atención.

II. BIEN JURÍDICO

El principio de ofensividad obliga a partir del análisis del bien jurídico protegido en los delitos de apropiación, dada la función de protección de bienes jurídicos reclamada para el Derecho penal. La determinación del mismo permite señalar el contenido material de injusto del que se extraerán consecuencias decisivas en la interpretación de los elementos de estos delitos. Se acepta como interés jurídicamente tutelado en los delitos de apropiación la propiedad sobre bienes muebles. El análisis de este bien jurídico pone de manifiesto cuestiones de gran relieve.

Una de ellas es la relación entre patrimonio y propiedad dentro de los delitos del T. XIII del Libro II del CP. Señala el autor que, como resulta evidente, no es la propiedad el bien jurídico protegido en cada uno de los delitos allí comprendidos, sino que en «algunos casos se lesionará la propiedad, en otros un derecho real distinto al de propiedad y en ocasiones el patrimonio en su totalidad». Pero, en todo caso el patrimonio actúa como elemento aglutinador que abarca la totalidad de las relaciones protegidas por los tipos concretos del T. XIII (p. 59).

Se suscitan aquí dos cuestiones distintas aunque estrechamente vinculadas: el problema del patrimonio como referente genérico del T. XIII, por otra parte, la concepción del ataque al mismo como *universitas iuris* o como concretas relaciones patrimoniales. Norberto de la Mata viene a establecer una relación de género (delitos contra el patrimonio) a especie (delitos contra la propiedad), de manera que cuando resulte lesionada la propiedad también resultará lesionado el patrimonio. «Los delitos de apropiación protegen una de las relaciones que forman parte del patrimonio de un sujeto, relación de propiedad, que junto con relaciones jurídicas de otra clase se coordinan en la concreta ordenación del patrimonio de un sujeto. Dificilmente podrá afirmarse entonces que lesionada una parte del todo éste no se vea afectado» (p. 81).

Sin embargo, la doctrina excluye generalmente la posibilidad de lesión del patrimonio en sentido estricto, salvo para el delito de estafa. Así, los autores prefieren la denominación de delitos patrimoniales (Bajo) o delitos contra los valores patrimoniales (Muñoz Conde), frente a la de delitos contra el patrimonio, pues el patrimonio juega aquí como mero concepto de referencia respecto a las concretas relaciones patrimoniales que puedan resultar menoscabadas. Como señala Bajo (nota 103, p. 59) «hay que limitar el análisis de este concepto a aquellos delitos cuyo bien jurídico sea estrictamente el patrimonio, prescindiendo de consideraciones generales sobre un concepto genérico de patrimonio que nada aportan al resto de los delitos, al afectar estos a relaciones patrimoniales concretas y no al patrimonio como unidad». Se destaca así que no es lo mismo la lesión de una concreta relación patrimonial que la lesión del patrimonio mismo, pues éste, en sentido jurídico penal, exige un balance final negativo en relación a la situación anterior al comportamiento punible, que no se presenta en los delitos de apropiación o apoderamiento. Cuando se señala que «el perjuicio inherente a este tipo de delitos atiende no tanto a la disminución o acrecentamiento de las partes singulares del patrimonio, cuanto a la disminución de la potencia patrimonial del titular de dicho patrimonio, ligada a la variación o cambio de sus componentes patrimoniales» (p. 85), parece producirse un deslizamiento hacia la consideración del patrimonio como bien jurídico protegido.

El autor rechaza la separación de la doctrina alemana entre delitos contra la propiedad (*Eigentumsdelikte*) y delitos contra el patrimonio (*Vermögensdelikte*). «En

el primer grupo de delitos comprende aquellas acciones que impliquen la apropiación u ocupación de una cosa, que son punibles aun cuando no se cause perjuicio económico alguno, mientras que los delitos patrimoniales en sentido estricto requieren la causación de dicho perjuicio económico» (p. 60). Se rechaza la distinción alemana para el caso español con fundamento en la presencia del elemento del ánimo de lucro, pues «el CP español exige el ánimo de lucro como intención de obtener una ventaja patrimonial a través de la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico, por lo que queda claro que la cosa tiene que estar dotada, también en los delitos de apoderamiento, de valor económico». Sería preciso tener en cuenta que aquí el legislador no exige el efectivo enriquecimiento, sino la mera tendencia o pretensión, en el sentido de los delitos incongruentes de Maurach, en los que el tipo resulta estructuralmente incongruente, cuando la ley extiende el tipo subjetivo más allá del objetivo.

La noción privada de propiedad, actúa como marco de referencia para establecer el objeto jurídico de protección en el ámbito penal, que se debe completar a través de los principios generales de intervención mínima y lesividad, de forma que se produzca una coordinación con los fines del Derecho penal. El concepto de propiedad en el ámbito penal toma inicialmente como referencia la noción civil pero debe acomodarse al sentido de la protección penal dispensada a los bienes jurídicos.

En el acercamiento a la noción penal de propiedad el autor atiende a una línea doctrinal representada en Alemania por autores como Maiwald y Rudolphi. Se destaca el carácter funcional y dinámico de la misma, desde la perspectiva de la interrelación entre sujeto y objeto de la propiedad. Se trata en definitiva de dotar al bien jurídico de un contenido material que permite al mismo llevar a cabo la función político-criminal de límite frente al poder punitivo del Estado.

Lo decisivo, según este punto de vista, es la función objetiva de la cosa en su relación con el propietario en la realidad social. «La distinción entre la perspectiva formal radica en que ésta señala como contenido el conjunto de facultades que emanan de una titularidad jurídicamente reconocida, mientras la perspectiva material atiende a los intereses sustanciales que subyacen a dicha titularidad» (p. 73). (No sólo intereses de tipo económico sino todos los de carácter instrumental para la persona.) De acuerdo con el principio de subsidiariedad del Derecho penal, se lleva a cabo una restricción del ámbito de protección penal de la propiedad, excluyendo los ataques que sólo afectan formalmente a la posición de dominio sobre la cosa. Es decir, deben «producirse perturbaciones significativas de esas potencialidades del titular en relación a los bienes y no meras molestias» (p. 87). «La concepción funcional de la propiedad permite entender que sólo aquellas conductas que sean idóneas para afectar a la funcionalidad de un objeto en su adscripción a un individuo concreto pueden tener relevancia penal» (p. 543).

La protección otorgada a la propiedad, desde la regulación de los delitos considerados, no consiste en la «mera atribución formal o relación estática entre bienes y titular de los mismos... sino las posibilidades de actuación que esa relación concede a su titular y que fluyen de la función que el objeto de la misma cumple para su propietario» (p. 85). Por ello señala Rudolphi que el significado de la protección penal de la propiedad para su titular «no se agota en su mera existencia, sino que abre para él en virtud de su potencia interna una determinada posibilidad de acción» (p. 86).

Señala el autor que los bienes jurídicos individuales, como intereses fundamentales que subyacen en la realidad social, garantizan el desarrollo de la persona al permitirle participar en el ámbito político-social del que forman parte. En un Estado social y democrático orientado a la defensa del individuo como partícipe social, el bien jurídico está basado en la idea de la funcionalidad entre objeto y sujeto. En este sentido, se considera la propiedad como complemento de la libertad (p. 297). Esta concepción obliga a una ampliación del campo de aplicación de estos delitos pues «se sancionará la apropiación de cualquier bien que sea idóneo para satisfacer, en el ámbito patrimonial, los intereses del titular, y no sólo aquella que conlleve un menoscabo o perjuicio valorable contablemente» (p. 89).

III. CONCEPTO DE APROPIACIÓN

En la obra se analiza en profundidad otro de los elementos fundamentales para la resolución de los casos planteados: el concepto de apropiación. Sin embargo, la doctrina española no ha dispensado al mismo la atención debida ni ha sido incardinado este elemento, al menos de forma independiente, en la estructura típica de estos delitos. Frente a ello, el autor otorga a la apropiación un tratamiento autónomo y lo considera —como resultado típico— núcleo del desvalor de injusto en los delitos de apropiación (pp. 128 y ss.), pues en él se materializa el cambio de dominio efectivo sobre el objeto material del delito.

De manera certera, el autor distingue el significado diverso que posee la apropiación, por una parte, en referencia al resultado típico y, por otra, en cuanto comportamiento típico. «Como resultado típico constituye un elemento del tipo objetivo de los delitos de apropiación que refleja el proceso de incorporación patrimonial al ámbito de dominio del sujeto activo. Como conducta refiere la dinámica comisiva que produce materialmente dicha incorporación» (p. 128). Se distingue entonces entre el plano normativo indicativo de la transferencia patrimonial y el plano descriptivo del proceso material de incorporación de la cosa.

Atención preferencial se dedica a la apropiación como resultado típico. Efectivamente, la apropiación, en cuanto resultado, es la que llena de contenido estos delitos, frente al caso del robo, donde el desvalor de acción, por los medios de apoderamiento especialmente tipificados, adquiere el papel preponderante en el contenido del injusto. La doctrina alemana ha desarrollado el contenido preciso que deba poseer la apropiación en el papel de resultado señalado y el autor recoge extensamente las distintas soluciones propuestas: teoría de la sustancia (*Substanztheorie*), teoría del valor real (*Sachwerttheorie*), teoría de la unión (*Vereinigungstheorie*), dominante en la doctrina alemana actual y para la cual —según formula acuñada y repetida por literatura y jurisprudencia— la apropiación consiste en la «incorporación al patrimonio del sujeto activo bien de la cosa misma, de la que se ve privado el propietario, bien del valor incorporado en ella» (p. 138), y teoría corregida de la sustancia (*Erweiterte Substanztheorie*), encabezada por autores como Rudolphi y Maiwald. Por esta última se decanta el autor. Esta posición critica la teoría de la unión por su vinculación con la causación de un daño económico —creando el riesgo de convertir los delitos de apropiación en delitos de enriquecimiento— y por la creación de esa teoría para resolver supuestos que podían serlo a través de la teoría de la sustancia (títulos-valores). Se establece que así como el delito está vinculado al concepto de cosa que aparece en los tipos, el concepto de

apropiación lo está a la lesión del bien jurídico (p. 143). De esta forma, Rudolphi entiende por apropiación el ataque a la propiedad de un sujeto, que conlleva un perjuicio de la objetiva posición de poder que éste tiene, en cuanto el bien afectado pierde la posibilidad de satisfacer funcionalmente a su titular.

La apropiación en sentido total del proceso (*Zueignung*), consiste en la apropiación (*Enteignung*) —como aspecto negativo— y en la apropiación en sentido estricto (*Aneignung*) —como aspecto positivo—. Sería deseable, en este ámbito, una unificación terminológica que permitiera mayor claridad, pues, como el propio autor señala, existe una cierta imprecisión a la hora de utilizar el concepto de apropiación (p. 178). Para ello quizás resultará interesante reservar exclusivamente el término apropiación (*Aneignung*) para referirnos al momento positivo de creación de un poder autónomo de disposición sobre la cosa por el sujeto activo, denominando el total proceso —expropiación y apropiación— apoderamiento, pues, como la doctrina reconoce, las expresiones legales tomar, apoderarse y apropiarse, resultan equivalentes, y con ello se evitan repeticiones que dan lugar a confusión.

IV. EL DINERO COMO OBJETO MATERIAL

Como hemos señalado, el trabajo se plantea desde la óptica de ciertos casos de apropiación cuya peculiaridad es la presencia del dinero como objeto material. Podemos destacar sus notas fundamentales económicas, jurídicas y en cuanto objeto material de la apropiación indebida.

Económicamente el dinero «se caracteriza por su función como medio general de cambio y medida común de valor» (p. 266). De esta manera, la potencialidad patrimonial es la funcionalidad radical del dinero, actuando como elemento que da fluidez y rapidez a las operaciones económicas.

Su nota jurídica fundamental, debido a su especial naturaleza, consiste en que «siempre viene referido a una unidad ideal, que permite afirmar que el dinero no se entrega y recibe en el tráfico comercial como lo que físicamente representa, sino en cuanto fracción, equivalente o múltiplo de una unidad ideal» (p. 206). Desde la nota económica y jurídica señaladas para el dinero, se muestra la peculiaridad de la propiedad sobre el dinero, respecto a la establecida sobre otros bienes. Quien tiene la obligación de devolver una determinada cantidad de dinero no está obligado a entregar los mismos signos externos en los que se plasma el valor dinerario, sino únicamente a proporcionar otro tanto equivalente. La extrema fungibilidad del dinero impide que la reivindicación frente al tenedor o poseedor se ejerza sobre los mismos billetes o monedas entregados.

V. SUPUESTOS PARTICULARES ANALIZADOS

En la segunda parte de la monografía, el autor procede al estudio de los supuestos específicos inicialmente planteados. En todos ellos está presente la privación de una suma de dinero, de manera que este objeto material es el que dota de singularidad al caso. La problemática que suscitan estos casos, donde la especial naturaleza del dinero como objeto de apropiación juega un papel fundamental, ha recibido especial atención en la doctrina alemana después del trabajo de Roxin *Geld als Objekt von Eigentums und Vermögensdelikten* (1966). De gran interés resulta,

tal y como pone de manifiesto el autor, la constante tensión que muestran estos supuestos entre la tipicidad formal que revelan frente a la inexistencia de una lesión material de los intereses del sujeto. Podemos referirnos brevemente a los supuestos más relevantes tratados.

1. Intercambio de dinero sin autorización. La concepción formal de la propiedad obliga a aceptar que el intercambio arbitrario sin consentimiento de dinero constituye una conducta típica de hurto o apropiación indebida. Otra cosa es que pueda negarse la responsabilidad por la ausencia de ánimo de lucro o por la aplicación de la teoría del consentimiento presunto, como en ocasiones realiza la doctrina alemana (pp. 317 y ss).

Atendiendo a planteamientos metodológicos diversos, pero convergentes en la idea de inexistencia de antijuricidad material del comportamiento, autores como Maiwald, Otto, Schmidhauser o Sax apuntan el criterio de la ausencia de lesión real de los intereses del propietario. Concebida la apropiación, desde una óptica funcional de la propiedad, como incorporación al patrimonio del sujeto activo de un objeto que deja de ser funcional para su propietario de modo permanente, puede fundamentarse la atipicidad de la conducta por ausencia de este elemento, ya que el sujeto no queda privado de la utilidad del objeto, pues continúa con el mismo poder adquisitivo.

2. Utilización temporal del dinero (pp. 401 y ss). El elemento de apropiación supone la expropiación permanente para el sujeto pasivo. Por ello esta conducta de «apropiaciones temporales» resultan generalmente atípicas. Desde el concepto funcional de propiedad la utilización temporal de un objeto solo es típica si menoscaba de forma permanente la función del objeto. La perspectiva formal afirma la tipicidad de la conducta, pues la propiedad del dinero se asocia a la de los signos que lo incorporan y la pérdida de los signos implica la de la sustancia de la cosa.

3. Mezcla de dinero propio y ajeno y disposición de fondos comunes. La concepción formal de la propiedad, para el caso de quien recibe dinero de otro, que conduce físicamente a su patrimonio, y lo confunde con sus propios fondos, entiende que la propiedad de una cantidad de dinero se asocia a la de los billetes que lo representan, de manera que al mezclarse tales billetes con los del receptor, se pierde la posibilidad de recuperar el mismo (pp. 461 y ss.). La solución apuntada por el autor atiende a la especial naturaleza del dinero (pp. 465 y ss.) y al título por el cual se rija la relación entre los sujetos copropietarios (pp. 467 y ss.), resultando típico el comportamiento cuando no se esté facultado para disponer de los fondos y se lesionen los intereses penalmente protegidos del resto de copropietarios.

4. Cobro arbitrario de una deuda de dinero. En este caso se produce una lesión formal de la propiedad al privar al acreedor al deudor de una cosa que todavía no le pertenece. La doctrina española suele entender que no mediando violencia o intimidación la conducta resulta atípica (si intervienen estos medios entrará en juego el art. 337 CP). La perspectiva funcional que sigue De la Mata (pp. 498 y ss.) entiende que estamos ante una obligación específica de entrega de un bien, por lo que el mismo tiene un destino obligado y no puede disponerse de él si no es para la entrega al acreedor. Por ello, la apropiación por el acreedor de la cosa debida específicamente no puede resultar lesiva para los intereses del deudor, pues, en ningún caso se menoscaba la funcionalidad que para él posee el objeto.

TORIO LÓPEZ, Angel: Estudio crítico del principio «Ninguna pena sin culpabilidad». Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Valladolid, 1993.

I. En las páginas objeto del presente comentario, nos encontramos con una revisión en profundidad de la situación actual del principio de culpabilidad en la experiencia jurídica, legislativa, jurisprudencial y doctrinal. En la misma, el autor muestra su oposición a las concepciones dominantes, que se alejan de la visión de la culpabilidad como enlace particular entre el autor singular y su comportamiento antijurídico exterior. Sin embargo, el Prof. Torio no se limita a señalar las deficiencias de la situación actual sino que, en coherencia con una valiosa línea de investigación precedente, nos expone su caracterización de la imputación subjetiva vinculada a múltiples planos.

Tras las críticas de Engisch al planteamiento clásico de la culpabilidad, al señalar la imposibilidad de probar la libertad de actuación del hombre en una situación concreta, la doctrina comenzó a buscar nuevas salidas al problema. En la actualidad, determinados autores proponen sustituir o reorientar el principio de culpabilidad hacia las necesidades preventivas del delito (Gimbernat, Jakobs, Roxin), otros autores (Jescheck) pretenden elaborar una noción de carácter social o general, o, bien, simplemente se aboga por la supresión del principio «Ninguna pena sin culpabilidad», optando por un sistema criminal donde la única consecuencia jurídica fuese la medida de seguridad.

Frente a la multiplicidad de orientaciones, tras las críticas de Engisch al apoyo del principio de culpabilidad en la capacidad del ser humano de haber obrado de otro modo en la situación concreta, el Prof. Torio ha desarrollado una serie de contribuciones en las que propugna un concepto individual o personal de culpabilidad —mejor, como señala el autor, de imputación subjetiva— como fundamento y límite de la pena. La contribución que ahora se comenta es la última hasta el momento y, en buena medida, aglutinadora del pensamiento del autor sobre el principio de culpabilidad expuesto a lo largo de distintas publicaciones («El concepto individual de culpabilidad», *ADPCP*, 1985, pp. 285 y ss. «Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad», *CPC*, núm. 36, 1988, pp. 759 y ss.).

II. La exposición del Prof. Torio trata de llamar la atención sobre la impropiedad de las concepciones dominantes. Frente al concepto general-impersonal de la culpabilidad, cabe oponer su incompatibilidad fundamental con la noción de culpabilidad, mientras, por otra parte, se demuestra cómo lleva a una situación de confusión en las relaciones entre el juicio de antijuricidad y el de culpabilidad.

La mencionada incompatibilidad resulta fundamental, pues la culpabilidad trata de establecer la conexión particular entre el autor y el comportamiento realizado, mientras la concepción abstracto-impersonal, partiendo de la imposibilidad de probar si una persona hubiera podido actuar de forma distinta, toma como referencia no el poder personal, sino un poder abstracto o poder promedio. «El reproche de culpabilidad no alcanza al autor por lo que él hubiese podido hacer, sino por lo que un tercero, otro, hubiese hecho en su lugar» (p. 16).

Si se concibe la culpabilidad como juicio general o abstracto se priva de sentido a la distinción entre antijuricidad y culpabilidad en la teoría jurídica del delito. El juicio de antijuricidad se refiere al comportamiento delictivo de forma objetiva, general e impersonal. Por su parte, la culpabilidad o imputación subjetiva atiende al plano individual o personal del comportamiento, de forma que el enlace entre autor y acción aparece como único e irrepetible. «En la consideración de la culpa-

bilidad obtiene el principio constitucional de igualdad su más plástica y reverberante significación, en el sentido de que no sólo reclama tratar lo igual como igual —antijuricidad— sino que hace necesario tratar lo desigual como desigual —culpabilidad—» (p. 9).

III. El autor ofrece una noción de imputación subjetiva, que es fruto de un dilatado proceso de reflexión sobre el tema en diversos momentos. En ella se aprecia la necesaria diferenciación, no siempre puesta de relieve, entre la perspectivas formal y material del principio «Ninguna pena sin culpabilidad».

Sin duda cualquiera de las nociones de culpabilidad responden a una previa concepción del hombre. En este sentido antropológico, el autor plantea como presupuesto una imagen compleja y no unilateral. El ordenamiento jurídico, con asiento en la dignidad del hombre, asume la posibilidad del ser humano capaz de orientar su comportamiento según fines y valores. Pero, junto a ello, no se puede dejar de lado la visión empírica del hombre, propia de la experiencia, en donde la decisión individual se muestra vinculada y condicionada por la realidad. «La imagen subyacente a la idea o juicio de culpabilidad es, por el contrario, la del hombre concreto, dado aquí y ahora con sus características limitaciones, en el que el delito no es producto puro de una decisión abstracta, libre, sino de una resolución concreta condicionada por múltiples factores reales» (p. 10). Tanto la imagen previa del ser humano como el tratamiento del principio tantas veces enunciado —en esta visión equilibrada y compleja— se aleja de las orientaciones y contraposiciones ideológicas y apriorísticas iniciadas en la lucha de escuelas del siglo XIX.

En sentido formal la imputación subjetiva requiere la presencia de una serie de elementos. Así, para que quepa afirmarse la culpabilidad del sujeto deberá acreditarse la imputabilidad, la conciencia real o potencial de la antijuricidad y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad (inexigibilidad de otra conducta, coacción, estado de necesidad exculpante, etc.). Sin embargo, estos elementos no se presentan en un sentido estático, como una mera adición de requisitos, sino que es preciso ponderar el conjunto de los datos de la realidad conducentes al comportamiento concreto.

A esta necesidad de ponderación del conjunto de datos de la realidad atiende la noción sustancial o material de imputación subjetiva. En ella nos aproximamos al fundamento de la imputación o atribución del hecho al autor. Exige tomar en consideración tres aspectos. En primer lugar, como base, la espontaneidad del comportamiento humano. La elección del término espontaneidad permite acercarnos al puesto singular del hombre en la realidad, que se refleja, en especial, en la creación artística o en la labor científica. En el planteamiento del autor, la singularidad del comportamiento humano resulta de que en el mismo se pueden apreciar «datos no inteligibles en términos deterministas o puramente causales» (p. 18).

Por otro lado, es preciso analizar las particularidades del carácter del sujeto, considerando aquí el conjunto de elementos de su patrimonio biopsíquico que se proyectan en la decisión de acción, así como también se deben apreciar las implicaciones de las relaciones educativas y sociales del autor. De esta manera, se consigue articular en el juicio de culpabilidad el conjunto de factores empíricos que posean capacidad de converger en la realización del acto.

Por último, de la noción material o sustancial de imputación subjetiva propuesta se desprende su función político-criminal y preventiva, de la que la práctica en buena medida carece. El concepto material es, como se ha visto, de orden complejo

en cuanto pretende acercarse al conocimiento del conjunto de factores personales condicionantes del comportamiento. Sólo desde la presencia de estos presupuestos podrá atribuirse a la culpabilidad una función preventiva. En la práctica, la determinación de la imputabilidad, como primer momento de la culpabilidad del sujeto, en aquellos casos en los que se efectúa, se lleva a cabo con un método negativo, seleccionando los casos en los que no se encuentra presente la misma, no precisando las características diferenciales y peculiaridades del sujeto. La puesta en práctica de la noción de culpabilidad aquí comentada, en referencia a la imputabilidad, exige remover viejos usos y por supuesto la reforma de la legislación. Como señala el autor «El tránsito desde una concepción abstracta general, a una visión concreta individual de la imputabilidad exige importantes reformas legislativas», en relación a la fórmula general recogida en el CP, así como la necesaria revisión de los arcaísmos presentes en las leyes procesales.

RICARDO M. MATA Y MARTÍN
Profesor de Derecho penal
Universidad de Valladolid

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, 373 págs.

El libro del que a continuación se informa corresponde a la publicación del trabajo de tesis doctoral de su autora, Teresa Rodríguez Montañés.

El libro consta de cuatro partes bien diferenciadas: la primera parte trata, a modo de introducción, sobre las consideraciones generales acerca de los delitos de peligro y del concepto de peligro en general. La segunda parte, adentrándose más en el objeto del estudio, estudia el dolo de peligro, su delimitación frente al dolo eventual y a la imprudencia consciente. En la tercera y cuarta parte, se analiza el tipo subjetivo en los delitos de peligro concreto y en los delitos de peligro abstracto respectivamente.

Todo el estudio se realiza desde un análisis exhaustivo de los diversos y complejos problemas que estos temas presentan, las distintas soluciones dadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia a lo largo del tiempo, así como desde una valoración crítica y conclusiones propias por parte de la autora ante cada uno de los problemas planteados.

Sorprende no sólo la intensa profundidad del trabajo realizado, sino la claridad meridiana con que la autora describe problemas que no sólo respecto a su solución, sino desde el propio planteamiento resultan enormemente complejos y que ella expresa de una forma ordenada, estructurada y muy clara.

A continuación, se tratará de reseñar los problemas fundamentales que la autora señala en cada una de las cuatro partes de las que consta el libro, así como las opiniones y valoraciones críticas que Rodríguez Montañés realiza.

La autora parte de dos premisas: la primera es que los delitos de peligro representan un adelantamiento de las barreras de protección en el ámbito del delito imprudente, castigando excepcionalmente la tentativa imprudente, ante la importancia del bien puesto en peligro y la especial relevancia lesiva de la forma de ataque al mismo. A esta estructura responden la mayoría de los delitos de peligro y esta

conexión con la tentativa y el delito imprudente condicionará en gran medida su tipo subjetivo.

La segunda premisa, derivada de la anterior, es que las prohibiciones de poner en peligro no son autónomas frente a las prohibiciones de lesionar y los delitos de peligro no tienen un contenido de injusto propio (pp. 5-7).

Antes de introducirse en el tema concreto del trabajo, que será el tipo subjetivo en los delitos de peligro, la autora considera necesario realizar unas breves referencias respecto al concepto y clasificación de estos delitos. En cuanto a la clasificación, la autora, conforme a la doctrina mayoritaria, diferencia entre delitos de lesión, delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Se muestra contraria a la inclusión de una categoría intermedia defendida por Schröder, al entender, de acuerdo con Gallas, que dicha categoría mixta cabrá incluirla entre los delitos de peligro abstracto (pp. 15-20).

Al referirse al concepto de peligro, la autora realiza un repaso por las distintas teorías, comenzando por las teorías objetivas y subjetivas, sigue explicando las modernas teorías, especialmente las tesis de Horn y Wolter, que fundamentan el concepto de peligro desde las coordenadas de la ley causal abstracta y de la ley de imposibilidad concreta, que según la autora se orientan demasiado a una visión causal monista, hoy ya superada y que no tiene en cuenta los principios probabilísticos de la teoría científica moderna. Por otro lado, la explicación puramente causalista excluye todo aspecto valorativo (pp. 22-33). La autora se muestra conforme con el concepto de peligro normativo expresado por Demuth, según el cual, el peligro es la amenaza a un bien jurídico ya no dominable a través de los medios normales de defensa. Conceptos claves son por tanto el no dominio de la situación por el autor y la casualidad (pp. 35-37).

En la segunda parte, Rodríguez Montañés, estudia la delimitación existente entre el dolo de peligro, el dolo eventual de lesionar, y la imprudencia consciente.

Según la autora, el dolo de lesionar implica necesariamente el dolo de poner en peligro, ya que la atribución de un contenido de injusto propio a los delitos de peligro es rechazable. Las actuaciones peligrosas se prohíben, no porque representen un injusto en sí mismas, sino en cuanto causa o posible causa de la destrucción del bien jurídico (p. 49).

Más problemática ve Rodríguez Montañés la cuestión de si el dolo de peligro implica necesariamente dolo respecto a la eventual lesión. Para dilucidar esta cuestión realiza un examen exhaustivo de aquellas teorías que identifican el dolo de peligro y el dolo de lesión y aquellas que lo diferencian, planteando sus propias críticas a estas teorías y exponiendo sus propias conclusiones.

Respecto a las primeras teorías, destaca la autora las tesis de Schröder, Schmidhäuser y Zielinski. Para estos autores, lo decisivo es que el autor ha tomado en consideración el riesgo de un resultado incierto pero posible. Identifican el dolo de peligro, el dolo eventual de lesión y la imprudencia consciente. Esta identificación la realizan desde la negación del elemento volitivo del dolo (pp. 51-58). Sin embargo, entiende Rodríguez Montañés que las premisas de las que parten estos autores son erróneas. La diferencia entre el dolo y la culpa viene marcada por la «decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos». Esta decisión requiere, además del elemento intelectual, el elemento volitivo. Actuará imprudentemente quien aun siendo consciente del peligro, *confía* en poder evitar finalmente su materialización y en que todo vaya bien. Ahora bien, para que esta confianza tenga virtualidad de excluir

el dolo eventual, es preciso que tenga una base racional. Será preciso establecer limitaciones objetivas. Lo relevante será la posibilidad de control y evitación con cierto nivel de seguridad (pp. 60-62).

Junto a estos autores, Horn y Wolter desarrollan esta identificación entre el dolo de peligro y el dolo eventual de lesión considerando el elemento volitivo del dolo. Según estos autores, sólo existe auténtico dolo de peligro cuando el autor piensa que la producción o no del resultado lesivo es independiente de su voluntad, y esto no es otra cosa que dolo de lesionar; en los demás casos únicamente habrá apariencia de peligro (pp. 66-68). Para la autora, Horn y Wolter se olvidan de casos intermedios en los que el sujeto, aun sabiendo que existe una situación de peligro, confía (confianza racional) en la no producción de la lesión (p. 69).

Respecto a las teorías que distinguen el dolo de peligro y el dolo eventual de lesión, la autora va diferenciando distintas tesis, según cuál sea su fundamento. Así, aquéllas que parten del elemento volitivo del dolo entienden que el autor puede «querer» (consentir, tomar en cuenta, aceptar, conformarse...) la efectiva producción de la lesión, o confiar en que ésta no se produzca (p. 75). Sin embargo, entiende la autora que la cuestión clave no es la voluntad del sujeto dirigida al peligro o a la lesión, sino la de determinar las posibilidades objetivas en las que el sujeto puede basar su confianza, y el distinto marco de confianza admisible respecto al peligro y a la lesión (p. 77).

Entre las tesis que parten de una teoría cognitiva del dolo, se distinguen, a su vez, aquellos autores que incluyen en el elemento intelectual una toma de posición del autor (Jakobs, Frisch) de aquellos que lo delimitan al tipo objetivo (Herzberg, Botke, Puppe). Entiende la autora que lo objetivo tiene su influencia sobre lo subjetivo. Es cierto que debe establecerse un límite objetivo a las posibilidades de confianza. La existencia de esa confianza fundada y racional es presupuesto para decir que el sujeto no actuaba dolosamente; ahora bien, lo decisivo no es el dato objetivo, sino si efectivamente ese autor concreto se ha conformado con la realización del tipo o ha confiado en su no producción. Prescindir de ese dato subjetivo puede llevar a la sospecha de «presunción de dolo». La autora considera importantes las ideas de Herzberg, en el sentido de que las limitaciones objetivas a las posibilidades de confianza racional son fundamentales, pero lo decisivo, según Rodríguez Montañés, no es el dato objetivo, sino que el sujeto lo conozca y decida seguir actuando (pp. 99-101).

El segundo problema planteado es la relación entre el dolo de peligro y la imprudencia consciente de lesión. Rechaza la autora las teorías que diferencian ambas categorías. La imprudencia consciente supone un conocimiento correcto del peligro concreto y la actuación confiando en la no producción del resultado lesivo. En este punto es donde radica la imprudencia, en la errónea confianza en su capacidad de dominar el peligro y evitar el resultado, a diferencia de lo que sucede en la imprudencia inconsciente en que se infringe la norma de cuidado ya en el momento del reconocimiento del riesgo (pp. 109s.).

El concepto normativo de culpabilidad entendido como la infracción del cuidado debido y el traslado de la infracción del deber de cuidado objetivo al tipo de injusto, como núcleo del injusto imprudente, otorgando primacía a la norma de determinación, sientan las bases dogmáticas para una evolución posterior que revolucionará la concepción clásica del delito, cuyo núcleo era la causación del resultado, hasta excluir ese resultado del ámbito del injusto.

La consideración de la infracción del cuidado objetivo como núcleo del injusto imprudente hace que la materia de prohibición en el dolo de peligro y en la imprudencia consciente sea idéntica: la realización de acciones contra el cuidado debido que impliquen un riesgo intolerable no permitido de lesión. En el delito imprudente se prohíbe la puesta en peligro de bienes jurídicos y no la causación de resultados «casuales», cuya producción no juega papel alguno respecto de la lesión de la norma de determinación, cuyo contenido es, por tanto, idéntico en el delito imprudente y el de peligro.

En esta evolución juega un papel esencial la aportación de Engisch, y posteriormente la doctrina de Welzel y el finalismo (p. 118). Aportaciones que Rodríguez Montañés explica en las páginas posteriores.

Entiende la autora que entre las voces que en nuestro país se han pronunciado a favor de la exclusión del resultado del injusto, merece una especial consideración la tesis mantenida por Mir, que él denomina «perspectiva *ex ante*». Según este autor, la exclusión del resultado del injusto, no supone negar la necesidad del mismo sino un cambio de ubicación sistemática; se trata de un elemento que condiciona o limita la punibilidad y cuya exigencia cumple importantes funciones político-criminales.

Se muestra conforme Rodríguez Montañés con Mir Puig en la configuración que éste hace de los delitos de peligro como tentativas de delitos imprudentes, pero rechaza que sea necesario para ello negar el papel del resultado en el injusto convirtiéndolo en una mera condición objetiva de punibilidad, como hace Mir. Para fundamentarlo esgrime la autora cinco razones (pp. 128-134).

Rodríguez Montañés llega a las siguientes conclusiones en esta parte del trabajo: existen ciertos ámbitos en los que el legislador no espera a la producción del resultado lesivo para punir una conducta peligrosa, creando entonces los delitos de peligro. Esto es así en virtud de tres criterios: grado de riesgo e importancia del bien jurídico, naturaleza de la actividad que permite la tipificación de las normas de cuidado y experiencia que permite ver la potencialidad lesiva.

El dolo de peligro no siempre es igual a imprudencia consciente, ya que el primero puede ir acompañado de dolo de lesión. Ahora bien, en caso de dolo puro de peligro, la estructura es idéntica a la de la imprudencia consciente: representación del concreto peligro y confianza fundada en la no producción del resultado. Los delitos de peligro son tentativas imprudentes excepcionalmente castigadas (pp. 134-137).

En la tercera parte del estudio, hace referencia ya la autora al tipo subjetivo en los delitos de peligro concreto.

Comienza por estudiar la estructura del dolo de peligro, precisando el elemento cognitivo que exigirá que el autor conozca o se represente todos los elementos del tipo objetivo, incluyendo la acción típica peligrosa y la puesta en peligro concreto. Este segundo elemento consistirá en la concreción o individualización del bien jurídico, y además será necesario que el autor emita un juicio de peligro como relación de pronóstico entre la situación presente y futura. El elemento volitivo se da desde que el autor, a pesar de la representación del peligro, sigue actuando, ya que desde este momento el autor no puede *ex ante* confiar fundadamente en la no producción del peligro. Ello no significa que no se exija elemento volitivo, sino que su mínimo exigible viene implícito en la actuación pese a la representación (pp. 161-163).

Se discute sobre la posibilidad de que exista o no dolo eventual de peligro. Después de analizar aquellas teorías que afirman tal posibilidad y las que la niegan, la autora reconoce la posibilidad de que exista dolo eventual en los delitos de peligro, en aquellos casos en que el peligro aparece como consecuencia probable pero no segura de la acción, ya que depende de una circunstancia presente o futura no conocida o no controlable para el autor. Para explicarlo utiliza el ejemplo de aquella persona que ha mantenido relaciones con un enfermo de SIDA y tiene por tanto fundadas sospechas de estar contagiado. Sin embargo, mantiene relaciones con otra persona no infectada sin emplear protección alguna. El sujeto no se representa el peligro como seguro, sino como meramente posible: él espera y quiere creer que él mismo no está infectado, lo que anula el riesgo de transmisión, pero es consciente de la posibilidad de su infección y, en tanto no se someta al test del sida para averiguarlo, éste es un mero deseo insuficiente para excluir el dolo. Estamos por tanto ante un supuesto de dolo, pero de dolo eventual, pues la representación del peligro es como meramente posible (pp. 179-182).

Por tanto, cabrá hablar de dolo directo de primer grado cuando la voluntad del autor se dirija expresamente a crear el peligro; dolo directo de segundo grado cuando el autor se representa el peligro como consecuencia necesaria y segura de la acción si bien no deseada o perseguida, y dolo eventual cuando el peligro aparece como consecuencia probable pero no segura de la acción, que depende de una circunstancia no controlable por el autor (p. 183).

Respecto a la imprudencia en los delitos de peligro concreto, se analiza en primer lugar en qué consiste la comisión imprudente de estos delitos, para después analizar su viabilidad práctica.

En primer lugar, afirma la autora que es falso que la imprudencia respecto a la lesión implique necesariamente imprudencia respecto a la puesta en peligro del bien jurídico, ya que si la actuación se realiza con conciencia de peligro concreto, y pese a todo se actúa, se afirmará dolo de peligro. En cuanto a la relación inversa, la imprudencia respecto al peligro concreto significa puesta en peligro inconsciente, estamos pues en el ámbito de la imprudencia inconsciente (p. 187).

Entiende Rodríguez Montañés que si la imprudencia consciente exige conocimiento del peligro, y el actuar con dicha representación implica dolo de peligro, no cabrá hablar de delitos de peligro con imprudencia consciente.

Por ello, al hablar del objeto y la estructura del tipo subjetivo en los delitos de peligro, se hará referencia a los presupuestos de la imprudencia inconsciente. Lo relevante a efectos del injusto es lo que hubiera podido y debido conocer el hombre medio diligente y cuidadoso, en la concreta posición del autor y con los esenciales conocimientos y capacidades de éste. La mera consciencia y voluntad de realización de la acción típica, sin consciencia de su concreta peligrosidad, es insuficiente para el dolo de peligro e irrelevante penalmente, no es auténtico dolo. Sólo si el autor conoce que con la acción está creando un peligro concreto (acción peligrosa en su dimensión típica) estaremos ante una comisión dolosa (pp. 205-208).

Respecto a la viabilidad práctica, se plantea la autora si será punible la comisión imprudente de los delitos de peligro concreto.

Rodríguez Montañés comienza analizando aquellas opiniones que niegan la punición de los delitos de peligro imprudentes. En primer lugar se examinan aquellas que se fundamentaban en la expresión «mal efectivo» del antiguo artículo 605 del C.P., como exigencia de resultado lesivo para castigar la imprudencia. Entiende la

autora que la actual expresión «hecho» recogida en el artículo 565 del C.P. no puede dar lugar a tal interpretación (pp. 212-215).

En segundo lugar, se estudian aquellas teorías que rechazan la comisión culposa al considerar que se trata de comisiones en sí mismas culposas. Entiende la autora que el hecho de que la configuración del tipo objetivo responda a la estructura básica del delito imprudente no debe prejuzgar el tipo subjetivo de estos delitos (pp. 220-221).

Por último, se contemplan aquellas que niegan la punición en virtud del sistema de penas vigentes, que llevaría a contradicciones y a castigar más lo menos grave. Esta objeción le parece acertada a la autora, que estima que de *lege ferenda* debería revisarse el sistema de sanciones (pp. 222s.).

Entiende Rodríguez Montañés que deberá castigarse con carácter general la comisión imprudente de estos delitos, aunque establece una serie de excepciones, a la vez que realiza algunas propuestas de *lege ferenda* (pp. 224-233).

En la última parte del libro, se refiere la autora al tipo subjetivo en los delitos de peligro abstracto. Va analizando las diversas posturas que sobre el tema se han desarrollado en España y Alemania, acompañando cada una de ellas de una valoración crítica.

Según la tesis de Finger, para que haya dolo el autor debe conocer que con su acción antijurídica provoca un peligro, pero para ello es suficiente que el autor realice la acción prohibida con conocimiento de las circunstancias previstas en la ley. Cuando, a pesar de que el autor tenga conciencia de las circunstancias, la acción no resulte peligrosa, deberá no obstante imputarse el peligro, con el fin de salvaguardar intereses superiores (p. 245). Critica la autora este razonamiento por varios motivos: en primer lugar, si se prescinde de la referencia a la peligrosidad para el caso concreto, se vulnera la exigencia de real eficacia lesiva. En segundo lugar, que la peligrosidad no sea abarcada por el dolo y la imprudencia supone una violación del principio de responsabilidad subjetiva. En tercer lugar, no se respetaría el principio de culpabilidad, en la medida en que se imputa un peligro general o presunto, no contrastado en el caso concreto (pp. 247-250).

Entre las tesis que reconducen estos delitos a delitos de lesión o de peligro concreto destacan Binding y Kindhäuser, quienes entienden el peligro como una lesión *sui generis*. El primero entiende que todo auténtico delito de peligro es una acción de puesta en peligro concreto, aunque no todo delito denominado de peligro lo es. Distingue dos tipos de delitos de peligro abstracto, aquellos que son reconducibles a delitos de peligro concreto, y los que no lo son, éstos son delitos de mera desobediencia, son injustos formales sin un fundamento material. Ahora bien, Binding concibe el peligro concreto como una forma de lesión *sui generis* como la perturbación de la existencia segura del bien jurídico que se da desde el momento en que se aplica un medio idóneo para poner en peligro contra el bien jurídico protegido (pp. 251s.). Kindhäuser desarrolla su concepción de los delitos de peligro abstracto como delitos de lesión contra la «Seguridad», que constituye el fin de la norma y el valor directamente protegido por estos delitos (p. 254). Critica la autora a ambos autores; al primero porque sigue reconociendo la existencia de meros «injustos formales»; al segundo porque considera que la alusión a la seguridad puede legitimar los delitos de peligro abstracto, sólo en la medida en que esa seguridad esté al servicio de la protección de bienes jurídicos esenciales. (pp. 263-265).

Se examina también la tesis de la presunción refutable, defendida por Rabl y Schröder, quienes parten de que habrá de admitirse la prueba de peligro para cada caso concreto. Opina la autora que si la carga de la prueba corresponde al reo, estaremos en una presunción contra reo, y si se invierte la carga de la prueba se estarán convirtiendo en delitos de peligro concreto. El principal fallo de esta tesis es basar la antijuridicidad en el desvalor de resultado, ya que la esencia del injusto en estos delitos está en la peligrosidad de la acción (pp. 268-269).

Respecto a la tesis de Cramer, entiende la autora que en su teoría subyace la idea de peligro abstracto referido a la peligrosidad de la conducta desde un juicio *ex ante* al expresar que en los delitos de peligro abstracto el legislador castiga comportamientos típicamente aptos para producir un resultado lesivo; sin embargo, posteriormente, entiende Rodríguez Montañés que Cramer traiciona sus planteamientos iniciales y vuelve al dogma del resultado, cuando entiende que entre los diversos delitos de peligro, existe sólo una diferencia cuantitativa (pp. 274s.).

A continuación, la autora hace un análisis de las diversas teorías centradas en el desvalor de acción. Aquellas que entienden «la peligrosidad» como elemento característico de estos delitos. Así analiza la tesis de Volz basada en «la asunción del riesgo», «la reconducción a la imprudencia», por parte de Rudolphi, Horn, Brehm y Schünemann, la tesis dualista de Wolter y las tesis de aquellos autores que diferencian los delitos de peligro abstracto de los delitos de peligro concreto en que en los primeros se exige sólo la peligrosidad general de la acción, en tanto que en los segundos se requiere la producción de un resultado de puesta en peligro. Dentro de esta última teoría existen dos grupos de autores: aquellos que entienden que la peligrosidad general se da con la realización de la acción típica, y no es necesaria su comprobación (Berz, Graul, Mir), y aquellos que entienden necesaria su comprobación (Meyer) (pp. 276-297).

La autora, después de realizar diversas críticas a las distintas teorías, expone su propia opinión personal, ya perfilada al hilo de las críticas y que, de manera simplificada, se puede resumir así: lo relevante en los delitos de peligro abstracto es la peligrosidad *ex ante* de la conducta, que es donde se basa la antijuridicidad material; el que *ex post* se produzca o no el peligro es algo absolutamente irrelevante (p. 298). Será necesario diferenciar clases de delitos en función de la clase de bien jurídico protegido. En los bienes jurídicos supraindividuales, la lesión o puesta en peligro de estos bienes jurídicos es difícilmente tipificable, ya que la lesión se produce, más que por una acción individual, por la repetición generalizada de conductas; por ello se recurre a la técnica de delitos de peligro abstracto. Será legítima la punición de toda realización típica, sin necesidad de constatar su peligrosidad. El dolo o la imprudencia se referirán sólo a los elementos del tipo legal. En el caso de los delitos referidos a bienes jurídicos individualizables, se produce un adelantamiento de las barreras de protección penal a supuestos de imprudencia sin resultado lesivo. La comisión dolosa, en estos casos, exigirá la infracción consciente del cuidado objetivo, por lo que no cabrá hablar de imprudencia consciente. Habrá que distinguir a su vez entre delitos de aptitud, en que el sujeto habrá de abarcar con el dolo esa aptitud lesiva, y los demás casos en los que el dolo abarcará los elementos típicos en los que el legislador fundamenta la prohibición (pp. 338-340).

NOTICIARIO

Nuevos catedráticos de Derecho Penal

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, han obtenido la Cátedra de Derecho Penal don José Luis González Cussac, en la Univesidad Jaime I, de Castellón; don Miguel Díaz García-Conlledo, en la Universidad Pública de Navarra; doña María Teresa Castiñeira Palau, en la Universidad de Murcia, y don Guillermo Portilla Contreras, en la Universidad de Jaén.

INDICE GENERAL DEL TOMO XLVII

Págs.

FASCICULO III

SECCION DOCTRINAL

<i>Causalidad, omisión e imprudencia</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	5
« <i>Actio illicita in causa</i> » y <i>provocación en las causas de justificación</i> , por Diego-Manuel Luzón Peña	61
<i>Los límites del ius puniendi</i> , por M. ^a Dolores Fernández Rodríguez	87
« <i>Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma</i> », por Francisco Javier de León Villalba	115
<i>Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad</i> , por Barbara Huber	155
<i>Técnicas de tutela y de intervención en el nuevo Derecho penal bancario italiano</i> , por Andrea Castaldo	177
<i>La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea</i> , por Antonio Bascuñán Rodríguez	191

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Las reglas de la técnica en Derecho penal</i> , por Bernd Schünemann	307
<i>Reglas de comportamiento y reglas de imputación</i> , por Joachim Hruschka	343

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> , por M. ^a Carmen Figueroa Navarro	357
--	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig: Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros</i> , por Carolina Bolea Bardón	375
<i>Algunas formas de influencia del Derecho comunitario sobre el Derecho penal</i> , por Adán Nieto Martín	395

SECCION DE BIBLIOGRAFIA	409
--------------------------------------	-----

NOTICIARIO

<i>Nuevos catedráticos de Derecho penal</i>	425
---	-----

INDICE

Págs.

SECCION DOCTRINAL

<i>Causalidad, omisión e imprudencia</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	5
<i>«Actio illicita in causa» y provocación en las causas de justificación</i> , por Diego-Manuel Luzón Peña	61
<i>Los límites del ius puniendi</i> , por M. ^a Dolores Fernández Rodríguez	87
<i>«Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma»</i> , por Francisco Javier de León Villalba	115
<i>Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad</i> , por Barbara Huber	155
<i>Técnicas de tutela y de intervención en el nuevo Derecho penal bancario italiano</i> , por Andrea Castaldo	177
<i>La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea</i> , por Antonio Bascuñán Rodríguez	191

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Las reglas de la técnica en Derecho penal</i> , por Bernd Schünemann	307
<i>Reglas de comportamiento y reglas de imputación</i> , por Joachim Hruschka	343

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> , por M. ^a Carmen Figueroa Navarro	357
--	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig: Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros</i> , por Carolina Bolea Bardón	375
<i>Algunas formas de influencia del Derecho comunitario sobre el Derecho penal</i> , por Adán Nieto Martín	395

SECCION DE BIBLIOGRAFIA	409
--------------------------------------	-----

NOTICIARIO

<i>Nuevos catedráticos de Derecho penal</i>	425
---	-----

