

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLVIII
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMXCV

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.⁸

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

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

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

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

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado Jubilado de la Sala 2.^a del
Tribunal Supremo

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Palma de Mallorca

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Segunda del
Tribunal Supremo

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Ex-Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

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

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

MANUEL GARCIA MIGUEL

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

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático Emérito de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES



MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR
Secretaría General Técnica

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Edited por: Centro de Publicaciones
Gran Vía, 76 — 8.^o — 28013 Madrid.

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción (sin IVA): España, 4.808 ptas. Extranjero: 5.192 ptas.

Precio del fascículo suelto (sin IVA): España, 1.904 ptas. Extranjero: 2.308 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

**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. Gran Vía, 76 — 8.^o, teléfono 547 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLVII
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMXCV

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

I.S.B.N.: 84-7787-978-8 (Fascículo II)
I.S.B.N.: 84-7787-980-X (Obra completa)
N.I.P.O.: 060-95-004-5
I.S.S.N.: 0210-3001
Depósito Legal: M-126-1958

Solana e Hijos, Artes Gráficas, S.A.
Teléfono 6 10 90 06 MADRID

IN MEMORIAM

En memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho Penal. Universitat de València

Era el otoño de 1982 cuando oí hablar, por primera vez en la Universidad, de la escuela positiva y la escuela clásica, de la concepción causal de la acción y de la crítica de Welzel... del Marqués de Beccaria y de la reforma penal. Si en aquel tiempo, alumnos que éramos de la asignatura Derecho Penal Parte General, nos hubieran preguntado por nuestros deseos profesionales en el futuro, seguro que todos sin excepción hubiésemos querido ser profesores de Derecho Penal, criminólogos, abogados criminalistas, fiscales o cualquier otra actividad que tuviese que ver con el Derecho penal. Tal era la capacidad docente, la gran proyección de ilusión, la tremenda confianza en el futuro que nos expresaba nuestro profesor de Derecho penal, D. José Ramón Casabó Ruiz.

Ahora, doce años después, me encuentro escribiendo estas líneas en memoria de su persona, pues, aún me parece mentira, el Insigne Profesor falleció el 12 de agosto de 1994, a la edad de 53 años... tuve la suerte de ser uno de sus tres discípulos, uno de aquellos estudiantes que soñaba con trabajar con él, con aprender bajo su dirección a conocer e investigar el Derecho penal. ... Nos enseñó a querer esta asignatura porque sobretodo, y de esto no nos dábamos cuenta, él estaba detrás...

A finales de ese mismo mes de octubre de 1982, pocas semanas después de haber iniciado el curso académico, aconteció el desmoronamiento de la presa de Tous y varios pueblos de la ribera valenciana fueron arrasados por el agua y el barro. También fue nuestro profesor de Derecho penal, D. José Ramón Casabó, quien, entonces en calidad de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, nos animó a todos los estudiantes a sentirnos implicados en la tarea de lim-

pieza y reconstrucción de aquellas poblaciones tan necesitadas de ayuda. Decenas de autobuses salían los sábados de la puerta de la Facultad en dirección a la zona sinistrada, cargados de alumnos ilusionados que volvían al anochecer llenos de barro y agotados, pero tremadamente contentos porque con la ayuda de nuestro Decano estábamos demostrando que también los profesores y alumnos de la Facultad de Derecho sabíamos ser solidarios.

No es corriente que en una revista científica tan prestigiosa como la que publica esta nota necrológica, se hagan referencias a aspectos personales de aquellos que, de una u otra forma, han contribuido a su constante éxito y prestigio. Pero, por mucho que lo intente, un discípulo no puede evitar hablar de su maestro y de su obra tal y como lo vieron sus ojos y su corazón. Por esta razón, ruego al lector que disculpe tantas referencias vitales, que son imprescindibles aún en la sintética consideración de la obra académica, investigadora y profesional del protagonista de este breve relato a título póstumo.

A este respecto, quiero agradecer públicamente a mi compañero, el profesor Jaime Peris Riera, su discípulo más antiguo, muchos de los datos biográficos aportados que aquí se expresan.

José Ramón Casabó Ruiz nació en Sedaví, una pequeña población pegada a la ciudad de Valencia, en 1941. Se licenció en Derecho en la Universidad de Valencia en 1963. No obstante, ya antes de su licenciatura había participado como alumno colaborador en el Departamento de Derecho penal. Me comentaba en una ocasión que tras la riada de 1957, la biblioteca de Derecho penal había sufrido una gran merma y como estudiante colaboró activamente en la nueva redistribución de la bibliografía correspondiente a este Departamento.

En los años sucesivos, hasta que llegase a ocupar la Cátedra de Derecho penal el Profesor Cobo del Rosal, le tocó vivir muchos cambios de dirección en el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia. De esta forma, llegó a conocer y trabajar, según los casos y en distintas épocas, con los profesores Ferrer Sama, Navarrete y Córdoba Roda. Con este último leyó su tesis doctoral. En esta etapa inicia una gran amistad con Rodríguez Mourullo, quien entonces era un joven adjunto en nuestra Universidad, y según me comentó en muchas ocasiones, junto al ahora Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid e influido notablemente por éste, inicia su formación dogmática siguiendo una línea de marcado objetivismo en la concepción de la antijuridicidad que profundizó cuando ocupa la Cátedra Cobo del Rosal. Aquí se origina una segunda etapa en su evolución académica, en la que participa activamente en un grupo de investigación que creó y dirigió el ahora Profesor de la Universidad Complutense de Madrid integrado por los profesores Vives Antón, Beltrán, y el propio Casabó, al que más tarde se unirían los profesores Boix Reig y Orts Berenguer. Por estos años el recién fundado Instituto de Criminología inicia una serie de publicaciones colectivas en las que participan estos y otros profesores que se iban in-

corporando, siendo destacable el carácter realista que imprime el intento de conciliar el estudio y la profundización de los axiomas fundamentales del Derecho penal con los problemas más candentes de la realidad de aquel momento histórico en relación con la aplicación de la Ley penal. Así, se publican entonces los volúmenes *Peligrosidad y medidas de seguridad. Valencia, 1974*. *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención. Valencia, 1975* y *Delitos contra la salud pública. Tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes. Valencia, 1977*. En estas obras participaría activamente Casabó Ruiz con contribuciones de gran altura científica que colaboraron en el éxito y prestigio de las mismas. El propio Profesor Casabó quiso proseguir con esta labor iniciada por el Profesor Cobo, y en 1979 bajo su dirección se publica el monográfico colectivo *Estudios penales. Valencia, 1979*.

Se doctoró el 1 de abril de 1968 con su brillante tesis *El Código penal de 1822*. En este su primer trabajo científico que inicia una línea de investigación definida por la íntima relación existente entre Historia, Filosofía y Legislación penal. A su profundo conocimiento de la Ciencia penal, siempre le acompañó una extraordinaria preparación en fundamentación filosófica de los autores ilustrados y del Siglo XIX, contando también con su gran capacidad para el manejo de las fuentes y materiales jurídicos e históricos de la época reseñada.

En esta, su tesis doctoral, demuestra con brillantez la existencia de los auténticos antecedentes inmediatos del Código penal de 1822, especialmente la influencia del utilitarismo de Bentham; establece las repercusiones reales de este texto punitivo en otros textos punitivos posteriores, en concreto, en los iberoamericanos; y, de igual forma; rompe con la imagen de la absoluta falta de vigencia del código enunciado, sobre todo en territorios de ultramar. De esta línea de investigación en la Historia del Derecho penal español iniciada por el Profesor Casabó fue testigo esta misma revista de Anuario de Derecho Penal, quien en 1969 publicaba el trabajo *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787*. (págs. 313 y ss.). Diez años más tarde, siguiendo la tendencia histórica, en esta misma publicación aparecía el artículo *Vigencia del Código penal de 1822*. (págs. 333 y ss.).

La coherencia, característica personal muy marcada en José Ramón Casabó, se mantuvo en lo relativo a la preferencia por el estudio histórico de nuestra legislación e instituciones penales y continuó esta formación científica en muchos de los trabajos ulteriormente publicados, la mayoría, en la Universidad de Murcia en 1978. Caben señalar, a estos efectos, los siguientes: *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz de Andino.. El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de FET y de la JONS. El Proyecto de Código Penal de 1939*. Con idéntico planteamiento nos ilustran otras anteriores investigaciones: *Actualidad del pensamiento histórico sobre la legislación penal preventiva y El fundamento de las medidas de seguridad*, en el libro colectivo «*Peligrosidad social y medidas de seguridad*». Valencia, 1974. Son muchas las contribuciones

al conocimiento del Derecho penal que se aportan a lo largo de estos trabajos. Destacaría ahora dos de ellas: de un lado, la explicación de la existencia de un Anteproyecto de Código penal de la Falange de marcado carácter nacionalsocialista, así como las razones de su fracaso; y, de otro lado, la comprensión del modelo criminológico de la Escuela positiva a través de un paralelismo asombroso con los esquemas del modelo biológico imperante en aquella época.

Pero no perdamos el hilo conductor de la vida académica de José Ramón Casabó. Ese mismo año de 1968, tras su reciente doctorado, obtiene la plaza de Profesor Adjunto de Derecho penal. Inmediatamente se marcha a Alemania y allí en la Universidad de Munich amplía sus ya profundos conocimientos de Derecho penal con uno de los más prestigiosos penalistas del mundo en aquella época: Reinhart Maurach. Las buenas relaciones que mantuvo con el Profesor alemán determinaron un contacto fluido entre ambos, y la propia Facultad de Derecho se beneficiaría años después con la presencia del penalista de Baviera en Valencia, pronunciando varias conferencias. En esta primera estancia mantiene también una gran amistad con quien entonces era un joven asistente, Friedrich-Chrístian Schroeder, si bien la concepción radicalmente subjetiva del Derecho penal postulada por el ahora Profesor Schroeder llevó a Casabó, junto con la ulterior influencia de los profesores españoles antes mencionados, a una concepción diametralmente opuesta del Derecho penal. En muchas ocasiones le oí decir que mantener la ubicación del dolo en el tipo o en la culpabilidad era una cuestión técnica que conducía en la práctica a similares consecuencias jurídicas. De ahí que, si se era coherente con la fundamentación inicial, proseguía, se podrían postular correctamente ambas tesis. Ahora bien, la absoluta subjetivización de todas las categorías del Derecho penal conduciría en última instancia a una incriminación del ánimo, de la desobediencia, del pensamiento contrario a la norma, y esta posición tendría que ser descartada por razones de ausencia de garantía para el ciudadano. En este período asistió de igual forma a seminarios organizados por otros autores de la entidad de Engisch o Bockelmann.

Se podría, de esta forma, hablar de una etapa germánica, que se solapa temporalmente con las anteriormente señaladas, y en la que el autor se preocupó por estudiar las corrientes jurídicas de vanguardia (que solían iniciarse en la República Federal de Alemania). Sus estancias científicas con tal fin se sucedieron en los años 1974, 1976, 1980 y 1983, entre otras, en la Universidad de Maguncia, con la cual tenía una especial relación, y en el Instituto de Derecho penal internacional y extranjero de Friburgo de Brisgovia. En este último conoció e inició una gran amistad con otra de las grandes espadas del Derecho penal de los últimos tiempos y entonces director del centro, Hans-Heinrich Jescheck. También la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia tuvo la oportunidad, gracias una vez más, al Profesor Casabó, de oír al famoso tratadista en una conferencia en 1983 dedicada al moderno sistema de

penas en la Europa occidental. Con todo, y como recientemente señaló Orts Berenguer, el conocimiento de las bases del Derecho penal alemán no le provocó veneración o exagerada adoración de las teorías y autores correspondientes. Pensaba que nuestros clásicos, con menos estridencia, en muchas ocasiones ya habían superado tiempo atrás tesis que ahora se imponían en última moda. Tampoco se puede negar la influencia que este país marcó en su desenvolvimiento personal y profesional, pues, como persona inteligente, supo aprovechar de toda experiencia los aspectos positivos y desechar los negativos. Creo que de Alemania, y de su admiración por lo nórdico en general, se puede destacar su capacidad de organización y previsión, su gran sentido de la responsabilidad individual y social, su seriedad en el trabajo y su cultura filosófica, entre otras cosas.

En 1974 obtiene José Ramón Casabó Ruiz por oposición la plaza de Profesor Agregado. En este tiempo sigue conformándose el grupo de investigación antes reseñado con su participación. En 1976 consigue la plaza de Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Extremadura, en la Facultad de Derecho de Cáceres. El siguiente curso académico, y durante uno más, ocupa la Cátedra de la misma disciplina en la Universidad de Murcia. Pese a la brevedad de la estancia en ambas Universidades, testimonios de la época son unánimes en la coincidencia de señalar que el ejercicio del puesto docente lo desempeñaba el Profesor valenciano con tanta ilusión y energía, con una dedicación tan determinante, que su presencia en las respectivas ciudades parecía que iba a ser perpetua.

Fue en el curso académico 1978-1979 cuando, por fin, el Profesor Casabó Ruiz gana la Cátedra de Derecho penal que había sido ocupada por el Profesor Cobo del Rosal hasta que éste parte a la Universidad Complutense de Madrid. Había logrado alcanzar su meta más preciada: ejercer la Cátedra de Derecho penal en la Facultad de Derecho, que a decir de Rodríguez Mourullo, fue durante muchos años la más prestigiosa de todo el territorio nacional; y volver a su tierra mediterránea. —Aquí nací, y aquí moriré. ¡Me quedo en mi tierra para siempre!—. me comentaba tiempo después en unos momentos muy difíciles de su vida. De esta forma, tras un largo período de constantes trasladados y cambios de domicilio (Alemania, Cáceres, Murcia) echaba raíces en el lugar que él más amaba: Valencia.

Se inicia ahora otra nueva etapa en la que José Ramón Casabó pasa a ser a algo más que un prestigioso catedrático de Derecho penal. Su llegada a Valencia le motiva, como signo de amor y gratitud a la Universidad en la que se había licenciado y doctorado, a preocuparse (si cabe todavía más) por mejorar y modernizar el funcionamiento de la Facultad de Derecho, del Instituto de Criminología y del propio Departamento de Derecho penal. Ocupa la dirección del Departamento y del Instituto, y continúa ahora la labor iniciada por Cobo del Rosal. Bajo su coordinación se publica en 1979 el libro colectivo *Escritos penales*, en los térmi-

nos que he narrado líneas atrás. Se preocupa por informatizar el Instituto de Criminología en una época en la que muy pocos confiaban en los complicados ordenadores. Como director del Departamento de Derecho penal cabe destacar el interés que mostró en la concepción interdisciplinar de una misma materia jurídica. A este respecto, se celebraron varios seminarios interdepartamentales con la pretensión de lograr un análisis más completo de los respectivos problemas jurídicos, y al mismo tiempo con la finalidad de alcanzar cada uno de los integrantes del seminario una formación jurídica más completa fuera de la estricta limitación de la disciplina de su especialidad. Es esta una etapa de gran actividad universitaria que culmina con su elección como Decano de la Facultad de Derecho en 1981 ejerciendo este cargo hasta 1983, en una época en la que era muy difícil gobernar esta institución, y repito ahora tan sólo las palabras del actual Decano, el Profesor Carmelo Lozano, porque la Universidad valenciana sufre un proceso de masificación vertiginosa con aparición de nuevos problemas, crecimiento de la complejidad del funcionamiento institucional y una total ausencia de legislación específicamente universitaria. En este mismo bienio, Casabó colabora activamente en la creación del Colegio Universitario de Castellón, verdadero germen de lo que hoy es la Universidad castellonense Jaime I. Desde 1986 hasta el momento de su muerte impartió docencia en el C. E. U. San Pablo de Valencia.

Esta pretensión científica de examinar los presupuestos de la realidad objeto de la subsunción jurídica de forma global y no limitado a la concreta y específica disciplina, hemos visto, se había proyectado en el recurso a la investigación histórica y a la fundamentación filosófica. Pero también, dentro del mismo ámbito del Derecho, ya en alguna de sus primeras publicaciones se observa la tendencia al estudio de problemas interdisciplinares, materias que suelen evitar los juristas por la dificultad que entraña el manejo de las fuentes y el método de una materia ajena. Casabó, por el contrario, y merced a esa capacidad de conocimiento global del conjunto de las ciencias sociales, desarrolló una serie de investigaciones en esta línea de interdisciplinariedad. Caben destacar ahora su trabajo para esta publicación periódica *El parentesco adoptivo en el Código penal español*. ADPCP (1972); págs. 89 y ss., en el que, con una gran visión de futuro, conecta determinadas cuestiones del Derecho de Familia con el marco jurídico penal. De igual forma, introduciéndose en el difícil campo del Derecho administrativo, en el marco del Derecho disciplinario en relación con la sanción punitiva, publicó su trabajo *Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*. Escritos penales. Valencia, 1979; págs. 173 y ss.

Otra de las grandes preocupaciones del Profesor valenciano fue la que derivaba de la necesidad de fundamentar un Derecho penal liberal respetuoso con las libertades de los ciudadanos. La legitimidad del *ius puniendi* en clave de racionalidad, la legitimidad de las instituciones pu-

nitivas asentada exclusivamente en el marco de las garantías del ciudadano, de la defensa de sus derechos fundamentales se establece como fundamento y orientación en otro grupo de artículos científicos. Así, en la obra *Comentarios al Código penal*, en la que colaboró junto con Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo y Del Toro Marzal (Barcelona, 1972), estudia, entre otros muchos temas, el principio de legalidad, de un lado; y de otro la naturaleza de la infracción administrativa y su relación con el hecho punible. Ya en aquella época, seis años antes de la aprobación de nuestra Constitución Española, declaraba, adelantándose a su tiempo una vez más "... el principio de legalidad de las penas no vincula únicamente a las autoridades judiciales y administrativas, pues alcanza también al propio poder legislativo, por lo que devendría inconstitucional la ley que quebrantase el principio de legalidad de las penas. " En materia de Derecho administrativo sancionador, con el fin de preservar las libertades del ciudadano frente a la Administración pública, se mostró partidario del entendimiento de la naturaleza de la infracción administrativa bajo los presupuestos de las denominadas tesis cuantitativas, atendiendo a la diferencia con el delito por razones de gravedad y no de cualidad. La consecuencia era evidente: un mismo hecho no puede ser objeto a la vez, y bajo un mismo fundamento, de sanción administrativa y pena criminal. Tras la promulgación de la Constitución nuestro autor vuelve a tratar estas dos temáticas ahora a la luz de los preceptos del Texto Fundamental en sus respectivos trabajos *La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente*. Estudios penales y criminológicos V. Santiago de Compostela, 1982, y *La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código penal*. La reforma penal y penitenciaria. Universidad de Santiago de Compostela, 1980; págs. 271 y ss. La repercusión de estas investigaciones fue de tal magnitud que, en parte, el propio Tribunal Constitucional recogió en alguna de sus resoluciones las tesis propugnadas por Casabó Ruiz.

Dentro de la producción literaria del autor, cabe mencionar finalmente el libro *La concreción de la pena en el Código Penal español*. Valencia, 1979; en el que, de forma sintética y sencilla, se proporcionan al lector una serie de reglas interesantes que facilitan la compleja tarea de determinar la pena en un supuesto práctico hipotéticamente dado.

Quienes, como el que ahora redacta estas líneas, tuvieron la oportunidad de conocerle de cerca, saben que una característica muy pronunciada en José Ramón Casabó era su sencillez, que se manifestaba en todos los órdenes de su existencia. Huía de la ostentación y del lujo. Rehusaba las situaciones en las que él pudiese aparecer como centro de atención. Esta cualidad, unida a su gran generosidad, explican muchos de los acontecimientos que rodearon su vida profesional y académica. Tuvo, por ejemplo, pocos discípulos (Jaime Miguel Peris Riera, Fulgencio Madrid y quien escribe estas notas) porque no pretendía crear reyando alguno en la Universidad. También pude dar fe de la existencia de

una auténtica «obra escondida» de nuestro protagonista, de un conjunto de magníficos trabajos que nunca quiso publicar porque en su modestia entendía que no debían ver la luz pública, y que generosamente ofrecía a quien mostraba interés por ellos. Cuando los medios de comunicación le buscaban para entrevistarlo, lejos de regocijarse con la fama, siempre les remitía a otro compañero para que le sustituyese. Como el propio Señor Decano del Ilustre Colegio de Abogados de la ciudad de Valencia comentó en el acto académico celebrado en su memoria en la Facultad de Derecho el día 11 de noviembre de 1994, es difícil encontrar un *curriculum vitae* del mentado Profesor, pues su modestia era incompatible con la ostentación, y más incompatible todavía cuando se trataba de su propia y brillante trayectoria académica y científica.

José Ramón Casabó triunfó también como abogado. Se hizo famoso en esta faceta profesional a nivel nacional por el éxito que su actuación tuvo en el conocido caso del derrumbamiento de la presa de Tous o su intervención en el asunto del envenenamiento masivo por aceite de colza. Hay otros muchos que el público no conoce y que le colmaron de satisfacción, y en este sentido sé que el día que consiguió un indulto para un ciudadano totalmente rehabilitado que tenía que cumplir condena diez años después de cometer unos hechos delictivos en su juventud, se sintió profundamente dichoso. Tengo que destacar, de igual forma, que como abogado nunca cobraba por la prestación de sus servicios ni a estudiantes universitarios, ni a compañeros de profesión, ni los asuntos que la Universidad le encargaba, ni a personas con problemas económicos.

En la abogacía también formó parte activa en la administración del Colegio de abogados, y de hecho desde 1992 fue miembro integrante de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio dc Abogados de la ciudad de Valencia. Era el primer catedrático universitario que ocupaba semejante puesto de responsabilidad en esta Institución. Una vez más, jamás alardeó de ello. En esta época, en los dos últimos años de su vida, José Ramón Casabó pretende realizar un ansiado proyecto que tenía en mente desde sus tiempos de director del Departamento de Derecho penal: lograr una fluida relación entre la Facultad de Derecho y las instituciones que, de una u otra forma, estaban vinculadas con el Poder Judicial. De hecho, quiso aprovechar su condición universitaria para poder ofrecer a los jóvenes abogados una mejor preparación técnica y teórica a través de conferencias impartidas por profesores y mediante publicaciones dirigidas a los letrados con tal fin.

Existen muchas más particularidades que enriquecen la biografía profesional y académica de José Ramón Casabó como la condición de miembro de diversas asociaciones nacionales e internacionales de Derecho penal o su actuación en el pasado como magistrado. Sin embargo creo que el lector queda suficientemente ilustrado sobre la trayectoria académica, científica y profesional de nuestro protagonista. La obra de Casabó Ruiz es una proyección de su propia persona: humilde, ingeniosa, brillante, solidaria, discreta y tolerante, muy tolerante... Es muy difí-

cil que hallemos una persona con la que nos encontremos permanentemente en el polo opuesto en ámbitos como el político, religioso, o en otros órdenes de la personal concepción de la vida; y esta experiencia la conocí durante los casi diez años que estuve a su lado... Pero nunca, nunca me sentí tan respetado en estos mismos ámbitos como con la actitud de tolerancia de mi maestro...

José Ramón Casabó fumaba con frecuencia, y sus dos hijas, entonces todavía niñas, le reprochaban a su padre este hábito. Consciente de que la razón asistía a las pequeñas, les propuso el siguiente trato: dejaría él de fumar, si ellas le prometían que jamás probarían el pernicioso tabaco. Así lo hicieron éstas, dando su palabra de no encender nunca un cigarrillo y, desde entonces, nadie le volvió a ver fumar. Así era José Ramón Casabó: un auténtico demócrata Descanse en paz.

SECCIÓN DOCTRINAL

De nuevo sobre el delito de prevaricación en el «caso Barreiro» (A propósito de la STS de 3-V-94, Sala tercera, Sección sexta) (*)

CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de A Coruña

I. INTRODUCCIÓN

El pasado día 3 de mayo de 1994 la sección sexta de la Sala tercera, de lo contencioso-administrativo, de nuestro Tribunal Supremo (1) dictó

(*) Este trabajo se envió también a la «Revista xurídica galega». No obstante, transcurrido más de un año desde dicho envío sin haber recibido comunicación oficial alguna por parte de la dirección de dicha Revista, he sabido de fuentes oficiales que se había decidido no publicar el presente artículo, pero no por su escaso interés científico o práctico (lo que aceptaría de plano), sino por otras razones que rechazo con indignación. Ciertamente, el lector iniciado en el tema podrá comprender que el contenido de las páginas que siguen resultará sin duda incómodo, tanto desde el punto de vista jurídico como político, para la multiforme oligarquía dominante en este momento en Galicia. Sin embargo, mi incorregible ingenuidad y la (*prima facie* fundada) creencia de que precisamente quienes tenían «el dominio del hecho» en el seno de la Revista en absoluto podían ser identificados con tal oligarquía me movieron a enviarles este trabajo.

Para más aclaraciones, *vid.* el prólogo a mi libro «*Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social*», Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

Las consideraciones precedentes explican por qué quiero terminar esta nota preliminar manifestando públicamente mi reconocimiento al Anuario de Derecho Penal, y en particular a su director, mi querido compañero Enrique Gimbernat Ordeig, quien me manifestó además su convicción de que, también en esta ocasión, mi artículo debería ser publicado en la sección doctrinal.

(1) Sección presidida por Pablo García Manzano y compuesta por los magistrados Pedro Antonio Mateos García (que actuó como ponente en esta sentencia), Francisco José Hernando Santiago, Manuel Goded Miranda y José María Sánchez Andrade y Sal.

una sentencia referente a un conocido asunto litigioso en Galicia (el caso del «Casino del Atlántico»), declarando conforme a Derecho una autorización de la Xunta de Galicia para la instalación de un casino de juego en la ciudad de A Coruña. Con esta resolución, el TS revoca una sentencia dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) (2), el 29 de octubre de 1990, en la cual se declaraba contraria a Derecho la referida autorización (3).

Pese a ser una sentencia de indudable interés en sí misma considerada, la relevancia jurídica de la reciente resolución del TS se incrementa notablemente si se pone en relación con otro caso (penal éste) mucho más famoso. Me refiero al «caso Barreiro», en el que la Sala segunda del TS, (4) en una conocida sentencia de 17-IX-1990, condenó al que fue Vicepresidente de la Xunta de Galicia, Xosé Luis Barreiro Rivas, como autor de un delito de prevaricación (5), en virtud de lo cual el TS revocabía a su vez una sentencia absolutoria de 3-X-1989 de la Sala de lo Penal del TSJG (6).

Objeto del presente comentario será, precisamente, explicar por qué la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TS permite extraer unas conclusiones que resultan verdaderamente sorprendentes al proyectarlas sobre la sentencia condenatoria de Barreiro de la Sala segunda del propio TS.

He de advertir, no obstante, que ya el propio Barreiro, desde su habitual columna periodística, publicó en *La Voz de Galicia* un artículo (7) en el que, de forma brillante e irónica pero también de modo declaradamente esotérico, se hacía eco de la extraordinaria repercusión que posiblemente la reciente sentencia del TS en el caso judicial que —muy a su

(2) Compuesta por Ramón Santiago Valencia (presidente), Francisco D'Amorín Vieitez y José María Arrojo Martínez (que actuó como ponente).

(3) La sentencia de 29-X-90 del TSJG estimó en este punto los recursos contencioso-administrativos interpuestos por el casino de «La Toja, S.A.» y por la «Asociación empresarial española de casinos de juego» (en adelante, A.E.E.C.J.), dirigidos ambos, acumulados, contra la Orden de la Consellería de la Presidencia de la Xunta de Galicia de 4-IX-86. Dicha sentencia del TSJG fue recurrida en apelación ante el TS, tanto por el Casino del Atlántico como por la Xunta de Galicia.

(4) Compuesta por los magistrados Enrique Ruiz Vadillo (ponente), Eduardo Moner Muñoz y Joaquín Delgado García.

(5) Esta sentencia fue comentada por mí en un trabajo que se publicó en el *Anuario de Derecho penal*, 1991, fascículo II, págs. 363 a 411, bajo el título de «Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios. A propósito de la sentencia del TS sobre el 'caso Barreiro'». A este trabajo remito al lector que desee conocer todos los pormenores jurídicos del «caso Barreiro». Compartiendo algunos aspectos críticos de mi comentario, vid. el trabajo de H. ROLDÁN BARBERO (*De la prevaricación administrativa*) en *La Ley*, 8 de febrero de 1994, pp. 1 y ss.

(6) Tribunal compuesto por los magistrados: Daniel García Ramos (presidente y ponente), Pablo SaaVEDRA Rodríguez, Pablo Sande García, Juan Carlos Trillo Alonso y José María Arrojo Martínez. Estos dos últimos magistrados formularon —y redactaron—, conjuntamente, un voto particular condenatorio, cuyo texto se incorporó a la sentencia. Sobre la controvertida composición de este Tribunal y, en especial, sobre la presencia de los dos últimos magistrados, que no pertenecían a la Sala de lo penal, vid. *infra* nota 14.

(7) Vid. en *La Voz de Galicia* del día 23 de mayo de 1994 el artículo titulado «*Requiem por un Tribunal*», firmado por XOSÉ LUIS BARREIRO.

pesar— llevará siempre su apellido. Por lo demás, una vez que comprobé que ni siquiera lectores especialmente formados en el terreno jurídico habían captado plenamente el sentido de dicho artículo, yo mismo redacté otro (titulado «*De nuevo sobre el “caso Barreiro”: claves para la comprensión del artículo “Requiem por un Tribunal”*»), que fue enviado al mismo periódico en los primeros días del mes de junio de 1994 y publicado finalmente el día 29, tras una serie de vicisitudes que prefiero omitir aquí, con un título diferente (para lo que no fui consultado) «*Indulto para Barreiro*».

A continuación, a modo de introducción, reproduzco el contenido de dicho artículo periodístico. Y lo hago, de un lado, porque creo que ofrezco al lector un buen resumen de lo que pretendo exponer en páginas posteriores (8), y, de otro lado, porque dicho artículo se publicó a la postre de una manera tal que motivó por mi parte una posterior carta de queja al director de *La Voz de Galicia* (no publicada), en la que, entre otros aspectos que deseo no hacer públicos, (9) le solicitaba al menos una «fe de erratas». Y es que, en efecto, aparte de la —antes aludida— modificación del título que encabezaba el artículo, en éste se omitían dos pasajes: la primera omisión hacía ininteligible uno de los párrafos más importantes del escrito y quizás también el más enojoso para algunas personas (10); la segunda, eliminaba la remisión a un comentario técnico que en aquel momento yo proyectaba ya publicar en una revista jurídica. Por este motivo, en la reproducción de mi artículo subrayaré los pasajes que (aparte de la modificación del título) omitió el mecanógrafo del periódico:

De nuevo sobre el «caso Barreiro»: claves para la comprensión del artículo «Requiem por un Tribunal»

«El pasado 23 de mayo Xosé Luis Barreiro escribe un artículo de enorme trascendencia jurídica y social, redactado, sin embargo, de forma confesadamente compleja y oscura, sólo apta para los muy versados en el tema. Como me creo incluido entre estos últimos, asumo la tarea de explicar las «claves de comprensión» que Barreiro insinúa pero que —ignoro por qué razón— conscientemente silencia.

(8) Con todo, el artículo primigeniamente enviado al periódico poseía una mayor extensión; sin embargo, tuvo que ser resumido por indicación de los responsables del diario.

(9) Sí quiero hacer constar que, pese al esfuerzo de síntesis desplegado por mí, el artículo se publicó en dos páginas diferentes (74 y 82), en la parte final del ejemplar del día 29 de junio, decapitado por los anuncios por palabras y flanqueado por las notas necrológicas.

(10) Me refiero al párrafo cuarto del artículo que a continuación se reproduce en el texto. Suprimido el pasaje subrayado, tal y como se hizo en la publicación del artículo el día 29 de junio de 1994, este importante párrafo resultaba confuso, pero sin que un lector especialmente atento pudiese advertir que ello encerraba realmente una errata (por omisión) imputable al mecanógrafo del periódico y creyese, en cambio, que se trataba de una redacción descuidada del autor del artículo. Por lo demás, es evidente que con dicha omisión continuaba sin ser aclarada, en contra de lo que era mi propósito fundamental, una de las principales «claves» para la comprensión del artículo de Barreiro.

No oculto, por otra parte, la satisfacción que me produce la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo administrativo), sobre el caso «Casino del Atlántico», al comprobar cómo, por vía indirecta, pero de modo incuestionable, en ella se ve corroborada mi crítica a otra sentencia del propio TS de 17-09-1990 (Sala de lo penal), en la que se condenó al propio Barreiro por un delito de prevaricación. Crítica reflejada en su día en un artículo publicado en este periódico y ampliamente desarrollada en el Anuario de Derecho penal.

Con permiso de Barreiro, pues, me atrevería a resumir el sentido último de su artículo en la siguiente tesis: el razonamiento jurídico esencial que le sirvió al TS (Sala de lo penal) para fundamentar lo que jurídicamente es más grave (la condena por el delito de prevaricación) es rechazado ahora por el propio T.S. (Sala de lo administrativo) como posible base de lo más leve (una infracción administrativa).

Conviene aclarar, no obstante, que el caso de la autorización del Casino, ahora declarada legal, no es el mismo que el que propició la condena de Barreiro (organización del juego de boletos). Ahora bien, ambos casos guardaban un extraordinario parentesco: los dos consistían en autorizaciones administrativas realizadas al amparo de la misma normativa legal, siendo Barreiro Conselleiro de Presidencia. Pero, además, lo sorprendente es que las coincidencias existían también en el terreno de la valoración judicial, puesto que en la sentencia que apreció delito en la conducta de Barreiro la Sala de lo penal del TS aceptó como parte esencial de su motivación el razonamiento del voto particular condenatorio que, discrepando de la mayoría, habían formulado dos magistrados del TS de Xustiza de Galicia. Y como, a su vez, uno de esos magistrados fue asimismo el ponente de la sentencia del caso del Casino, dictada en su día por el TSXG (Sala de lo administrativo), *no puede resultar extraño que incorporase a ésta similar argumentación. En consecuencia, al corregir ahora el TS (Sala de lo administrativo) el razonamiento de esta segunda sentencia del TSXG, está echando por tierra implícitamente, pero de forma categórica, el soporte jurídico utilizado para condenar a Barreiro.* La motivación de la reciente sentencia del TS podrá ser discutible para algunos, pero, desde luego, su mera existencia posee en cualquier caso la virtualidad de eliminar el delito de prevaricación.

Es cierto que cada uno de los dos procesos presentaba ulteriores matices diferenciales, y que, tanto en uno como en otro, se habían añadido irregularidades peculiares de cada caso. Sin embargo, se puede comprobar con facilidad que la condena de Barreiro por el TS está basada de forma decisiva precisamente en las razones que ahora el propio TS (Sala de lo administrativo) declara ajustadas a Derecho, *tal y como creo haber demostrado claramente en mi trabajo más arriba citado. Si, pese a todo, el lector abrigase todavía alguna duda al respecto, le remito a un nuevo comentario que publicaré en una revista jurídica.*

Tengo que reconocer que, con arreglo a criterios estrictamente jurídicos, si el «caso Barreiro» me produjo antes una profunda desazón, ahora me deja atónito. Y lo grave es que no representa un caso aislado,

ya que la justicia atraviesa, en efecto, una profunda crisis. Con todo, considero que sería injusto centrar las críticas exclusivamente en la judicatura y más aún estimar que la crisis afecte de una manera especial a nuestros Tribunales gallegos. Antes al contrario, puedo asegurar que —al menos en el ámbito penal, que es el que mejor conozco— sus resoluciones no se sitúan técnicamente en un nivel inferior al de las resoluciones dictadas por otros Tribunales, ni siquiera por el TS, el cual no se ha caracterizado históricamente en términos generales por una gran altura jurídico-penal en la fundamentación de sus sentencias. Buena prueba de ello es el enjuiciamiento del «caso Barreiro», donde la que precisamente sale mal parada es la Sala de lo penal del TS, que ve desautorizada (¡y de qué manera!) su argumentación jurídico-administrativa por la Sala especializada en este sector del Derecho. En cambio, quienes tienen que recobrar todo el crédito que a mí personalmente siempre me merecieron son los magistrados de nuestro TSXG que firmaron la impecable sentencia que lo absolvió.

Como es sabido, Barreiro lleva camino de cumplir cuatro años de su larga condena (seis años y un día de inhabilitación) y no posee ya recurso alguno frente a la misma. No obstante, nuestro Ordenamiento contiene una institución jurídica, configurada como causa de extinción de la pena, que, a la vista de lo anteriormente expuesto, tendría que ser aplicada. Pienso, en efecto, que en atención a elementales razones de equidad y justicia se debería solicitar al Gobierno del Estado (que desde luego no debe quedar exonerado de responsabilidad en el funcionamiento de nuestra justicia) la concesión del derecho de gracia: el **indulto**, que desde aquí soy el primero en suscribir».

II. LA CONEXIÓN DE LA STS DE 3 DE MAYO DE 1994 CON EL «CASO BARREIRO»

El caso del Casino del Atlántico y el caso Barreiro presentan grandes similitudes desde diversas perspectivas. Básicamente cabe distinguir, de un lado, una perspectiva que podríamos calificar de «objetiva» o «fáctica», puesto que reside en una analogía entre los respectivos presupuestos de hecho, y, de otro lado, una perspectiva que podría ser adjetivada de «jurídica» y «subjetiva», porque las similitudes afloran también en el propio terreno de la argumentación jurídica (si bien con conclusiones diversas) e incluso con la participación de un intérprete judicial común a ambos procesos.

2.1. La conexión objetiva

Ante todo, hay que aclarar en primer término que el supuesto de hecho enjuiciado por la STS de 3-V-1994 (que declara la legalidad del Casino del Atlántico) guarda un extraordinario parentesco objetivo con el caso que propició la condena de Barreiro (autorización para organizar el

juego de boletos en la Comunidad autónoma gallega) porque en ambos supuestos se trataba de autorizaciones administrativas efectuadas por la Xunta de Galicia, cuando Barreiro era Conselleiro de la Presidencia del Gobierno autónomo, coincidentes en el tiempo y realizadas al amparo de la misma normativa legal.

En efecto, tanto la Orden de la Consellería de la Presidencia de 28 de agosto de 1986 (caso Barreiro), como la Orden del mismo órgano firmada unos días después, el 4 de septiembre de 1986, (caso Casino del Atlántico) estaban basadas en la Ley 14/1985 de la Comunidad Autónoma de Galicia, reguladora de los juegos de apuestas en Galicia. En ambos supuestos el otorgamiento se llevó a cabo de forma similar, de acuerdo con la misma técnica (una técnica de autorización) y sin recurrir a un concurso previo.

Pues bien, dicho de modo sintético, lo verdaderamente sorprendente de las dos resoluciones del TS es que la falta de convocatoria pública y de publicidad a la hora de otorgar la autorización fue una de las razones fundamentales que llevó, confesadamente, a la Sala segunda del TS a apreciar delito de prevaricación en la conducta de Barreiro, mientras que para la Sala tercera del propio TS la ausencia de convocatoria pública y de publicidad ni siquiera sirven para convertir el hecho en un ilícito administrativo.

Es cierto que cada uno de los dos procesos presentaba ulteriores matizadas diferenciales, y que, tanto en el uno como en el otro, existían circunstancias que permitieron añadir a los respectivos tribunales algunas «irregularidades» jurídicas peculiares de cada caso. Sin embargo, creo que se puede demostrar con facilidad que la condena de Barreiro por parte de la Sala segunda del TS no sólo tiene en cuenta de forma muy relevante (algo que está fuera de toda duda) la «irregularidad» que ahora la Sala de lo contencioso del propio TS declara perfectamente ajustada a Derecho, sino que incluso es la *razón decisiva* que le conduce a apreciar el delito de prevaricación.

Esto último se puede deducir de una lectura detenida de la sentencia del TS que condenó a Barreiro, de acuerdo con su propia lógica argumentativa interna, puesto que las ulteriores irregularidades jurídicas mencionadas en ella, una de dos, o fueron calificadas expresamente por el propio TS «como simples irregularidades administrativas sin entidad penal» o se trataba de una (inexplicable e indebida) alteración de los hechos probados (11).

En suma, se puede anticipar aquí que, tal y como subrayaba en mi trabajo del año 1991, en mi opinión resulta muy claro que el hecho decisivo para la integración del tipo penal de la prevaricación de Barreiro se circunscribió a la falta de convocatoria pública y de publicidad en el procedimiento administrativo seguido para la autorización del juego de

(11) Tales aspectos fueron comentados ampliamente por mí en el trabajo antes citado, al que ahora me remito expresamente. Vid. MARTÍNEZ PÉREZ: *Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios*, cit., *pássim*, especialmente pp. 393 y ss., y sobre todo p. 398.

boletos (12). Por este motivo, yo prestaba particular atención al examen de estas circunstancias y, a través de una labor hermenéutica en el terreno jurídico-penal, llegaba a la conclusión de que las mismas no podían fundamentar el injusto del delito de prevaricación, con independencia de la valoración que mereciesen desde la perspectiva administrativa. Ahora bien, lo sorprendente —como queda dicho— es que sea ahora precisamente el propio TS (en concreto, la sala especializada en materia contencioso-administrativa) la que declare la licitud administrativa de hechos análogos.

Por último, es importante señalar que la Sala de lo contencioso-administrativo del TS tenía pleno conocimiento de la sentencia condenatoria de la Sala segunda en el «caso Barreiro» y también era completamente consciente de la conexión entre este caso y el del Casino enjuiciado por ella. Que esto es así se deduce inequívocamente del fundamento de derecho sexto de la sentencia del 3-V-1994 de la sala tercera del TS, cuando en él el alto Tribunal, saliendo al paso de una alegación efectuada con respecto a este punto por la parte recurrida (la A.E.E.C.J.), declara: «La exposición anterior determina la conformidad a derecho del acuerdo administrativo impugnado y como además deviene de todo punto irrelevante cuanto se aduce por la parte recurrida en relación con la sentencia dictada por la Sala segunda de este Tribunal, (sc. la que condenó a Barreiro) a la cual incumbe la competencia para decidir en exclusiva las cuestiones de orden penal, pero en modo alguno para resolver cuestiones administrativas, ...» (13).

2.2. Las conexiones jurídica y subjetiva

Estas conexiones entre las diversas resoluciones judiciales aludidas merecen ser explicadas con cierto detenimiento a la luz de las insólitas y complejas coincidencias que ofrecen ambos casos. En efecto, las similitudes no se agotan en la esfera de los hechos, sino que se proyectan así:

(12) Asimismo, en el repertorio de jurisprudencia correspondiente al año 1990 se acompaña al encabezamiento de la STS de 17-IX-1990 (núm. 7322) la indicación de que las disposiciones estudiadas en esta sentencia son (lógicamente, además de los arts. 119 y 358-1 del C.p.) los arts. 103 y 106 de la Constitución española.

(13) Incluso en el propio fundamento de derecho sexto la sentencia del TS añade a renglón seguido la importante precisión siguiente: «al margen de que tampoco han sido acreditadas las razones determinantes del fallo condenatorio». Tal precisión es, sin duda, formalmente cierta, puesto que —como he indicado anteriormente— la sentencia de la sala segunda del TS de 17-IX-90 alude a diversas irregularidades jurídicas y no explica claramente si hay una razón decisiva para fundamentar la condena. Ello no obstante, una somera labor hermenéutica de esta sentencia nos revela que, a juicio del propio TS, y aunque éste enumere también otras, la falta de convocatoria pública y de publicidad es *una de las razones determinantes* del fallo condenatorio, tal y como se acaba de señalar en este apartado y se aclara más detenidamente *infra* dentro del epígrafe 2.2.3.

mismo en relevantes aspectos jurídicos de la interpretación judicial, de tal suerte que, de un lado, la sentencia de la Sala de lo contencioso dictada en su día por el TSJG, declarando ilegal el Casino del Atlántico, posee evidentes similitudes de razonamiento jurídico con el voto particular condenatorio de Barreiro firmado por dos magistrados del TSJG y con la sentencia, también condenatoria para el político gallego, de la Sala segunda del TS. De otro lado, frente a tales resoluciones, la reciente sentencia de la Sala de lo contencioso del TS, decidiendo la legalidad del Casino del Atlántico, contiene una argumentación jurídica opuesta, que viene a coincidir con la reflejada en la sentencia absolutoria de Barreiro por parte del TSJG.

Las similitudes apuntadas en primer lugar provienen de un curioso punto de partida: uno de los dos magistrados del TSJG que en su día formularon el voto particular (condenatorio por delito prevaricación) a la sentencia (absolutoria) de Barreiro fue, asimismo, el magistrado ponente de la sentencia del caso del Casino del Atlántico (14). Y, como no podía ser menos, ante unos hechos sustancialmente coincidentes en el aspecto más arriba relatado, dicho magistrado utilizó similar argumentación jurídica, tal y como puede deducirse con sencillez del cotejo de los pasajes fundamentales de ambas resoluciones que reproduczo en los siguientes epígrafes.

(14) Esta coincidencia de que un magistrado perteneciente a la Sala de lo contencioso del TSJG hubiese sido llamado para formar parte de la Sala de lo penal encargada de juzgar a Barreiro tiene su origen, a su vez, en una circunstancia no menos curiosa y no menos trascendente, que no expliqué en mi artículo de 1991, pero que merece ser debidamente aclarada para ser incorporada al anecdotario jurídico del «caso Barreiro». Dado que en este caso únicamente tres magistrados de la Sala de lo penal podían formar parte del Tribunal (los restantes no podían intervenir por haber firmado previamente el auto de procesamiento de Barreiro en su calidad de integrantes de la antigua Audiencia territorial), el Presidente del TSJG designó a dos magistrados de otra Sala, con arreglo a los criterios recogidos en el art. 199 de la LOPJ («un turno en el que serán preferidos los que se hallaren libres de señalamiento y, entre éstos, los más modernos»). Sin embargo, parece claro —a mi entender— que el art. 199 no podía ser aplicable en el presente caso. Este precepto tan sólo posee operatividad «cuando no asistieren Magistrados en número suficiente para constituir Sala»; solamente en esa hipótesis «concurrirán» (indica imperativamente la norma) «para completarla otros Magistrados que designe el Presidente del Tribunal respectivo». Pues bien, la Sala de lo penal *no necesitaba ser completada porque contaba con el número suficiente de tres magistrados para su constitución*, de acuerdo con lo prevenido en el art. 196 de la LOPJ. Evidentemente, esta última conclusión en modo alguno puede ponerse en tela de juicio mediante la invocación del art. 197 de la propia LOPJ, toda vez que este precepto se limita a reconocer, de forma potestativa, que «podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados que *la componen*». Parece innecesario explicar que esta norma permite llamar a todos los magistrados de *una misma Sala*, como, en el caso que nos ocupa, sería la Sala de lo penal del TSJG; mas en ésta ya estaban presentes *todos sus magistrados* y ellos constituyan además número suficiente para formar válidamente la Sala. En síntesis, la composición del Tribunal que juzgó a Barreiro vulneró, a mi juicio, la LOPJ y la vulneración se materializó precisamente con la incorporación de los dos magistrados especializados en lo contencioso que formularon el voto particular condenatorio.

Por otra parte, es asimismo evidente que, en lo que atañe a este fundamental aspecto, la Sala segunda del TS en la sentencia que condenó a Barreiro siguió las líneas básicas del razonamiento jurídico del voto particular condenatorio formulado por los dos magistrados del TSJG, las cuales son también recogidas a continuación.

2.2.1. La sentencia de la Sala de lo contencioso del TSJG sobre el caso del Casino del Atlántico

En el fundamento undécimo de la sentencia de 29-X-90 de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJG se sintetizan en primer término las peticiones de los demandantes (Casino de la Toja, S.A., y A.E.E.C.J.), los cuales planteaban «la cuestión de la falta de convocatoria y concurso, y en relación con ella la posible violación de los principios constitucionales de libre concurrencia, libertad de empresa, e igualdad, y del artículo 7-1 de la Ley 14/85». El Tribunal resume asimismo la pretensión de los demandados (la Xunta de Galicia y la entidad «Casino del Atlántico»), los cuales sostenían «que este precepto no exige el requisito del concurso público, que el procedimiento concursal no es de aplicación obligatoria y que ni desde un punto de vista formal, ni material, se ha sustraído a nadie la posibilidad de solicitar la autorización correspondiente».

Planteadas las posiciones jurídicas en dichos términos, el TSJG efectúa una serie de consideraciones sobre la construcción del concepto dogmático de autorización administrativa y, a partir de esto, lleva a cabo una determinada interpretación del precepto contenido en el art. 7-1 de la Ley 14/85, (15) en virtud de la cual llega a la conclusión de que «puede sostenerse la aplicación en el presente caso del artículo 2-3 de la Ley de Contratos del Estado en cuanto que la actuación impugnada participe de la naturaleza de las operaciones a que se refiere dicho precepto y consecuentemente serían de aplicación el último párrafo de dicho artículo 2, el art. 3 del Reglamento General de Contratación del Estado así como el artículo 13 de la citada Ley en el que se consagran los principios de publicidad y concurrencia».

(15) En concreto, dentro del mismo fundamento de derecho razona en su motivación el TSJG que «nos encontramos ante una autorización, existiendo, por lo menos, un previo interés legítimo derivado del reconocimiento por el art. 38 de la Constitución de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, pero al mismo tiempo participa de la naturaleza de las autorizaciones de funcionalidad operativa, habiéndose destacado por el propio legislador la trascendencia social y económica que implica la instalación y funcionamiento de los casinos de juego, y en directa conexión con ello se establece una relación entre la Administración y el adjudicatario, con una intensa intervención de la Administración que viene a configurar la autorización con un claro relieve organizativo, y como un verdadero acto negocial que excede de lo que tradicionalmente se entiende como actividad de policía....».

Por lo demás, dentro de este mismo fundamento de derecho el TSJG reconoce que su conclusión «puede ser objeto de discusión doctrinal, pero ocurre —prosigue la sentencia— que en lo que se refiere a la necesidad de respetar los principios de publicidad y libre concurrencia e igualdad de oportunidades se llega a la misma afirmación mediante la necesaria aplicación de los preceptos constitucionales».

Seguidamente, en el fundamento de derecho duodécimo el TSJG recuerda la STC núm. 77 de 27 de junio de 1985 y trata de ofrecer para el caso enjuiciado una interpretación del art. 7-1 de la repetida Ley 14/85 que sea acorde con la Constitución. En este sentido, tras poner en relación el citado art. 7-1 con el art. 8-5 de la misma Ley (que sólo autoriza la instalación de un Casino de Juego en la provincia de A Coruña), el TSJG considera que «ante esta limitación radical, la autorización deja de ser el presupuesto del ejercicio de un derecho para constituir un elemento indispensable para el nacimiento del concreto derecho al ejercicio de una actividad, y esta naturaleza de aquella exige de modo inexcusable la sujeción en su otorgamiento a los principios de publicidad y libre concurrencia para que no resulte violado el art. 14 de la Constitución». A renoglón seguido el TSJG aduce que «el artículo 7-1 de la Ley 14/85 no ampara la libertad de la Administración para acogerse o no a los principios de publicidad y libre concurrencia sino que ha de ser interpretado en el sentido de que en el concreto supuesto de cada una de las modalidades de juegos recogidos en el artículo 6 de la Ley la autorización ha de ser otorgada aplicando y respetando las exigencias derivadas de la naturaleza y características de la actuación administrativa, incluidas obviamente las nacidas por directa aplicación de los preceptos constitucionales» (16).

En suma, de lo que antecede se desprende —en opinión del TSJG— que «el artículo 7-1 de la Ley 14/85 merece un juicio positivo de constitucionalidad ..., exigiendo en el presente caso el artículo 14 de la Constitución que la autorización sea concedida mediante un procedimiento en el que se respeten los principios de publicidad y libre concurrencia e igualdad de oportunidades ..., debiéndose destacar que la publicidad que se exige no puede entenderse referida a la prevista en el artículo 8-2 del Reglamento estatal de Casinos de Juego, ..., ni tampoco a la constituida por la propia publicación de la Ley, sino a la que posibilite la libre concurrencia de todos aquellos que aspiren al nacimiento del concreto derecho al ejercicio de la actividad de que se trata».

(16) Al respecto aclara el TSJG que «al recaer la autorización sobre una actividad que la legislación limita radicalmente posibilitando a una sola entidad el ejercicio, en la provincia de A Coruña, de la actividad de que se trata es evidente que el artículo 14 de la Constitución exige que aquella sea otorgada mediante un procedimiento que garantice la igualdad de oportunidades, que reuna las suficientes garantías de la igualdad de acceso a la misma, lo que sin embargo no fue respetado por el acto impugnado que efectúa una adjudicación directa de la autorización sin haber procedido a la apertura oficial de un plazo para la presentación de solicitudes».

En conclusión, la Sala de lo contencioso del TSJG considera que «el acto impugnado ha venido a infringir el artículo 7-1 de la Ley en la interpretación que del mismo exigen los principios constitucionales» (fundamento de derecho decimotercero).

2.2.2. *El voto particular condenatorio de Barreiro de dos magistrados de la Sala de lo penal del TSJG*

En el voto particular condenatorio de Barreiro —aunque anterior en su redacción a la sentencia del TSJG sobre el caso del Casino— se puede comprobar con facilidad una coincidencia sustancial con la argumentación jurídica que se acaba de exponer en el apartado anterior, en lo que concierne al aspecto objeto de análisis en el presente comentario. En realidad, en este voto particular se refleja una síntesis de la argumentación precedente, según se infiere de los pasajes que reproduczo seguidamente.

Los firmantes del voto particular condenatorio señalan en el apartado 3 del fundamento de derecho quinto que el otorgamiento para la explotación del Juego de Boletos «se desarrolló con la más absoluta falta de publicidad oficial, sin que se procediera a la apertura de plazo para la presentación de solicitudes, impidiendo así la formulación de otras y en consecuencia, eliminando la posibilidad de elegir, entre todas las que se pudieran presentar, la más conveniente para el interés público ...». «Y era necesaria la publicidad porque, como posteriormente viene a reconocer el art. 7 del Decreto n. 167/86, la titularidad del Juego de Boletos corresponde a la Comunidad Autónoma, lo que supone que no nos encontramos ante una simple incidencia de la acción administrativa sobre la esfera jurídica privada ... sino que se trata de la eliminación de la titularidad privada en el sector de que se halla y su traslado a la titularidad pública, desde la cual se dispensan posibilidades de ejercicio a los particulares mediante la fórmula concesional, fórmula ésta que permite elegir las entidades más capaces o con mayores garantías para que la indicada actividad se cumpla conforme a lo que el interés público convenga ...». «De lo expuesto se llega a la conclusión de que en el proceso seguido debía ser aplicada una técnica concesional, sin que para ello sea obstáculo el término autorización empleado en el art. 7 del Decreto 167/86, que, como ya se indicó, no había entrado en vigor (17) y en con-

(17) Este Decreto 167/86 contiene el Reglamento del Juego de Boletos (D.O.G. de 13 de junio), desarrollo de la Ley 14/85 reguladora de los Juegos y apuestas de Galicia. Sorprende, a mi juicio, la repetida cita de este Decreto con la intrascendente alusión a la circunstancia de que no había entrado en vigor, circunstancia que, como veremos, resulta irrelevante no ya sólo a efectos penales, sino incluso a efectos de pura legalidad administrativa. Aunque no sea una cuestión que afecte directamente al aspecto central del presente comentario, debo recordar que la matización por mí efectuada no es ociosa

secuencia es de aplicación la Ley de Contratos del Estado, en atención a lo dispuesto en el inciso primero del párrafo último de su artículo 2. Ahora bien, con independencia de la posición mantenida en orden a la exigencia de una técnica concesional ..., aunque se admitiera la posibilidad de aplicación de una técnica autorizatoria, la importancia económica que para la Comunidad Autónoma supondría la puesta en práctica del Juego de Boletos obliga a concluir que también en este supuesto era necesaria una mínima publicidad oficial».

Con posterioridad, en el apartado núm. 10 del propio fundamento de derecho quinto los dos magistrados discrepantes del parecer absolutorio de la mayoría afirmaban que «poco importa que se hubieran presentado veintidós solicitudes, pues la exigible publicidad oficial podría haber dado lugar a la presentación de otras, respetando así el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución, así como el art. 103,1 de la misma, según el cual la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales, y ello, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, entendido éste como ordenamiento jurídico íntegro».

2.2.3. *La sentencia de la Sala segunda del TS que condena a Barreiro*

En el primer fundamento de derecho de la STS de 17-IX-1990 puede encontrarse ya una exposición sintética del razonamiento básico que mueve al alto Tribunal a apreciar el delito de prevaricación en la conducta de Barreiro: «la autorización/concesión otorgada por el procesado ... para la explotación del Juego de Boletos ... se concedió sin ningún tipo de publicidad, requisito indispensable en este tipo de actos administrativos, a quien había presentado una solicitud el 28 de octubre de 1985, inexplicablemente antes de la promulgación y entrada en vigor de la Ley que iba a regular dicho juego en Galicia y en representación de una sociedad, todavía inexistente, en los términos que luego se dirán, datos estos (carencia de soporte legal e inexistencia de la sociedad) que eran conocidos perfectamente ...» (18).

porque siempre he tenido la impresión (y esto sí que es una apreciación subjetiva manifestada por vez primera) de que el TS, en su sentencia condenatoria de Barreiro, no sólo tuvo en cuenta la esencia del razonamiento jurídico del voto particular condenatorio gallego, sino que además se vio influido por su propia exposición de los hechos probados y por su peculiar narración del discurso jurídico. Sólo así puedo llegar a encontrar explicación a los evidentes errores de constatación empírica en los que incurrió el TS, como, p. ej., sobre todo la trascendente afirmación errónea de que cuando Barreiro hizo la primera concesión no se había publicado la Ley correspondiente, siendo así que ésta llevaba publicada ya cinco meses. Obviamente hay aquí una confusión con el Reglamento del Juego más arriba citado. Vid. *infra* nota 19.

(18) A los efectos del presente comentario simplemente interesa tener en cuenta el argumento inicial referente a la ausencia de cualquier tipo publicidad, dato que conecta a los razonamientos que a continuación se exponen en el texto. No obstante, debo recordar aquí que las otras dos circunstancias mencionadas en dicha conclusión

A continuación, prosigue la sentencia razonando que «parece claro que se estaba en presencia de una concesión, dato importante para dibujar mejor el comportamiento del procesado ...» y que »... faltó, pues, toda publicidad» y «no hubo, por consiguiente, ninguna garantía para los ciudadanos, en general, que no tuvieron oportunidad de acceder a una convocatoria para participar en lo que debió ser un concurso selectivo de solicitudes en materia tan importante...». Por lo demás, la sentencia recalca que «el hecho nuclear es que la concesión se hace, a espaldas de cualquier publicidad, antes incluso de tener cobertura legal para llevarla a cabo (19), a quien previamente le había visitado para interesarse por ella y en representación de una sociedad no nacida» (20).

En cuanto al contenido de la argumentación jurídica del TS, es del máximo interés señalar que la sentencia no duda en señalar cuáles son los preceptos del Ordenamiento jurídico que, en su opinión, resultan infringidos. En efecto, subraya el alto Tribunal que «son dos los artículos que al más alto nivel sirven de plataforma esencial a toda actuación administrativa ...: 1) el 103 ..., y 2) el artículo 106 ...». Sobre la base de estos preceptos constitucionales y en referencia al supuesto enjuiciado, el TS razona que «el interés público, sin duda prioritario en estos casos, exigía la adopción de medidas conducentes a que, a través de los sistemas de publicidad oficial adecuados, incluidos, en su caso, los medios de comunicación, se conociera el procedimiento en curso para obtener de la concesión el mayor número de beneficios posible, incluso cuando el acto concesivo se haya de tomar, como ya se dijo, bajo el criterio de la discrecionalidad que, como es bien sabido, no puede ser jamás arbitrariedad y actuación sin control o límites. En resumen, el sistema de concesiones ha de construirse sobre los principios de publicidad y libre concurrencia, como se deduce de las ideas que conforman este sector del Derecho Administrativo y se recogen en varias disposiciones legales» (21).

(inexplicable solicitud e inexistencia de sociedad) no sólo resultaban intrascendentes a efectos de constituir el delito de prevaricación, sino que —como indiqué en su momento— eran perfectamente explicables y conformes a Derecho. Vid. *Lo objetivo y lo subjetivo*, cit., pp. 378 y ss.

(19) Por otro lado, quiero volver a insistir en este trascendental error en la apreciación de los hechos por parte del TS, error que comenté ampliamente en mi trabajo *Lo objetivo y lo subjetivo*, cit., pp. 378 y s. Evidentemente, si la autorización hubiese sido efectuada sin cobertura legal, como erróneamente entendió el TS, no habría habido duda alguna —a mi juicio— acerca de la existencia entonces de un delito de prevaricación. Con todo, también debo añadir —a título puramente informativo— que, con posterioridad al «caso Barreiro», los gallegos hemos tenido conocimiento en nuestra Comunidad de diversas irregularidades —sobradamente comentadas en los medios de comunicación— en las que efectivamente se carecía de toda cobertura legal y, sin embargo, no han dado lugar desde luego a procedimiento penal alguno.

(20) Vid. págs. 25 a 27 de la sentencia.

(21) Vid. págs. 28 y 29 de la sentencia.

2.2.4. *La sentencia de la Sala tercera del TS de 3-V-94 sobre el caso del Casino del Atlántico*

Frente a las resoluciones jurisprudenciales anteriores, la sala tercera de nuestro TS estima ahora, por el contrario, que en el supuesto enjuiciando la falta de convocatoria de concurso para adoptar la decisión administrativa legitimadora de la instalación y explotación del Casino no conculcó los principios constitucionales de libre concurrencia, libertad de empresa e igualdad.

De este modo, nuestro máximo intérprete judicial en materia jurídico-administrativa desautoriza tajantemente la argumentación de la sentencia de instancia, dictada por la sala de lo contencioso-administrativo del TSJG, y consecuentemente invalida de forma indirecta pero incuestionable la argumentación esgrimida en este punto por el voto particular del TSJG y por la propia sala segunda del TS que condenaron a Barreiro. Al propio tiempo, el razonamiento de la sentencia de 3-V-94 corrobora aquí la exégesis administrativa llevada a cabo por los magistrados integrantes de la Sala de lo penal del TSJG que firmaron la sentencia absolutoria de Barreiro.

En efecto, la STS de 3-V-94 comparte con la sentencia absolutoria de Barreiro del TSJG la idea de que en el caso planteado, a la vista de la normativa reguladora aplicable (Ley 14/85 de la Comunidad Autónoma de Galicia y, en su caso, Reglamento de Casinos de Juegos de 9-I-1979) estamos en presencia de una *mera autorización* (22) y que, por consiguiente, no resultaba necesaria la previa convocatoria de un concurso para concederla.

Para justificar esta conclusión, el TS utiliza en su quinto fundamento de derecho tres argumentos, que rebaten las líneas discursivas de la sentencia de instancia del TSJG y que, *mutatis mutandis*, son perfectamente trasladables al caso Barreiro.

En primer lugar, el TS subraya que, de acuerdo con el precepto nuclear aplicable (art. 7-1 de la citada Ley 14/85), «ya en principio y en términos generales la Administración no se encuentra constreñida a la previa convocatoria de un formal concurso» y que sólo para el caso de que «exista un Plan territorial para su distribución» la autorización «se podrá otor-

(22) En el fundamento de derecho cuarto de la STS de 3-V-94 se explica paladianamente que «la actividad desarrollada por la Junta de Galicia se materializa o concreta, prescindiendo de especulaciones doctrinales, en una autorización administrativa de todo punto necesaria, como modalidad de intervención de aquella misma naturaleza, que con carácter declarativo y para el adecuado control de los juegos, reconoce la posibilidad de instalar y explotar la correspondiente actividad privada que va a desarrollarse en el casino, o, como decíamos en la sentencia de 28 de noviembre de 1990 “es una técnica administrativa que se corresponde con el carácter de las autorizaciones que la doctrina viene llamando “operativas”, por contraposición a las simples autorizaciones, y que presentan como rasgo peculiar el de que el acto autorizatorio de la Administración no se agota con la emisión del mismo, sino que el ente público autorizante cumple una función de vigilancia respecto de la actividad autorizada a lo largo del tiempo, lo que en cierto modo aproxima este tipo de autorizaciones a la figura de la concesión administrativa”, con la cual, de naturaleza constitutiva, añadimos ahora, no se confunde».

gar mediante la resolución de un concurso ...», esto es, —aduce el TS— «que ni concurriendo tan particular circunstancia y aun dando por supuesto, con todas las dificultades que ello puede conllevar, vista su propia inclusión en la ley, que la previsión del art. 8-5 constituye un plan de carácter territorial, se impone preceptiva u obligatoriamente el concurso, sino que únicamente se reconoce a la Administración la posibilidad de otorgar la autorización bajo tal modalidad ...» (23).

En segundo lugar, el TS indica categóricamente que «no cabe entender infringidos los preceptos o principios constitucionales al modo que se señala en la sentencia impugnada, ya que la posibilidad de impetrar la instalación y explotación de un casino en La Coruña estaba abierta a todos y pudo ser solicitada libremente, una vez promulgada la Ley 14/85 ... y, en consecuencia, ni resulta afectada la libertad de empresa en la modalidad de intervención administrativa desarrollada, habida cuenta de que no se pone restricción alguna, ni se discrimina a otras sociedades al no reconocerles idénticas oportunidades, pues aquellas también pudieron interesar la autorización ...» (24).

En tercer lugar, el TS finaliza la motivación de su conclusión afirmando «siquiera sea brevemente, porque entendemos no ser necesario mayor desarrollo, que, en mérito de aquella específica naturaleza de autorización que reconocíamos al acto administrativo impugnado, deviene inaplicable la Ley de Contratos del Estado, así como el Reglamento para su aplicación, por cuanto ni existe concesión, ni se genera relación contractual de clase alguna, ni, por ende, resulta aplicable el artículo 2.3. del texto legal citado, sino que estamos en presencia de una autorización administrativa impuesta por razones de policía».

En síntesis, en atención a todo lo expuesto, la STS de 3-V-94 en su sexto fundamento jurídico estima la conformidad a derecho del acuerdo administrativo impugnado, rechazando expresamente que pudiese haber lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, «por cuanto ya hemos razonado con anterioridad y ratificamos ahora que la norma incorporada en el art. 7.1 de la Ley 14/85, de cuya validez depende en cierta manera el fallo, no consideramos que pueda ser contraria a la Constitución ni a los principios informadores de la misma».

III. CONSIDERACIONES FINALES

Como conclusiones generales extraídas de todo lo expuesto en páginas anteriores se puede decir de forma sintética: que, siendo Conselleiro

(23) En este sentido se había pronunciado asimismo la sentencia del TSJG que absolvío a Barreiro. Y, a mi juicio, ello no admite duda alguna. Vid. MARTÍNEZ PÉREZ: *Lo objetivo y lo subjetivo*, cit., pp. 402 y ss., donde se critica el razonamiento de la sala segunda del TS.

(24) Vid. en sentido similar mi propia argumentación, a efectos penales, en *Lo objetivo y lo subjetivo*, cit., pp. 404 y ss., sustancialmente coincidente con la de la STS del 3-V-94.

de Presidencia de la Xunta de Galicia, Barreiro otorgó dos autorizaciones administrativas prácticamente coincidentes en el tiempo y al amparo de la misma normativa legal; que, mientras una de ellas (organización del juego de boletos) ocasionó su condena por delito de prevaricación en una sentencia de la Sala segunda del TS, la otra (instalación del Casino del Atlántico) fue declarada conforme a Derecho por la Sala tercera del TS; que, para motivar su fallo, la sentencia condenatoria de la Sala segunda del TS (inspirándose en el voto particular condenatorio del TSJG) utilizó argumentos jurídicos que la Sala tercera del TS (revocando la sentencia de instancia de la Sala de lo contencioso del TSJG) considera ahora inválidos para fundamentar una simple ilicitud administrativa; que la propia Sala segunda del TS subrayó que tales argumentos jurídicos poseían gran relevancia para el pronunciamiento condenatorio, los cuales, incluso, tienen que ser considerados -a mi juicio- como los soportes decisivos del fallo, si nos atenemos a la propia lógica interna del discurso del TS; que, en fin, a la vista de las conexiones objetiva y subjetiva apuntadas en páginas anteriores, la reciente sentencia de la Sala de lo contencioso del TS de 3-V-1994 no sólo comporta la revocación jurídica de la sentencia de instancia, sino que además significa que una parte decisiva de la argumentación jurídica invocada por la Sala segunda del TS para condenar a Barreiro no sirve en cambio para declarar la mera ilicitud administrativa de un hecho análogo.

Por lo demás, creo que la pura comparación de las razones expuestas en los pasajes entrecorbillados de las diversas sentencias resulta, a mi entender, tan elocuente y contundente que me exime de efectuar cualquier glosa o comentario posterior sobre las mismas.

Al respecto únicamente quisiera recordar que en el citado artículo sobre el caso Barreiro, publicado en el Anuario de Derecho penal de 1991, exponía mi opinión personal como penalista, y, sobre la base de las reglas de interpretación reservadas para las normas penales, llegaba a la convicción de que, con arreglo a los hechos declarados probados, la actuación de Barreiro en el asunto del juego de boletos no podía ser constitutiva de un delito de prevaricación. Como es natural, yo no entraba a analizar la legalidad administrativa de la misma, a pesar de que —añadí ahora— diversos especialistas en Derecho administrativo para mí merecedores de toda credibilidad (25) me manifestaron entonces sus muy fundados reparos ante la afirmación de que la autorización efectuada por Barreiro el 28 de agosto de 1986 conculcase la legalidad administrativa, dejando al margen, por supuesto, el examen de otros hechos que condujeron al procesamiento y que pudiesen poseer relevancia penal.

Es cierto sin duda que, aunque a mí y a aquellos especialistas en Derecho administrativo nos parezca correcta, la reciente sentencia de la

(25) Ciertamente no coincidentes con aquellos otros que proclamaron en su momento la ilegalidad de las autorizaciones comentadas y/o asesoraron a los denunciantes de Barreiro.

Sala tercera del TS podrá ser objeto de controversia en el plano de la discusión científica. Ahora bien, con independencia de quien tenga razón, lo que desde luego puede expresarse con firmeza es que la mera existencia de esta última sentencia, firmada por cinco magistrados de la Sala de lo contencioso del TS, posee incuestionables repercusiones en orden a rechazar la integración del tipo de injusto del delito de prevaricación de funcionarios en la conducta de Barreiro.

Reconozco que el citado comentario mío del año 1991 a la sentencia de la Sala segunda del TS de 17-IX-1990 (y al voto particular condenatorio del TSJG) era «muy crítico» (26). No obstante, a la vista de la reciente sentencia de la Sala tercera del TS y de lo reflejado en los epígrafes anteriores, el lector juzgará si el tono jurídico crítico de aquel comentario debe, o no, ser revisado y, en caso afirmativo, en qué sentido.

Por mi parte, antes de concluir sólo quiero reafirmarme en mi opinión, manifestada en el artículo periodístico del pasado 29 de junio, favorable a la concesión de un indulto a Barreiro. Esta opinión está, desde luego, muy influenciada por la lectura de la reciente sentencia de 3-V-94 de la Sala de lo contencioso del TS, mas también lo está por circunstancias que, si bien son ajena a este proceso, suscitan en cambio una comparación inevitable. Realmente contrasta que, mientras Barreiro cumple su larga condena por delito de prevaricación, otros funcionarios públicos en diversos sectores de la actividad administrativa hayan venido realizando impunemente conductas, en las que —según mi parecer (27)— los indicios de la injusticia eran notorios, y que, pese a haber sido denunciadas, ni siquiera culminaron en un procesamiento. Circunstancia esta última, por cierto, que más que confirmar la idea —que siempre tuve por correcta— de la vigencia efectiva del principio de intervención mínima en el delito de prevaricación (28), viene a otorgar carta de naturaleza a otra idea bien distinta, que ya no me parece tan correcta, esto es, la proclamación de una especie de «principio de no intervención» penal en esta materia (29).

(26) Expresión empleada por mi querido amigo y compañero J.L. GONZÁLEZ CUSSAC en su monografía sobre *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia 1994, p. 48, nota 55 y p. 55, nota 65.

(27) En algún caso, en concreto, era también el parecer recabado de otros catedráticos de Derecho penal. Independientemente de quien tuviese la razón, ello permite asegurar, por lo menos, que algo funciona mal en la formación de los profesionales del Derecho, trátese de aquellos que nos dedicamos a la enseñanza en la Universidad o trátese de algunos órganos encargados de la persecución penal.

(28) Como ponía de relieve en mi artículo *Lo objetivo y lo subjetivo*, cit., pp. 389 y s. Recientemente alude a ello, asimismo, ROLDÁN BARBERO: *De la prevaricación administrativa*, cit., p. 5.

(29) Por último, deseo hacer constar que, para evitar malos entendidos y reflejar lo más fielmente posible los razonamientos jurídicos empleados en las resoluciones judiciales comentadas, en el presente trabajo he preferido renunciar a un tipo de comentario personal en el que el contenido de los respectivos razonamientos jurídicos fuese

parafraseado o dado a conocer de acuerdo con mis propias construcciones gramaticales. En su lugar, y en la inmensa mayoría de las ocasiones, he optado por reproducir al pie de la letra (entre comillas) los argumentos utilizados en las diversas sentencias. Y ello hasta el punto incluso de haber respetado en casi todos los casos —salvo algunas correcciones que me parecían obligadas— los signos gráficos empleados en las sentencias. Como es obvio, ese respeto no implica que personalmente esté siempre de acuerdo con el modo en que tales signos figuran dentro de los pasajes entrecomillados.

Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Córdoba

I. TESIS QUE SE MANTIENEN

El art. 46 CE (1), además de comprometer a los poderes públicos en el fomento y protección del patrimonio *histórico, cultural o artístico*, dispone explícita y tajantemente que «La ley penal sancionará los atentados contra ese patrimonio» (2). En correspondencia con ese mandato,

(1) «Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, artístico y cultural de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra ese patrimonio». El precepto está directamente relacionado con el art. 44.1 CE: «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho». Ambos deben inscribirse dentro de la preocupación general que la cultura y el acceso a ella recibe en la Constitución, apreciable ya en el propio Preámbulo y en los numerosos preceptos que directa o indirectamente aluden a la misma; vid. ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios sobre el patrimonio Histórico Español*, Madrid, 1989, pp. 50-53.

(2) Salvo en este final, la previsión es semejante a la de otras Constituciones de nuestro entorno. Así, como ejemplos más explícitos, art. 9 de la Constitución italiana de 1947 («La república promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica. Tutelará el paisaje y el patrimonio histórico y artístico; vid. PIOLETTI, «Patrimonio artístico e storico nazionale (reati contro i)», en *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982, pp. 386-387), art. 24 de la Constitución griega, de 1975 («Quedan bajo la protección del Estado los monumentos, así como los lugares históricos y sus elementos. La ley fijará las medidas restrictivas de la propiedad que sean necesarias para la realización de esa protección, así como las modalidades y la naturaleza de las indemnizaciones a los propietarios»), y artículos 66 y 78 de la portuguesa, de 1976 («El Estado tiene la obligación de preservar, defender y aprovechar el patrimonio cultural del pueblo portugués»); cfr. ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios*, cit., pp. 59-62, con ulteriores referencias. Tampoco puede considerarse una novedad en el derecho español, sino que

aunque este sea posterior en el tiempo, en el Código penal se contienen determinadas previsiones que supuestamente dan respuesta a la previsión constitucional, una veces de forma directa, otras indirecta, ya sea mediante agravaciones ya a través de figuras delictivas específicas (3). Por lo común, esa correspondencia se da por supuesta, sin que se proceda previamente a un análisis detenido del sentido y alcance del art. 46 CE; lo que resulta, a mi juicio, imprescindible para fundamentar adecuadamente la protección penal. Entre otras razones, porque ese es el único proceder metodológicamente correcto: deducir del análisis del art. 46 CE los caracteres sobre los que debe configurarse la protección penal; porque es la ley penal la que debe desarrollar la previsión constitucional y no ésta la que debe acomodarse a los términos de aquélla. Ello, que constituye un principio no cuestionable en general, está aquí, que hay un pronunciamiento constitucional tan explícito y tajante, aún más justificado.

responde a una línea evolutiva que se remonta a las leyes de 1911 y 1915 de protección de monumentos; sobre la evolución, vid., ampliamente, BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Madrid, 1990, pp. 34-122 y con una exhaustiva enumeración de disposiciones, BENÍTEZ DE LUGO, *El patrimonio cultural español (Aspectos jurídicos, administrativos y fiscales)*, Granada, 1988, pp. 12-23.

(3) Así, por lo que se refiere al Código Penal, texto refundido de 1973, de forma directa: en el hurto (art. 516, 2.^a) y en el robo (art. 506, 7.^a) se agrava la pena «Cuando (el delito) recaiga sobre *cosas de valor histórico, cultural o artístico*» (agravación aplicable también al robo con violencia o intimidación en las personas, por mor del art. 501, 5.^º, que se remite a las circunstancias del art. 506; a la extorsión (art. 503), en cuanto que son aplicables las penas del robo; y, por la misma razón, a la utilización ilegítima de vehículos de motor (art. 516 bis); cfr. por todos, GONZÁLEZ RUS, en CARMONA SALGADO/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/POLAINO NAVARRETE, *Manual de Derecho Penal, PE, II: Delitos contra la propiedad*, dirigida por COBO DEL ROSAL, Madrid, 1992, p. 94); en los daños (art. 558, 5.^a y 559, según la cuantía), los que se produjeren «En un archivo, registro, museo, biblioteca, gabinete científico, institución análoga o en el *Patrimonio Histórico-Artístico Nacional*»); y con carácter general, la agravación del art. 563 bis a): «Los hechos punibles comprendidos en el presente título serán castigados con la pena respectivamente señalada a los mismos, impuesta en el grado máximo, o con la inmediatamente superior en grado, al arbitrio del Tribunal ... siempre que las *cosas* objeto del delito perseguido fueren del relevante *interés histórico, artístico o cultural*». También expresamente a ellos se refiere el art. 1.1.5.^º de la LO 7/1982, de 13 de julio, de Contrabando (LC), considerando «reos del delito de contrabando, siempre que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a un millón de pesetas, los que: ... 5.^º Exportaren sin autorización obras u objetos de *interés histórico o artístico*». Además, otros preceptos, sin aludir directamente a la condición histórica, artística o cultural del objeto, utilizan referencias sobre las que se discute si comprenden también estos bienes y guardan relación directa con la protección del patrimonio histórico, artístico o cultural. En este sentido, en la estafa, la mención a las cosas «de reconocida utilidad social» (art. 529, 1.^a); en los incendios, si se trata de un «*archivo o museo general del Estado*» (art. 547, 1.^º); en los daños, el art. 560, al referirse al «*incendio o destrucción de papeles o documentos*»; el art. 561, al castigar «A los que destruyeren o deterioraren *pinturas, estatuas u otros monumentos públicos de utilidad u ornato*», y el art. 562, penando a «El que intencionadamente o por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de *utilidad social...*»; y, en fin, en la falta del art. 579: «Los que apredearen o mancharan *estatuas o pinturas* o causaren un daño cualquiera en las calles, parques, jardines o paseos, en el alumbrado o en *objetos de ornato o pública utilidad o recreo*».

El Código de 1955, mantiene las tradicionales agravaciones del hurto (art. 235) y robo (art. 241), añadiendo al valor artístico, histórico y cultural el *valor científico*. Igualmente, continúan las referencias a «reconocida utilidad social» en la estafa (art. 250) y, por remisión, en la apropiación indebida (art. 252). Permanece también el delito de

Procediendo de esta forma, en el presente trabajo se proponen las siguientes tesis, que a continuación desarrollo y trato de fundamentar:

1. El art. 46 CE tiene poder vinculante para el legislador penal, que deberá respetar los aspectos básicos que del mismo se derivan en relación a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural. Aún considerando inoportuno el mandato de tutela penal que contiene, su trascendencia es menos perturbadora de lo que a menudo se pretende, pues, aún sin tal proclamación, la conclusión a la que debería llegar después de analizar los presupuestos sobre los que debe asentarse la tutela penal de un bien jurídico, es, efectivamente, la de que la ley penal debe sancionar los atentados al patrimonio histórico, cultural o artístico.

2. El art. 46 CE no resulta incompatible con los dictados del principio de intervención mínima. Ello debe tenerse en cuenta en la definición de las conductas punibles, que únicamente deben comprender los atentados más graves, y en la propia delimitación de los objetos protegibles, haciendo que el concepto de patrimonio histórico, artístico y cultural penalmente tutelado no tenga por qué coincidir con el administrativo. Y ello porque la formulación incondicionada del inciso final del art. 46 CE de ningún modo puede interpretarse en el sentido de que *todos* los atentados al patrimonio histórico, cultural o artístico han de ser sancionados por la ley penal ni tampoco permite concluir que *todos* los elementos integrantes del patrimonio histórico han de ser objeto de protección penal.

3. La mención al «patrimonio» histórico, artístico y cultural que utiliza el art. 46 CE no se emplea en sentido técnico, sino como referencia genérica con la que se alude al conjunto de bienes que tienen en común poseer valor cultural objetivo. La mención, por consiguiente, no condiciona ni el sentido último ni el tratamiento sistemático de las figuras penales que se dediquen a la protección del mismo. Su contenido está integrado por bienes que pueden ser de titularidad pública o privada, de naturaleza mueble o inmueble, y cuya protección debe efectuarse con independencia de su régimen jurídico. En todo caso, el tratamiento penal debe considerar más relevante el valor cultural de la cosa que el económico.

4. El contenido material de la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural viene dado por un bien jurídico cuyo contenido mate-

daños en cosa propia de utilidad social o *cultural*, calificación que se incorpora como novedad (art. 289). Además, dentro de los delitos sobre la ordenación del territorio, se prevé «la construcción no autorizada en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido declarados de especial protección.» (art. 319). Lo más significativo, sin embargo, es que a la materia se dedica un Capítulo propio (el II, del Tít. XVI), en el que se castigan comportamientos como derribar o alterar gravemente edificios singularmente protegidos por su valor histórico, artístico, cultural o monumental (art. 321); a los funcionarios que informaren favorablemente dichos proyectos de derribo, y las Autoridades que los resolvieren o votaren a favor (art. 322); y los daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en los yacimientos arqueológicos (art. 323), incluso si se producen por imprudencia (art. 324).

rial se concreta en un interés general y no individual. El fundamento de la tutela no se encuentra, pues, en el deseo de establecer una sobreprotección del propietario, sino en el compromiso de posibilitar y permitir el acceso y la participación cultural de los ciudadanos. Se trata, por tanto, de un bien jurídico cuya titularidad corresponde a la sociedad en su conjunto, y no a los propietarios de los bienes de valor histórico, artístico y cultural.

5. El sentido participativo que tiene el bien jurídico obliga a considerar los términos concretos de la regulación penal desde la perspectiva de la *función o utilidad cultural o social* que cumplen determinados bienes, entre los que se inscriben los que integran el patrimonio histórico, artístico y cultural. Sin embargo, no puede identificarse de forma automática, como a menudo se hace, *función cultural o social* del bien y protección penal del patrimonio histórico, cultural o artístico, pues no en todos los casos en que se afecte la utilidad cultural o social de un objeto se está lesionando el interés que sustenta la protección penal del patrimonio histórico, artístico o cultural.

6. La explicación de la simultánea coexistencia sobre una misma cosa de un interés general y de un derecho real limitado por aquél, se encuentra en la *función social de la propiedad*, más que en la teoría de los *bienes culturales*. Desde esta perspectiva deben ser interpretadas las figuras delictivas que tutelan el patrimonio histórico, artístico y cultural; en particular en los casos en que el tipo básico puede estar tomando en cuenta la situación del titular dominical y la agravación el interés general.

7. El interés que da contenido a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural es un bien jurídico *general* y no *difuso*. En todo caso, es indisponible por el propietario de la cosa, cuyo consentimiento no tiene relevancia penal alguna.

Sobre estas bases, que condicionan sustancialmente los términos de la protección, debe abordarse la tutela penal del patrimonio histórico, artístico y cultural y la interpretación de las previsiones penales vigentes (4).

II. EL PATRIMONIO HISTÓRICO, CULTURAL O ARTÍSTICO COMO BIEN JURÍDICO DE RELEVANCIA PENAL

1. Operatividad y eficacia del art. 46 CE

El análisis del art. 46 CE se limita normalmente a resaltar la inconveniencia de hacer imperativa la actuación penal. Con ello, sin embargo, se olvida un aspecto fundamental: que en el mismo se obliga a la ley pe-

(4) No me ocuparé aquí del estudio de las modalidades delictivas que directa o indirectamente se ocupan en el Código de articular esa protección, ni en qué medida sus presupuestos coinciden con los constitucionales; como se señala en el título sólo se tratan los presupuestos, los *puntos de partida* de la protección penal.

nal a sancionar «los atentados contra *este* patrimonio»; es decir: contra el patrimonio histórico, cultural o artístico que define el precepto constitucional. Como consecuencia, la protección penal tiene que tomar como punto de partida el contenido, la naturaleza y el carácter que el art. 46 CE otorga al patrimonio histórico, cultural o artístico, puesto que *ese* patrimonio es el que viene considerado como bien jurídico penalmente protegible(5). En otras palabras: no se advierte que el art. 46 condiciona no sólo el *sí*, sino que también prefija básicamente el *cuánto* y el *cómo* de la tutela.

La trascendencia que en este sentido tiene el artículo 46 CE únicamente puede ser puesta en entredicho si se recuerda la polémica en torno a la operatividad de los «Principios rectores de la política social y económica» recogidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución y entre los que se encuentra el art. 46 CE. El régimen de aplicabilidad de los mismos, sin duda distinto al de los derechos y libertades fundamentales, depende de la eficacia que se reconozca a esas normas, que, como es sabido, declaran derechos o fijan principios o directrices de actuación. Tales «principios rectores» se viene considerando por un sector de constitucionalistas como una suerte de postulados que, aún más concretos que los llamados *valores superiores del ordenamiento jurídico* («la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político», del art. 1 —de los que son en buena medida desarrollo—), no tendrían más virtualidad que la de establecer directivas generales sobre la política social, económica y jurídica del Estado (6). No sin razón, por eso, tales normas son conocidas en la doctrina alemana como «determinación de fines del Estado» (7), siendo su presencia obligada desde el momento en que se ha definido el Estado como social y democrático de Derecho, con el compromiso de intervención que de ello se deriva. Aunque se formulan como derechos, se considera que son sólo principios que tienen como fin orientar al legislador(8). Como consecuencia, se relativiza la trascendencia y significación de los mismos, considerándolos declaraciones más próximas a la retórica constitucional que a las disposiciones con verdadera estructura formal y lógica de normas jurídicas, por no responder al

(5) Lo común, sin embargo, y no sólo en este tema, es que, sin mayor explicación, o se de por supuesta la correspondencia entre los preceptos penales y el constitucional o se trasladen a la identificación del bien jurídico constitucional las conclusiones ya extraídas de la interpretación de las normas penales.

(6) Vid. PASTOR RIDRUEJO, «Sistema jurídico y Constitución», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, III, Madrid, 1979, pp. 65 y ss.

(7) Cfr. RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, cit., p. 71.

(8) Vid. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978 (Ensayo de un sistema)*, Madrid, 1981, pp. 176-177 y RUBIO LLORENTE, op. cit., p. 70.

(9) Vid. GARRIDO FALLA, «Las fuentes del derecho en la Constitución Española», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, cit., p. 590; más escéptico aún SÁNCHEZ AGESTA, op. cit., p. 186, que no les reconoce más valor que el de compromisos de naturaleza «moral», cuyas posibilidades de exigencia efectiva ante el legislador, los jueces y tribunales y los mismos poderes públicos son bastante dudosas.

carácter de orden, mandato, prohibición o delimitar esferas de correlativos derechos y deberes entre sujetos (9).

Sin entrar en una polémica en la que no me corresponde terciar, sí debe advertirse, empero, que el art. 46 CE y su tajante declaración de intervención desmiente alguno de los criterios expuestos. En todo caso, no puede desconocerse que los «principios rectores» son preceptos que, en cuanto incluidos dentro de la Constitución, *son* también Constitución. Bien visto, como se ha señalado (10), por su estructura, las normas programáticas son similares a las disposiciones alojadas en la parte orgánica de la Constitución: en ambos casos existe un mandato, en ambos casos los destinatarios del mismo son los poderes públicos y en ambos se dispone una determinada conducta. Su única diferencia con los derechos tradicionales se encuentra en que prescriben conductas en vez de proscribirlas, y con las normas de organización, en que prevén no el titular de una facultad, sino un determinado ejercicio de las mismas: «En pocas palabras, son normas que mandan mandar, prohibir o permitir» (11).

Los «principios rectores», y en concreto el art. 46, son, pues, vinculantes para el legislador, aunque no prejuzguen un plazo dentro del que deba actuar la protección que impone. Precisamente esta falta de sanción en caso de incumplimiento (no desarrollo legislativo), se corresponde con su estructura de fines que precisan la intervención estatal, a desarrollar posteriormente, y con su formulación como directrices generales que dejan margen a la libertad del legislador para que elija los modos y términos concretos para materializarlas, sin someterlo a controles demasiado rigurosos (12). En todo caso, a los efectos que ahora interesan de resaltar su eficacia sobre la legislación penal ordinaria, tales mandatos, podrán ser ignorados por el legislador, pero nunca podrán ser contradichos por la legislación ordinaria que los desarrolle (13). La apreciación discrecional del legislador encuentra, por tanto, el límite que suponen las formulaciones constitucionales y el espíritu general de los principios que la informan, por lo que podrá ser inconstitucional cualquier disposición de desarrollo que no respete los términos sancionados en los mismos (14).

(10) Vid., MARTÍNEZ SOSPEDRA-AGUILA LUCÍA, *Lecciones de Derecho Constitucional, I: La Constitución*, Valencia, 1981, p. 80.

(11) Considerando, en cambio., que del art. 46 CE se deriva un derecho fundamental de los ciudadanos PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., pp. 17 y ss.; expresamente en contra, MUÑOZ CONDE, «El tráfico ilegal de obras de arte», en *Estudios Penales y Criminológicos*, VI, Santiago, 1993, p. 402.

(12) Vid. BASILE, «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en PEDRIERI-GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1981, p. 289.

(13) SÁNCHEZ AGESTA, op. cit., p. 178; PÉREZ-LUÑO, «Comentarios al art. 46 CE», en *Comentarios a las leyes políticas* IV, Madrid, 1984, pp. 283 y ss.

(14) GARRIDO FALLA, op. cit., p. 134; PÉREZ-LUÑO, op. cit., p. 285.

El art. 46 CE tiene, pues, poder vinculante para el legislador penal, que deberá respetar los aspectos básicos que del mismo se derivan en relación a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural.

2. El art. 46 CE y la necesidad de la intervención penal

A pesar de insistir siempre en la necesidad de respetar las consecuencias del principio de mínima intervención, los penalistas tenemos la tendencia a dar por supuesto que la misma es siempre necesaria, sin verificar realmente si en el caso concreto concurren o no las condiciones que desde M.E. Mayer se vienen reclamando a un bien jurídico para que esté justificada su protección penal: que sea —por su importancia social— capaz de protección; que sea —por sus condiciones y contenido material—, susceptible de protección; y que esté necesitado de protección —porque la intervención penal resulte necesaria no obstante la existencia de otros mecanismos de tutela social o jurídica— (15).

En el caso del patrimonio histórico, cultural o artístico, la discusión sobre la pertinencia de la tutela penal parece bastante ociosa desde el momento en que, más allá de lo habitual, el art. 46 CE, ya se ha dicho, prevé que «La ley penal sancionará los atentados contra ese patrimonio». En virtud de esta especie de lo que la doctrina italiana denominara *obligaciones constitucionales de tutela*, la actuación penal resulta imperativa, anulando la capacidad del legislador ordinario para valorar y decidir sobre la oportunidad de la misma. Ello resulta dudosamente compatible con el principio de intervención mínima, lo que explica que la previsión haya merecido, por lo general, severos juicios por parte de la doctrina (16). Personalmente, me parece una inoportuna manifestación de celo protector, que no se corresponde con el silencio que guarda la Constitución en relación a bienes jurídicos de superior relevancia, y

(15) Postulados que en el fondo coinciden con lo que ahora se aconstumbra a denominar *carácter fragmentario y subsidiario* del Derecho penal; en definitiva, que el Derecho penal sólo debe tutelar los bienes jurídicos más importantes y ante los ataques más intolerables (o lo que es lo mismo: que sólo algunos bienes jurídicos son *capaces y susceptibles* de protección penal) y que sólo debe hacerlo cuando el bien no esté suficientemente protegido por otros medios (o lo que es lo mismo: que esté *necesitado* de protección); determinadamente, GARCÍA-PABLOS, *Derecho Penal, Introducción*, Madrid, 1995, pp. 272-282, por todos.

(16) VAELO ESQUERDO, «La defensa del patrimonio histórico-artístico y el derecho penal», en *Derecho y Proceso*, Murcia, 1980, pp. 697-498, la considera «innecesaria» (porque el Código recoge delitos y faltas sin necesidad de que la Constitución haga un pronunciamiento semejante) y reveladora de una «actitud precipitada y extravagante» (porque desconoce los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario y porque resulta inusual, incluso en Constituciones expresamente partidarias de la defensa del patrimonio histórico, cultural o artístico). ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios*, cit., p. 70, considera que es una «norma innecesaria y sin duda excesiva». PÉREZ ALONSO, en OROZCO PARDO/PÉREZ ALONSO, *La protección civil y penal de patrimonio histórico, cultural o artístico*, Granada 1994 (original mecanografiado de lo que será una espléndida obra sobre el tema), p. 15, en cambio, se muestra más benévolos con el entusiasmo constitucional, hasta el punto de que, aún reconociendo el fondo de verdad de las críticas de Vaello Esquierdo, la considera aceptable y acertada.

cuya incondicionada formulación complica innecesariamente el intento de cohesionarla con el principio de intervención mínima.

Dicho esto, si se añalizan las razones que fundamentan el mandato constitucional, éste no es, sin embargo, ni tan arbitrario ni tan perturbador como en principio puede parecer. En realidad, la previsión constitucional, impregnada de una fuerte vocación pedagógica, no pretende sino resaltar ante la sociedad la importancia del bien y zanjar de manera contundente las dudas que eventualmente pudieran surgir sobre ello; evidentemente porque el constituyente conocía que la *afectividad* social puede ser, en estos bienes jurídicos, menor que la que reciben otros más tradicionales y consolidados.

El mandato no resulta arbitrario, porque la importancia social del patrimonio histórico, cultural o artístico resulta indudable. Baste recordar que en él se materializan las señas de identidad de culturas y civilizaciones en las que los pueblos se reconocen, y que la protección y atenciones que recibe muestran la cultura, educación y grado de desarrollo de una sociedad. Los elementos que lo integran constituyen un extraordinario legado de la historia que tenemos el derecho de disfrutar y la obligación de preservar y transmitir, ciudad y enriquecido, a generaciones futuras. El reconocimiento que, en este sentido, hace el art. 46 CE es, pues, evidencia de una preocupación que hoy, sensatamente, nadie puede discutir. Como consecuencia, la *capacidad* del patrimonio histórico, cultural o artístico para ser protegido penalmente no puede ser cuestionada. Ni tampoco, por la misma razón, la *dañosidad* social de las conductas lesivas del mismo.

Se trata, además, de un bien jurídico *susceptible* de tutela penal: con independencia del contenido ideal de valor que es consustancial al concepto de bien jurídico, el patrimonio histórico, cultural o artístico se concreta en bienes materiales directamente lesionables (lesión también materialmente constatable y perceptible directamente por los sentidos) y que no son una pura creación formal del derecho, sino que tienen existencia previa a la intervención penal.

Mayor margen para la opinión hay, en cambio, en lo relativo a la *necesidad* de tutela penal, que tan decididamente resuelve en sentido afirmativo el art. 46 CE. Es cierto que el valor económico intrínseco de los bienes que integran el patrimonio histórico, cultural o artístico, y el desarrollo de actividades para las que su respeto y conservación constituye un obstáculo, hacen que los atentados que se dirigen al mismo sean muy

(17) Las agresiones fundamentales se concretan básicamente en tres grupos de conductas: adquisición ilegal, destrucción, deterioro o inutilización y tráfico ilegal de bienes de valor histórico, artístico o cultural; para una visión general de las diversas formas de ataque, vid., por todos MUÑOZ CONDE, «El tráfico ilegal de obras de arte», cit., pp. 399 y ss. y HERNÁNDEZ ALBOR, «El patrimonio artístico y su protección penal», en *Libro Homenaje al prof. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 701 y ss.; y, para una visión más general, MANTOVANI, «Lineamenti della tutela penale del patrimonio artístico», en *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, pp. 57-58.

diversos y numerosos (17). Sin embargo, la necesidad de la tutela penal no puede plantearse sin considerar las intervenciones preventivas y sancionadoras anteriores a la vía penal para determinar en qué grado se mantienen necesidades de prevención que hagan precisa y puedan satisfacerse con el recurso a la pena criminal. Y es que la decisión político-criminal respecto a si un bien jurídico capaz y susceptible de protección está necesitado de ella ha de hacerse teniendo en cuenta preferentemente la importancia intrínseca del mismo, la gravedad del ataque y la conveniencia y necesidad de pena, en la que deberá valorarse el grado de protección previa que reciba el bien jurídico en otros sectores del ordenamiento.

Para fundamentar la conveniencia y necesidad de acudir a la pena, me parece especialmente revelador el hecho de que si no se discute la necesidad de tipificar los atentados al patrimonio individual, recogidos siempre en el Código penal, por la misma razón, incluso más evidente, tampoco puede cuestionarse esa necesidad en relación al patrimonio histórico, cultural o artístico, en el que, como veremos, concurre una dimensión social que está ausente en el primero. En estos casos, además, al desvalor propio del atentado al derecho patrimonial afectado se unirá por lo común la lesión de la dimensión general del bien, lo que otorga al hecho un mayor contenido de injusto que de por sí es razón suficiente para justificar la intervención penal. Lo que puede afirmarse sin perjuicio de reconocer que la protección previa a la penal es más intensa y eficaz respecto al patrimonio histórico, cultural o artístico que en relación al patrimonio privado (18).

A la luz de las anteriores consideraciones, y aún manteniendo la inopportunidad del mandato de tutela penal contenido en el art. 46 CE (19), se confirma que su trascendencia es menos perturbadora de lo que a menudo se pretende, pues, aún sin ella, la conclusión a la que debería llegar después de analizar los presupuestos sobre los que debe asentarse la tutela penal de un bien jurídico, es, efectivamente, la de que la ley penal debe sancionar los atentados al patrimonio histórico, cultural o artístico. Innecesario es insistir, en cambio, en que la formulación incondicionada del inciso final del art. 46 de ningún modo puede interpretarse

(18) Vid. Ley 16/1985, de 25 de junio de Patrimonio Histórico (LPH) y Real Decreto 111/1986, de 10 de enero de 1986 (RLPH), por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Patrimonio; especialmente el Tít. IX de la Ley, en la que se definen infracciones y sanciones que pueden llegar hasta los 100.000.000 pesetas; vid. ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios*, cit., pp. 230-256; BENÍTEZ DE LUGO, *El patrimonio cultural español*, cit., pp. 395 y ss.; BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 719 y ss.

(19) Hubiera sido prerible, sin duda, una formulación semejante a la del artículo 45, que para la protección del medio ambiente prevé «sanciones penales o, en su caso, administrativas» para quienes atenten contra el mismo. Sin olvidar, sin embargo, que este último también debería haber invertido el orden de las referencias (administrativa y, en su caso, penal).

en el sentido de que *todos* los atentados al patrimonio histórico, cultural o artístico han de ser sancionados por la ley penal, excluyendo, en todo caso, la capacidad sancionadora de la Administración. Del mismo modo, tampoco puede concluirse que *todos* los elementos integrantes del patrimonio histórico han de ser objeto de protección penal.

Debe descartarse, por tanto, la idea latente en determinadas aproximaciones al problema (20), partidarias de que el mandato del art. 46 CE sólo se cumple cuando la ley penal tutela *todos* los elementos integrantes del patrimonio histórico, artístico o cultural e incluso, a veces, ante todo tipo de ataques. Con ello se olvida que el mandato constitucional, al imponer la tutela penal, lo hace conforme a los principios que son propios de esta, entre los que se cuenta el de mínima intervención. Y es que sería absurdo pretender que del art. 46 CE se deriva la obligación de una actuación penal desvinculada de los principios básicos que le son consustanciales. Por el contrario, incluso el art. 46 CE deja abierta una vía de compatibilidad con el respeto al carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal y al reconocimiento de la capacidad del legislador ordinario para decidir qué elementos integrantes del patrimonio histórico deben ser penalmente protegidos y que atentados pueden ser penalmente sancionados, sobre la base de que sólo los bienes de mayor relevancia y los comportamientos más graves han de integrar un ilícito penal.

La consecuencia más inmediata que para la protección penal y la interpretación del derecho vigente se deriva de esta posición es que el concepto administrativo de patrimonio histórico no tiene por qué coincidir con el penal, como sin embargo se acepta directa o indirectamente por la doctrina al analizar las previsiones que en el Código penal, texto refun-

(20) Por ejemplo, PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., pp. 51 y 52, y en general en el fondo de sus reflexiones sobre la tutela penal del patrimonio histórico, artístico o cultural.

(21) Así, en relación a la expresión «cosas de valor histórico, artístico y cultural» utilizada por el Código Penal, texto refundido de 1971, que es la que usualmente se comenta: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, PE, Valencia, 1993, p. 226, en relación concreta al art. 563 bis a), a cuyo comentario se remite al aludir a las agravaciones del robo y el hurto; no obstante, en «El tráfico ilegal de obras de arte», cit., p. 404, considera que estamos ante un elemento normativo de valoración cultural. De la misma opinión en relación al art. 1.1.5.^o de la Ley de Contrabando, que comentamos después: VILA MAYO, «Cuestiones sobre el delito de contrabando», en *La Ley*, 1983, IV, p. 1169; NOREÑA SALTO, «La represión del contrabando», CPC, n.º 19, p. 120 (elemento normativo del tipo a integrar con la normativa vigente). Limitando a los bienes catalogados, BAJO FERNÁNDEZ, en *Código penal comentado*, AKAL, Madrid, 1990, p. 983 y BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal PE (Delitos patrimoniales y económicos)*, 2.^a ed. Madrid, 1993, p. 91. La posición mayoritaria, sin embargo, considera que estamos ante elementos normativos de valoración cultural; así, por todos QUINTERO OLIVARES, «El hurto», en COBO/BAJO, *Comentarios a la legislación penal*, V; vol. 2.^o, Madrid, 1985, p. 1152; VIVES ANTÓN en COBO/VIVES/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal*, PE, cit., p. 75696; GONZÁLEZ RUS, *Manual*, PE, II, cit., pp. 18-19 y 52; RUIZ ANTÓN, «Los robos con fuerza en las cosas: nuevos módulos para determinar la pena», en COBO/BAJO, *Comentarios a la legislación penal*, V, vol. 2.^o, Madrid, 1985, p. 1111; RUIZ VADILLO, «La punición

dido de 1971 se dedican a la tutela de lo que se denominan genéricamente «cosas de valor histórico, artístico y cultural» [art. 506, 7.^a, 516, 2.^a y 563 bis a)], «obras u objetos de interés histórico o artístico» (art. 11.5.^º Ley 7/1982, de Contrabando), o «Patrimonio Histórico-Artístico Nacional» (art. 558, 5.^a y 559) (21).

3. El «patrimonio» histórico, artístico y cultural

Dentro ya del análisis material del art. 46 CE, lo primero que llama la atención es que se utilice el término «patrimonio» en relación a bienes que se tutelan «*cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad*» (22). Y ello porque jurídicamente el concepto de patrimonio se aplica al conjunto de derechos y obligaciones económicamente evaluables que pertenecen a una persona, y en el que la vinculación a un mismo titular constituye un componente esencial de la noción (23). En este

de los delitos robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa en la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983. Las circunstancias agravación específicas», en *Estudios Penales y Criminológicos* VII, Santiago, 1984, p. 362; VUELLO ESQUERDO, «Las cualificaciones del hurto», en *Libro homenaje al prof. Fernández Albor*, Santiago 1989, p. 733; SORIANO, *Las agravaciones específicas comunes al robo y al hurto*, Valencia, 1993, p. 181. El criterio de PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., p. 48, a pesar de declarar expresamente que se trata de un elemento normativo de valoración cultural y rechazar la necesidad de la previa catalogación administrativa, sustancialmente podría ser incluido dentro del primer grupo de opiniones, puesto que al detallar el concepto acaba dando a la fórmula legal un contenido equivalente al del patrimonio histórico, tal como lo concibe la LPH. Otro tanto podría decirse en relación con los términos «utilidad social» (art. 529, 1.^a y 562) y las expresiones de algunos preceptos («archivo o museo general del Estado» —art. 547, 1.^º—; «papeles o documentos» —art. 560—; «pinturas, estatuas u otros monumentos públicos de utilidad u ornato» —art. 561 y, en términos muy parecidos, art. 579—), para quienes entienden que también estas referencias convierten en las figuras respectivas en disposiciones dirigidas a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural. Aunque, como es natural, todavía no hay criterios doctrinales, la interpretación de los términos similares utilizados en el Código de 1995 será semejante.

(22) En particular, esta circunstancia sirve a cierta doctrina para rechazar la necesidad de previa catalogación administrativa del bien; así, RUIZ ANTÓN, «Los robos con fuerza en las cosas ...», cit., p. 1120; PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., pp. 53-55; SORIANO SORIANO, *Las agravantes específicas comunes al robo y al hurto*, cit., p. 182. Por mi parte, no creo, sin embargo, que ello sea tan significativo como se pretende.

(23) Concebido en estos términos, por lo demás generalmente compartidos, la noción resulta aceptable tanto en el ámbito civil como en el derecho público, en el que también con la referencia al «patrimonio» se designa el conjunto de bienes no afectados a un uso o servicio público, que pertenecen a la Administración pública, y que aparecen adscritos directamente a la satisfacción de fines de interés general; vid. ampliamente, BARRERO RODRIGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 127-134. En el campo penal el concepto adquiere connotaciones propias, derivadas de la naturaleza específica de la intervención penal; vid., por todos, GONZÁLEZ RUS, *Manual de Derecho Penal*, PE, II, cit., pp. 3-7.

(24) Sin embargo, en la LHP y legislación de desarrollo hay diferencias de régimen administrativo y tratamiento legal entre las cosas de valor histórico, artístico y cultural de propiedad privada y pública.

sentido, es evidente que el entendimiento técnico del patrimonio contrasta con la voluntad constitucional de acoger a todos los bienes de valor histórico, artístico y cultural, pertenecientes a múltiples propietarios («de todos los pueblos de España»), ya sean públicos o privados (24). Si, a pesar de ello, el precepto alude al «patrimonio», prescindiendo del elemento subjetivo (pertenencia a un mismo titular), es porque se está hablando del mismo en sentido genérico, como simple conjunto de bienes, y no en su acepción técnica. En el concepto constitucional, por tanto, prima el aspecto objetivo: el patrimonio histórico, artístico y cultural se entiende como el conjunto de bienes que tienen en común poseer valor cultural objetivo, lo que los dota de una característica común capaz de aglutinarlos bajo una referencia única (25).

Se trata, además, de un valor independiente del económico, pues aunque lo usual es que el carácter histórico, artístico y cultural del objeto determine un valor económico superior al que por su mera entidad material le correspondería, no cabe descartar la posibilidad contraria; esto es, que una cosa de gran valor histórico, artístico y cultural tenga un reducido valor económico (26). En todo caso, y a los efectos de protección del patrimonio histórico, el valor cultural resulta más relevante que el propiamente económico (27). De hecho, el concepto constitucional de «patrimonio histórico, artístico y cultural» se construye, ya se ha visto, no sobre el interés de los propietarios, más proclive a tomar en cuenta el interés económico, sino sobre el valor cultural, lo que evidencia la preferencia al valor que estos bienes tienen para la colectividad en general, en cuanto manifestación de sus señas de identidad últimas.

(25) Así, BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 153-156.

(26) Así, GIANNI, «I beni culturali», en *Rivista Trimetrale di Diritto Pubblico*, I, 1976, p. 26, entre otros ejemplos: «un castillo casi destruido, de un alto valor como exponente de la arquitectura militar y, por tanto, con un gran valor cultural, puede tener, sin embargo, un valor de mercado *cero* si se encuentra en un área que ni siquiera es utilizable como terreno agrícola».

(27) Así también, aún sin detallar las razones, MUÑOZ CONDE, «El tráfico ilegal de obras de arte», cit., p. 403; ORTS, «Exportación sin autorización de obras u objetos de interés histórico o artístico», en COBO DEL ROSAL/BAJO FERNÁNDEZ, *Comentarios a la legislación penal III*, Madrid, p. 88. Así lo resalta la propia Exposición de Motivos de la LPH: «El Patrimonio Histórico Español, es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos. Porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando».

(28) Sobre la conveniencia de que la tutela se establezca directamente en el Código penal o mediante leyes especiales, vid. detalladamente, PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., pp. 6-10, que se muestra partidario de la tipificación en el Código, dados los peligros de inflacción penal y negación de los principios de proporcionalidad, intervención mínima y legalidad que conlleva el recurso a las leyes especiales. A favor de su contemplación en una ley especial, por lo menos en un momento inicial, FERNÁNDEZ ALBOR, «El patrimonio artístico y su protección penal», cit., p. 715.

La referencia constitucional al «patrimonio», no condiciona en modo alguno, por tanto, los términos concretos de la protección penal, en el sentido de sugerir que ésta debe producirse precisamente entre los delitos de esa naturaleza y no dentro de los de carácter socioeconómico o en un título específico. Por el contrario, la naturaleza *social* del bien, que comentamos a continuación, parece que se corresponde más con esta segunda opción que con la primera (28). El mismo hecho de que en los elementos que lo integran predomine el valor cultural sobre el estrictamente económico, vendría, del mismo modo, a avalar una solución de este tipo. En todo caso, está integrado por bienes que pueden ser de titularidad pública o privada, de naturaleza mueble o inmueble, y cuya protección debe efectuarse con independencia de su régimen jurídico; aspecto que tendrá gran trascendencia, por ejemplo, a la hora de interpretar el contenido de expresiones como cosas de valor histórico, artístico, cultural y científico que utilizan los tipos penales.

Por lo demás, debe advertirse ya que el hecho de que en el Código penal, texto refundido de 1971, las previsiones relativas a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural se contengan dentro de los delitos contra la propiedad, no significa necesariamente que se desconozca la naturaleza *general* del bien jurídico protegido en estos casos. La imprecisión de esa rúbrica, y la heterogeneidad de las figuras incluidas, no permiten afirmar sólo por ello que las previsiones que en el mismo se contienen relativas a la protección del patrimonio histórico, cultural o artístico no respondan a ese carácter, pues sólo la indagación del bien jurídico protegido en cada caso permitirían afirmar o rechazar su correspondencia con el mandato constitucional.

4. Naturaleza social del bien

El valor objetivo común que permite comprender dentro de la referencia al «patrimonio» a los bienes de valor histórico, artístico y cultural es conceptualmente distinto del interés de cada uno de los múltiples y diversos propietarios de cada bien, puesto que, al prescindir del elemento subjetivo, el art. 46 CE manifiesta su propósito de tutelarlos con independencia del criterio del titular dominical. Se trata, por el contrario, de una componente valorativa que sitúa al patrimonio histórico, artístico y

(29) BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 157-159: el término Patrimonio designa «a un conjunto de bienes cuya unidad deriva de sus propias cualidades, al ser portadores de un valor cultural, circunstancia que hace a estos bienes de interés general determinado (sic) el nacimiento de un derecho de toda la colectividad sobre ellos, derecho que se traduce, desde el punto de vista del ordenamiento positivo, en la necesidad de un régimen o regulación normativa que preserve su integridad haciendo realmente eficaz el mismo, con independencia de quienes sean, en cada caso, sus concretos titulares» (p. 158; en cursiva en el original).

cultural en la dimensión social, haciendo que los bienes que lo integran sean objeto de un derecho de la sociedad, en relación con su conservación y disfrute (29).

Así lo confirma, de una parte, la ubicación sistemática del precepto (ya se ha visto, dentro «De los principios rectores de la política social y económica») lo que hace que desde el punto de vista sustancial el art. 46 CE deba ser examinado en el marco y como una manifestación más del carácter social del Estado previsto en nuestra norma fundamental. Su sentido es, pues, *social* y no *individual*, lo que descarta que el fundamento de la tutela del patrimonio histórico, cultural o artístico se encuentre en el deseo de establecer una sobreprotección del propietario de los mismos (30). Por el contrario, estamos ante un bien jurídico cuyo contenido material viene dado por un interés general y no particular y cuyo sentido último se corresponde con el propósito sentado en el art. 9.2 CE, al comprometer a los poderes públicos en la promoción de las condiciones que aseguren la participación cultural de los ciudadanos (31). Vía por la que viene a corroborarse el criterio de que en las figuras dedicadas a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural, antes que el valor económico del objeto, debe resultar preferente la significación cultural del mismo.

A la misma conclusión se llega si se atiende a la naturaleza y al origen del interés en que el patrimonio histórico, artístico y cultural sea objeto de protección. En su origen, porque un bien o conjunto de bienes se considera digno de una tutela especial de esta naturaleza cuando la generalidad de los ciudadanos, y no alguno o algunos de ellos, le reconoce el valor histórico, cultural o artístico, que resulta, pues, el resultado de una valoración colectiva, a veces mantenida a lo largo de generaciones.

Por la misma razón, en cuanto manifestación de sensibilidad y aprecio social (en definitiva: de la cultura de un pueblo), el interés en conservar y enriquecer el patrimonio histórico, cultural o artístico es también de naturaleza social y no individual, puesto que constituye una aspiración colectiva. En sentido propio, por eso, puede hablarse de la sociedad en su conjunto como titular único del patrimonio histórico, artístico y

(30) En el sentido que se critica, en cambio, BAJO FERNÁNDEZ, en *Código penal comentado* AKAL, Madrid, 1990, p. 983.

(31) Art. 9.2 CE: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (Cfr. BASILE, «Los valores superiores, ...», cit., p. 289 y RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», op. cit., p. 72).

(32) Así, la EM de la LPH: «En consecuencia, y como objetivo último, la Ley no busca sino el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico. Todas las medidas de protección y fomento que la Ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar de obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad, en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos».

cultural, en la medida en que esta aparece como el sujeto de un derecho a la tutela, conservación y enriquecimiento de ese patrimonio. Su función es, pues, también de naturaleza social, en la medida en que con la protección se trata de posibilitar la conservación y el disfrute común de lo que la generalidad de los ciudadanos considera valioso, dentro del desarrollo de sus inquietudes y aspiraciones culturales (32). En definitiva, de la participación cultural de los ciudadanos.

Ese carácter participativo se deriva, no sólo del sentido sustancial del art. 46, sino, aún más expresamente, del art. 44 CE, al declarar que «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho» (33), y del art. 9.2 CE, al establecer un compromiso semejante para «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social». Estamos, pues, ante un bien jurídico cuya titularidad corresponde a la sociedad en su conjunto, y no a los propietarios de los bienes de valor histórico, artístico y cultural.

El sentido participativo que tiene el bien jurídico obligará a considerar los términos concretos de la regulación penal desde la perspectiva de la *función o utilidad cultural o social* que cumplen determinados bienes, entre los que se inscriben los que integran el patrimonio histórico, artístico y cultural. Por mi parte, no creo, sin embargo, que pueda identificarse de forma automática, como a menudo se hace, *función cultural o social* del bien y protección penal del patrimonio histórico, cultural o artístico (34). Es decir: no puede afirmarse que en todos los casos en que se afecte la utilidad cultural o social de un objeto se está lesionando el interés que sustenta la protección penal del patrimonio histórico, artístico o cultural. Ello tiene particular interés para la identificación de cuáles son las figuras delictivas que sirven efectivamente a la tutela del patrimonio histórico, cultural o artístico. Es decir: mientras que puede sostenerse sin excepciones que los bienes de valor histórico, artístico y

(33) ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios*, cit., p. 56, estima que el art. 44 se deriva el derecho de todos los ciudadanos a participar en la creación cultural, al conocimiento cultural y al disfrute de los bienes culturales, lo que en relación concreta al patrimonio histórico, artístico y cultural se traduce en la posibilidad de recibir la formación artística, cultural o histórica necesaria para comprender ese mundo, y en la de poder acceder al mismo y disfrutarlo.

(34) Así, mientras que, por ejemplo, no puede negarse la función cultural o social que cumplen determinados elementos como las iglesias, los gabinetes científicos, los registros o los archivos, a que se refieren algunos preceptos del Código penal, texto refundido de 1971 (art. 547, 1.o, 558, 5.a, 559) o la dimensión pública de otros, como pinturas, estatuas u otros objetos de utilidad pública u ornato (561, 579), si se puede cuestionar que con ellos se aluda en todo caso a elementos integrantes del patrimonio histórico, artístico o cultural y que los preceptos que los contemplan estén dirigidos específicamente a la protección del mismo. Otro tanto puede decirse respecto de los preceptos correlativos del Código de 1995.

(35) Con consideraciones en cierto modo semejantes, SUAY, *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños*, Barcelona, 1991, pp. 141-142, diferencia entre *utilidad pública y utilidad social*. La primera corresponde a los bienes de titularidad pública o privada que están al servicio de la comunidad en general (por ejemplo: «puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público o comunal» —art. 558, 6., para el texto refundido de 1971:—; «pinturas, estatuas u otros monumentos públicos de utilidad u ornato» —art. 561—;

cultural cumplen una función cultural y que el fundamento de las previsiones penales es el de preservar el interés general en que tales bienes puedan ser usados y disfrutados culturalmente por todos los ciudadanos, no puede sostenerse, inversamente, que todo elemento que cumpla una función cultural es susceptible de ser considerado sólo por ello posible objeto material de las agravaciones o de los tipos específicamente dirigidos a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural (35).

5. Naturaleza jurídica

La principal consecuencia que se deriva de la naturaleza social del bien es una limitación sustancial de las facultades del propietario. Aparte las obligaciones específicas, así lo dispone con carácter general la LPH al establecer que «Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes» (art. 36.1 LPH) y que «La utilización de los bienes declarados de interés cultural, así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General, quedarán subordinados a que no se pongan en peligro los valores que aconsejan su conservación. Cualquier cambio de uso deberá ser autorizado por los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley.» (art. 36.2 LPH).

¿Pero cómo se explica jurídicamente que sobre un mismo bien coexistan un derecho real y un interés general que corresponde a la sociedad y que limita las posibilidades de actuación del titular dominical? A esta cuestión, que obliga a plantearse la naturaleza jurídica de este tipo de intereses, se han dado diversas respuestas (36), entre las que destacan dos: la teoría de los *bienes culturales*, formulada básicamente por Giannini (37), y la que apela a la *función social* de la propiedad, hoy probablemente mayoritaria en la doctrina española.

«estatuas o pinturas ... calles, parques, jardines o paseos, en el alumbrado o en objetos de ornato o pública utilidad o recreo» —art. 579—). «Utilidad social» es la de aquellos bienes de titularidad pública o privada que están puestos al servicio de procesos socioeconómicos organizados por órganos estatales para satisfacer intereses o necesidades sociales; es decir: «de colectivos sociales constitucionalmente protegidos, que tienen un ámbito menor que el conjunto de la comunidad»(art. 562: cosas de utilidad social, vinculadas a la satisfacción de intereses sociales). Los bienes culturales —considera— no resultan fácilmente adscribibles a una categoría u otra, porque aunque formalmente interesan a todos, la intervención estatal favorece más a los colectivos que por sus carencias de partida tienen más dificultades para acceder a este tipo de bienes (p. 142).

(36) Vid., ALIBRANDI/FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 1978, pp. 16 y ss. y BARRERO, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 320-323.

(37) GIANNINI, «I beni culturali», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, I, 1976, pp. 20 y ss, y que tuvo una importante acogida entre los administrativistas españoles; vid. referencia de partidarios en BARRERO, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 327-328.

(38) GIANNINI, «I beni culturali», cit., p. 19.

A. *El patrimonio histórico, artístico y cultural como bien cultural*

Conforme a esta tesis, los bienes de valor histórico, artístico y cultural son *bienes culturales*, siendo las peculiares características de estos las que explican la convivencia en ellos del derecho de propiedad y el interés general. Giannini (38), objeta a las teorías más tradicionales sobre el tema que, al insistir en la perspectiva del titular del bien, no consiguen explicar adecuadamente el tratamiento de los bienes culturales, puesto que tal perspectiva sirve sólo para los bienes de propiedad privada, pero no para aquellos de los que es propietario el Estado, que son, por añadidura, los casos más numerosos. Por el contrario, estima, debe ser la naturaleza específica del bien, y no el titular, la que se tome como referencia. De lo que se trata, pues, es de precisar cuáles son las características particulares de este tipo de bienes.

Bien cultural es, de acuerdo con la propuesta de la *Comisión Franceschini* (39), el «bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà», concepto que, aún de naturaleza prejurídica, considera Giannini que puede ser asumido como noción jurídicamente válida y capaz de acoger no sólo los elementos del pasado lejano, sino también los del pasado inmediato e incluso presentes (40). Para su delimitación, el autor italiano parte de la constatación de que mientras que el propietario de los bienes de valor histórico, artístico y cultural puede variar, la función cultural que el bien desempeña es, sin embargo, siempre la misma; del mismo modo que con el cambio de titularidad dominical tampoco se ve alterada la potestad estatal de tutela y de valoración de tales bienes (41). En definitiva: que cualquiera que sea el propietario de la cosa, permanece en idénticos términos el interés cultural y la potestad del Estado para tutelarlo. Ello se debe a que en casos como estos debe distinguirse entre «cosa», como soporte físico, y «bien jurídico», entendido como utilidad o utilidades que la misma proporciona, de manera que una misma entidad material puede servir de soporte a varios bienes jurídicos capaces de ser tutelados diferenciada y autónomamente por la ley: el *bien*

(39) Vid. «Relazione della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1966, pp. 119 y ss.

(40) GIANNINI, «I beni culturali», cit., pp. 5-10.

(41) GIANNINI, *op. cit.*, p. 20.

(42) Un cuadro, por ejemplo, puede ser obleto del derecho de propiedad y de otros derechos reales (usufructo, prenda, etc.) y, al mismo tiempo, como *bien cultural* es objeto de tutela del Estado, GIANNINI, *op. cit.*, pp. 24-25.

(43) ALIBRANDI/FERRI, *I beni culturali e ambientali*, cit., pp. 23-24, advierten, sin embargo, que la consideración de los bienes culturales como *bienes inmateriales* es aceptable a condición de que se resalten sus diferencias respecto de los derechos de propiedad intelectual o industrial, a los que se asigna también la misma naturaleza. Y ello porque mientras en estos últimos la creación intelectual (*corpus mysticum*) está claramente diferenciada del soporte material a través del que se expresa (*corpus mechanicum*), y puede manifestarse a través de muchos y diversos elementos materiales, en los

cultural, por tanto, aunque tiene como soporte la cosa material, no se identifica con ella (42). En particular, una cosa de valor histórico, artístico y cultural puede ser a la vez objeto de un derecho patrimonial y de un *bien cultural*, cuya tutela corresponde al Estado.

De esta forma, puede distinguirse entre el *bien cultural*, entendido como bien inmaterial (43), como testimonio material de civilización susceptible de disfrute «universal» y del que es titular el Estado, y el *bien patrimonial*, referido a la pertenencia económica de la cosa, que puede corresponder a uno o varios titulares y cuya situación jurídica concreta no interfiere sobre el régimen de tutela pública de la función cultural (44). El bien cultural y el bien patrimonial, coinciden, pues, en el mismo objeto, pero hacen referencia a realidades jurídicas y titulares distintos: propiedad colectiva y titularidad pública, el primero, y propiedad privada y titularidad del propietario, el segundo. Por eso que sea perfectamente factible la convivencia simultánea de los intereses del propietario o de los titulares de derechos reales y los generales sobre la misma cosa.

B. *El patrimonio histórico, artístico y cultural y la función social de la propiedad*

La segunda explicación encuentra la fundamentación jurídica de la protección del patrimonio histórico, cultural o artístico en la *función social* de la propiedad, reconocida constitucionalmente en nuestro derecho en el art. 33 CE (45), y que supuso una superación del concepto liberal

bienes culturales el valor ideal está profundamente relacionado con el elemento material, de forma que uno y otro resultan inseparables, porque el componente ideal que es objeto de protección está absolutamente «prisionero» de la materia a través de la que se manifiesta. La consecuencia que se deriva de esta especial naturaleza es clara: mientras que en los bienes inmateriales en sentido propio puede haber dos disciplinas jurídicas que actúen diferenciadamente, una relacionada con el aspecto de creación intelectual, la otra con el aspecto material, en los bienes culturales la especial regulación se deriva de las «diversas utilidades», cultural y económica, inherentes a la misma cosa, que son jurídicamente garantizadas, y que pueden entrar en conflicto.

(44) La relación entre el bien inmaterial y la cosa, varía, sin embargo, según que se trate de interés arqueológico, paleontológico, prehistórico, etc.; vid., GIANNINI, «*I beni culturali*», cit., pp. 26-27.

(45) «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.), «2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.» Criterio reforzado por el art. 128.1 CE: «Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.» La cuestión de si se trata de un derecho fundamental o no es debatida entre constitucionalistas y administrativistas, aunque parece mayoritario el grupo de quienes consideran que la propiedad no es un derecho fundamental; así, BARNES VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, 1988, p. 118; MONTES, *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980, pp. 170-171.

de propiedad, entendida como derecho personalista, libre y absoluto, que otorga al titular dominical un poder de señorío pleno e incondicionado sobre la cosa. Por el contrario, en un Estado social el reconocimiento de la propiedad como derecho se hace tanto en beneficio del titular como en el de la comunidad, pues se parte de la idea de que la propiedad puede y debe satisfacer tanto intereses individuales como sociales (46). Así, expresamente se ha manifestado la STC de 26 de marzo de 1987, al declarar que «la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege ciertamente como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas de acuerdo con las leyes en atención a los valores o intereses de la colectividad»; «utilidad individual y función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

La propiedad, resulta, así, un derecho esencialmente limitado, que incorpora en sí mismo derechos y deberes, facultades y obligaciones: «El dominio se configura como un poder funcionalizado, en cuanto otorga a su titular una facultad de actuación que no es libre, sino preeterminada por el poder público en garantía de la satisfacción de los inte-

(46) Vid., por todos, BARRERO, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 334 y ss.; SUAY, *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños*, cit., pp. 136-137; PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., pp. 19-29. Frente al concepto liberal, que concibe la propiedad conforme a los criterios de «unidad, perpetuidad, exclusividad, ilimitación de facultades o abstracción, e ilimitación en la cantidad», estos *conceptos superadores de carácter social* la definen por el «pluralismo, conexión social, desconexión entre propiedad y libertad, actividad o ejercicio como centro de regulación» (SUAY, op. cit., pp. 137-138). Para mayor detalle, vid., BARNES VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional*, cit., pp. 41 y ss., 56 y ss. y 107 y ss.; MONTES, *La propiedad privada en el sistema de derecho civil contemporáneo*, cit., pp. 170 y ss., 187 y ss y 204 y ss; ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios*, cit., pp. 64-69.

(47) BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 342.

(48) Cfr. BARRERO, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., p. 845. En el mismo sentido, PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., pp. 19-29, considera también que la función social aparece como un elemento intrínseco al concepto de propiedad: «Podría decirse que la propiedad constitucional *per se* comporta una función social, es un condicionamiento interno que redimensiona el significado mismo de la propiedad y el derecho subjetivo del titular» (p. 22). De esta forma, el contenido esencial del derecho de propiedad queda integrado por dos aspectos fundamentales: el de libertad (individual) y la función social (colectivo), que aparecen perfectamente fundidos en el concepto constitucional de propiedad. Por el contrario, SUAY, *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños*, cit., p. 138, tratando del texto refundido de 1971, considera que en nuestro ordenamiento jurídico coexisten el concepto liberal y el social de la propiedad, de forma que cada uno de ellos explica diversas situaciones jurídicas de apropiación y gestión privada de bienes: unas conectadas con intereses públicos o sociales; otras, con bienes a los que no se concede relevancia pública o social, sino que aparecen puestos únicamente al servicio de los intereses del particular. «En las primeras lo que resulta protegido son las facultades del propietario para obrar con sus cosas. En las segundas la protección se dirige a la satisfacción de ciertos intereses públicos o sociales, mediante la utilidad que proporcionan cosas que pueden estar en propiedad particular». Con el sentido liberal se corresponderían los delitos de apoderamiento del Tít. XIII, caracterizados por un concepto de pro-

reses generales» (47). En definitiva, la propiedad resulta conformada por un conjunto de facultades o poderes otorgados al titular para que sean ejercidos en aquel sentido que sirva a la satisfacción del interés general; interés que habrá de ser concretado, en cada caso, por el legislador en atención a cada categoría de bienes, conforme a un *estatuto* propio que tenga en cuenta la naturaleza y función de los mismos (48).

Concebido así el concepto de propiedad, dejan de tener sentido las teorías que tratan de conciliar interés social e interés individual, buscando un punto de equilibrio entre ambos, como si de realidades recíprocamente excluyentes se tratara, puesto que las dos, de consumo, forman parte del contenido esencial del derecho. La *función social*, pues, es un elemento configurador del concepto y no una limitación que opera desde fuera (49). Por la misma razón, ya no es preciso explicar cómo y por qué puede intervenir el Estado limitando el ejercicio del derecho de propiedad, ni cómo ni por qué pueden imponerse determinadas obligaciones al propietario, puesto que ésta se encuentra ya limitada en su origen por la necesidad de dar satisfacción a los intereses generales (50).

C. Conclusión

La tesis de los *bienes culturales* tiene el mérito de situar la discusión sobre la naturaleza jurídica del interés que representa la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural en el valor objetivo del objeto y no en los titulares de los mismos; lo que, por otra parte, se corresponde adecuadamente con los términos constitucionales, que utilizan la referencia al «patrimonio» en ese mismo sentido. Muy sugerente y clarificadora resulta, igualmente, la separación entre el aspecto cultural y el patrimonial del bien, sobre la base de la distinción entre «cosa» y «bien jurídico». Penalmente, como es sabido, es esta una aproximación frecuente —aunque no siempre explicada con la claridad que lo hace Giannini— y que permite considerar que una misma entidad material sea soporte de varios intereses protegidos de distinta naturaleza y pertenecien-

piedad presidido por las notas de perpetuidad y exclusividad; con el de caracterización social guarda relación, en cambio, el art. 562, relativo a una situación de propiedad presidida por la idea de conexión social. Ello es lo que le permite diferenciar entre daños de carácter *microsocial*, referidos a la protección de las facultades dominicales, y los daños de sentido *macrosocial*, que atienden a la protección de intereses públicos o sociales. La clasificación atiende a los beneficiarios de los bienes y no en razón de los titulares de la propiedad (pp. 139 y 141).

(49) Así, por todos, MONTES, *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil*, cit., p. 188.

(50) En todo caso, el contenido esencial del derecho viene dado por el *ius disponendi*, ejercido siempre dentro del marco delimitado en cada caso por el poder público, según la naturaleza del bien y con vistas a satisfacer la *función social* de los mismos; vid. detenidamente, BARRERO, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., pp. 348-360; BARNES, *La propiedad constitucional*, cit., p. 402.

tes, incluso, a titulares distintos. Del mismo modo que me parece aceptable como punto de partida el concepto de bien cultural propuesto por la *Comisión Franceschini* («bene che costituiscia testimonianza materiale aventure valore di civiltà»).

En el tema que nos ocupa, sin embargo, la tesis resulta innecesaria, en la medida en que, al menos en nuestro derecho, proporciona una explicación a una situación que no la necesita. Como se ha visto, la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural no precisa una fundamentación especial para justificar las limitaciones que de la naturaleza del bien se derivan para el propietario, puesto que la legitimidad de la intervención pública en el derecho de propiedad privada está implícita en el concepto constitucional de la misma, como consecuencia de la *función social* que debe cumplir. No es preciso, pues, ningún intento para fundamentar la legitimidad de los límites puestos a la capacidad del propietario, como propone la tesis de Giannini, sino que es el mismo concepto de propiedad el que los lleva implícitos (51). Tales límites, inherentes al derecho de propiedad, son los que en los bienes de valor histórico, artístico y cultural hacen perfectamente compatibles las facultades dominicales sobre los mismos con su disfrute cultural compartido (52). Lo que rige con independencia de quién sea el titular de la cosa, abarcando también, por consiguiente, a la propiedad pública, de forma que el estatuto jurídico propio de los bienes de valor histórico, artístico y cultural les alcanza igualmente.

Desde esta perspectiva deben ser interpretadas la figuras delictivas que tutelan el patrimonio histórico, artístico y cultural; en particular en

(51) Así, claramente, BARRERO, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, cit., p. 368: «*La imisión pública en la propiedad cultural se fundamenta, en fin, en el propio concepto del derecho de propiedad constitucional como poder funcionalizado en cuya esencia convergen el interés del titular y el interés público, distinto, en cada caso, en función de la propia naturaleza del bien. La configuración actual de este derecho legitima, desde las propias coordenadas en que se asienta, una intervención pública en los bienes históricos, haciendo, en consecuencia, innecesaria toda teoría que intente justificar lo que expresamente se halla consagrado en la propia norma fundamental.*» (en cursiva en el original).

(52) Considerando que la situación de los bienes de valor histórico, artístico y cultural no es reconducible al tema de la función social de la propiedad, en cambio, ALIBRANDI/FERRI, *I beni culturali e ambientali*, cit., pp. 22-23; la razón es que en estos bienes la dedicación del bien al interés público no se produce mediante una orientación funcional del derecho de propiedad, que determina que los bienes culturales queden vinculados a la función derivada de su peculiar naturaleza, limitando las facultades del propietario, a modo de un «ejercicio “funcionalizado”» del derecho de propiedad, sino que, en lo que se refiere a su esencia de bien cultural, lo relacionado con el mismo resulta una competencia exclusiva del poder público. Lo que ALIBRANDI y FERRI, parecen querer decir es lo siguiente: en los bienes culturales de propiedad privada no es que estén limitadas las facultades del titular dominical, como consecuencia de la función social que debe cumplir el bien, sino que en los aspectos relacionados con el carácter cultural del bien el titular exclusivo es el poder público, quedando fuera de la esfera de disponibilidad y control del propietario al que pertenece en cuanto bien económico.

los casos en que el tipo básico puede estar tomando en cuenta la situación del titular dominical y la agravación el interés general. Esta circunstancia, y el propio carácter general del bien, lo sitúan dentro del campo de los bienes jurídicos indisponibles, de forma que la protección penal debe operar con independencia de la voluntad del propietario, lo que descarta ya de principio la eficacia del consentimiento que eventualmente pudiera prestar éste autorizando el comportamiento lesivo (53).

6. Naturaleza general del bien jurídico

Resaltando la condición social del bien, la doctrina mayoritaria, en relación a la protección del patrimonio histórico, cultural o artístico, habla de un interés colectivo o difuso (54). Personalmente creo que no es así, sino que se trata de un interés general. Sin abordar ahora una distinción compleja (55), baste decir que para caracterizar a un interés como colectivo o difuso no basta, como usualmente se pretende, con que la titularidad del mismo corresponda a una pluralidad de sujetos, puesto que esa es también una característica de los intereses generales. A mi juicio, de entre los muchos criterios propuestos para diferenciar entre unos y otros (56) el más definitivo es el que resalta que mientras que el interés general es por su propia naturaleza indivisible, el interés difuso o colectivo puede fragmentarse en la pluralidad de situaciones subjetivas que lo integran; en suma: puede *fraccionarse* en relación a los sujetos individuales que aparecen conectados con el mismo (57). Ello se traduce en una importante diferencia, reveladora de la distinta naturaleza de unos y

(53) El mismo carácter le reconoce MUÑOZ CONDE, «El tráfico ilegal de obras de arte», cit., pg. 402.

(54) Así, por todos: QUINTERO OLIVARES, «El hurto», cit., pp. 1152; MUÑOZ CONDE, «El tráfico ilegal de obras de arte», cit., pp. 402; BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho penal. PE. Delitos patrimoniales y económicos*, cit., p. 93; PÉREZ ALONSO, *La protección*, cit., p. 12; VIVES, *Derecho Penal*, PE, cit., pp. 796; SUAY, *Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños*, cit., p. 140, prefiere hablar de «utilidad», «que denota mejor el provecho inmediato que se puede obtener de una cosa y a quienes sean sus beneficiarios». GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Protección penal del Patrimonio Histórico Español: aproximación a la situación actual y proyecto de reforma», en *CPC*, 1994, n.º 53, pp. 492-493, considera que no son intereses difusos «propios», porque no concurren en ellos los caracteres de «fungibilidad e hipojusticiabilidad».

(55) Y que normalmente la doctrina no hace, confundiendo interés general con intereses colectivos y difusos.

(56) Vid. GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores (Protección penal)*, Madrid, 1986, pp. 79-90.

(57) (57) Cfr. MARCONI, «La tutela degli interessi collettivi in ambito penale», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1979, p. 1063; BRICOLA, «La tutela degli interessi collettivi nel proceso penale», en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi. Atti del Convegno di Studio*, Padova, 1976, p. 32.

otros: los intereses generales, que no pueden ser fragmentados, sólo pueden encontrar tutela penal en la medida en que el mismo, en cuanto tal, sea objeto de protección específica; por el contrario, los intereses colectivos y difusos, al poder fragmentarse en intereses individuales, encontrarían en la tutela de éstos una protección subsidiaria, insuficiente, si se quiere, pero —caso de que en cuanto tal interés colectivo no fuera objeto de protección— bastante para no determinar la desaparición absoluta del ámbito penal del interés a que se refieren (58). El interés que se tutela al prestar protección al patrimonio histórico, artístico y cultural es, pues, un bien jurídico de naturaleza *general* y no colectiva, en la medida en que no es *fragmentable*, de forma que si no fuera objeto de protección penal en sí mismo, no hay posibilidad alguna de tutela.

En contra, podría argumentarse que aunque el patrimonio histórico, cultural o artístico no fuera objeto de contemplación penal, los atentados al mismo siempre podrían penarse a través de los delitos contra la propiedad que correspondan. Pero ello, que es cierto, no hace sino mostrar la imposibilidad de *fragmentar* el bien, puesto que con la aplicación del delito patrimonial no se contemplaría más que la lesión del derecho patrimonial afectado, sin comprender el disfrute de los bienes culturales por los ciudadanos, que es, precisamente, lo que da sentido a la protección del patrimonio histórico, cultural o artístico.

(58) La defensa nacional, por ejemplo, es un interés general, porque, fuera del mismo, no hay en el Código ningún precepto al que acudir para, aunque fuera por vía de acumulación de lesiones individuales semejantes, procurar una tutela de los intereses que representa. La salud pública, por el contrario, es un interés colectivo, porque aunque dejara de merecer en sí protección penal, al tener un sustrato individual protegido también en relación a cada uno de los sujetos que forma el colectivo titular, la desaparición del mismo como específico objeto de tutela penal no determinaría la ausencia total de protección penal, sino que la misma podría lograrse, aún de forma imperfecta, a través del delito de lesiones, apreciable en relación a cada uno de los sujetos afectados.

Los puntos de partida de la dogmática penal

MANUEL JAÉN VALLEJO

Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

I

Es muy común la afirmación de que la ciencia del Derecho penal es eminentemente sistemática. Y es que, en verdad, el razonamiento sistemático en el Derecho penal garantiza la necesaria *racionalización* en la aplicación de la ley penal al caso. La teoría del delito, mediante un método analítico, descompone el concepto de delito en un sistema de categorías dogmáticas; es decir, rechaza una apreciación global del hecho. Sólo después del análisis de aquellas categorías se podrá afirmar que un hecho concreto es delito. Lo anterior no se dicte, aunque sí, en cambio, las propias categorías y, por supuesto, el contenido de cada una de ellas. De todos modos, hoy aún es mayoritaria la clasificación tripartita: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (1). Hay construcciones paralelas a la teoría del delito en otros sectores del ordenamiento jurídico: en el Derecho civil, la teoría del negocio jurídico; en el Derecho administrativo, la teoría del acto administrativo; en el Derecho procesal, la teoría general del proceso; en el Derecho mercantil, la teoría del acto de comercio, etc. Aunque, evidentemente, mientras que todas ellas tratan sobre la conformidad de tales actos con el Derecho, la teoría del delito, por el contrario, trata de los actos contrarios al Derecho, y mientras que en aquellas otras

(1) En contra de esta clasificación «clásica» se ha mostrado BACIGALUPO, quien defiende una clasificación cuatrispartita de las categorías del delito: tipicidad, antijuricidad, responsabilidad por el hecho y culpabilidad; cfr. *Principios de Derecho penal*, PG. ed. Akal 2.a ed., Madrid, 1991, pp. 162 y ss. En el mismo sentido: JAÉN VALLEJO, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, ed. Colex, Madrid 1992, pp. 267 y ss.; LAURENZO COPELLO, Patricia, *El aborto no punible*, ed. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 319 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Conciencia y Derecho Penal*, ed. Comares, Granada, 1994, pp. 284 y ss.

disciplinas no son muy importantes las discusiones acerca del sistema, los penalistas, en cambio, siempre han discutido mucho sobre el sistema. En cualquier caso, como hace tiempo dijera, GIMBERNAT, cuanto más desarrollada esté la dogmática más seguridad e igualdad se conseguirá en la aplicación de la ley.

El positivismo jurídico, que inspiró el sistema clásico del Derecho penal diseñado por BELING y V. LISZT, se caracterizaba por su reacción frente a la versión racionalista del Derecho natural, identificando el Derecho con el conjunto de leyes y creyendo en la posibilidad de comprender el significado de la ley y poder resolver los problemas jurídicos rechazando cualquier valoración y acudiendo exclusivamente a la ley (2).

El positivismo jurídico fue consecuencia del positivismo filosófico imperante en la época en que aquellos dos autores escribieron, que rechazaba como objeto de estudio las cuestiones trascendentales y abstractas, centrándose, en cambio, en la contemplación y estudio de los hechos. La filosofía positivista de Auguste COMPTE y SPENCER estaba presente en todos los estudios. Lo único que tiene valor es la ciencia experimental, es decir, lo *positivo*; luego sólo las ciencias naturales son ciencias, y el Derecho no es una ciencia (3). Desde esta perspectiva se comprende el enfoque naturalístico al que se somete la explicación del delito. Para el positivismo jurídico el Derecho positivo es un dogma, del que necesariamente se debía de partir. Sólo a partir del Derecho positivo se podían *inducir* los conceptos y principios que integraban el sistema. La construcción del sistema dogmático requería, pues, dos operaciones previas: la recolección del material normativo y el análisis exacto de las proposiciones. Pues bien, si, como decía V. LISZT, «sólo el orden sistemático garantiza el dominio total de lo particular» (4), lleva razón BACIGALUPO cuando afirma que «el sistema sólo podría cumplir con este cometido antes del análisis exacto de las proposiciones; una vez conocido el sentido exacto de esas proposiciones (lo particular) el sistema carece totalmente de función, pues ya no podría brindar nada nuevo ni servir para el “dominio total de lo particular”: lo particular ya habría sido “dominado” sin necesidad del sistema. Bajo estas condiciones, sólo quedaría para el sistema una función meramente expositiva, de la que no podrá esperarse ningún incremento del conocimiento» (5).

(2) La expresión más acabada del positivismo jurídico se halla en *la teoría pura del derecho* de Hans Kelsen, según la cual las normas sólo pueden ser reconducidas a otras normas, nunca a la realidad, y para evitar el regreso al infinito que este mecanismo supondría, KELSEN idea una «norma fundamental», sin contenido concreto, como piedra final del edificio normativo. Fuera de este esquema, la decisión sería metajurídica y, por tanto, metodológicamente ilegítima; de este modo, el jurista se convierte en mero técnico, que debe limitarse a subsumir.

(3) COMPTE establece que la Historia del Mundo tiene tres edades («ley de los tres estadios»): la primera es la teológica; la segunda es la metafísica; y la tercera es la científica; que se limita a aquéllo que es susceptible de observación empírica, es decir, a los hechos, dirigida por los hombres de ciencia experimental y exacta; cfr. WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (trad. por F. González Vicen), ed. Aguilar, Madrid, 1977, pp. 191 y ss.

(4) *Strafrecht Vorts. u. Aufs.*, II, 1905, p. 215.

(5) BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, ed. Civitas, Madrid, 1983, p. 27.

II

Ya en el siglo XX se impone una nueva fase en el pensamiento jurídico-penal: el neokantismo. En efecto, al mismo tiempo que se realizaba una reacción contra el idealismo y el empirismo materialista, se produjo, sobre todo en Alemania, un nuevo despertar de la filosofía, al repetido grito de «*volvamos a Kant*» que lanzó Otto Liebmann en 1865. En este período del neokantismo, el método deja de ser puramente formalista, introduciéndose consideraciones axiológicas, por la inclusión del Derecho entre las ciencias del espíritu, cuya metodología se caracterizaba por comprender y valorar. Los representantes de esta corriente (6) entienden que mientras que las ciencias naturales captan la realidad empírica de forma objetiva y neutral, las ciencias del espíritu proceden valorando. Luego, el método de conocimientos de estas últimas es un método valorativo. En cuanto a la cuestión de los valores que deben tomarse en consideración en la formación de los distintos conceptos, se entiende, en el marco de la «Escuela Suboccidental alemana», que hay que atender al objetivo que dichas ciencias pretendan conseguir con su aplicación y estudiar cómo han de configurarse para la consecución de sus fines. La metodología de dicha Escuela tuvo mucha influencia en las ciencias jurídicas y, en particular, en el Derecho Penal (7).

III

El ontologicismo: sistema del Derecho Penal y estructuras lógico-objetivas

El finalismo supuso un cambio tanto respecto al positivismo como respecto al relativismo valorativo del pensamiento neokantiano. De un lado, se entiende que la dogmática no ha de ocuparse de lo contingente por razones de espacio o tiempo, y, por tanto, no ha de tener por objeto esencial el Derecho positivo (8). De otro lado, tampoco debe atender a

(6) Cfr., sobre las bases filosóficas del neokantismo jurídico-penal, en una de sus principales direcciones («Escuela Suboccidental alemana» o «de Baden»), GONZÁLEZ VICEN, «El neokantismo jurídico axiológico», en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, 111, 1986, pp. 249 y ss.

(7) Cfr., ampliamente sobre el método del neokantismo, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 227 y ss.; también, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 55 y ss.

(8) En este sentido, KAUFMANN, Armin, en *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, dice lo siguiente: «Formular dogmas que no lleven en sí la vocación de atemporalidad y sólo pretendan interpretar las manifestaciones de un legislador, no puede ser misión de la ciencia del Derecho sino sólo la propia de un culto a las leyes versado filológicamente» (p. IX); cita y texto tomados de SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 58, nota 81.

valoraciones de contenido variable. Todo aquello que se construyera sobre la base de valores era subjetivo y perecedero, pues los valores están determinados por el contexto cultural y, por tanto, también éstos son contingentes y temporales. La dogmática tenía que contar con un sistema atemporal e imperecedero, con «un sistema de conceptos puros supratemporales» (9).

Precisamente con el fin de crear aquel sistema permanente se recurre a las *estructuras lógico-objetivas* (*Sachlogische Strukturen*) (10). Dice WELZEL: «el legislador no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras lógico-objetivas en la materia de su regulación; en caso contrario, su regulación será necesariamente falsa» (11). Las estructuras lógico-objetivas son verdades inmutables que vinculan al legislador y al intérprete; luego, no pueden ser afectadas por ninguna regulación legal ni valoración alguna. WELZEL, pues, recurre a una *fundamentación ontologicista*, siendo el concepto final de acción (acción como ejercicio de actividad final) la primera estructura lógico-objetiva o verdad imperecedera, a partir de la cual, procediendo de forma deductiva, se elabora el sistema de Derecho penal.

Mientras que en el neokantismo el método determina la configuración del objeto, para el finalismo el método no determina el objeto, sino que es el objeto lo que determina el método. Según WELZEL, las cuestiones de la sistemática jurídico-penal no se pueden desarrollar, como lo creen los puros positivistas, exclusivamente a partir de la ley (12). En realidad, la dogmática se ocupa de la misma acción humana que las ciencias naturales, aunque no como hecho natural, sino como definida por la idea de finalidad conforme a sentido; por ello, el concepto natural de acción, como mero proceso causal, no se puede admitir. Sobre la base de aquella premisa metodológica, es claro que la materia de las categorías dogmáticas se determina por la materia del objeto regulado por la norma, *sin modificación alguna del objeto*. Y las normas regulan acciones, luego lo que sea una acción con independencia de la regulación debe ser una acción también en el marco de la ciencia jurídica; si la dirección de la acción al resultado es un elemento de la acción, entonces también debe ser objeto de la categoría del sistema que tiene la función de comprobar la lesión de una norma (tipicidad).

Puede afirmarse, como resumen de las anteriores fases de evolución de la dogmática, que la dogmática penal quedaba reducida a un sistema cerrado en sí mismo, donde difícilmente podían ubicarse consideracio-

(9) KAUFMANN, *ibidem*.

(10) Cfr. CEREZO MIR, J., «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, ed. Tecnos, Madrid, 1982, pp. 49 y ss.; MIR PUIG, *Introducción*, cit., pp. 252 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*.

(11) *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1955, p. 197.

(12) Cfr. «Studien zum System des Strafrechts», ZStW 58 (1939), pp. 491 y ss.

nes de política criminal, que se consideraba debían ser objeto de otras ciencias (13). De otro lado, la ausencia de valoraciones dentro del sistema, en la que coincidían positivistas y finalistas, así como la consideración de las normas como dogma por parte de los positivistas y la vinculación del legislador a las verdades ontológicas, a las estructuras-previas de la ley misma, por parte del finalismo, venía a revelar la existencia de una dogmática penal neutra y aséptica, que difícilmente podía admitir la crítica.

El punto de vista ontologicista hace ya tiempo que ha sido abandonado. Los mismos discípulos de WELZEL lo cuestionaron (14). Muy interesante resulta al respecto el prólogo de JAKOBS a su manual de Derecho penal, parte general, 2.^a edición (1991), que es el mismo que el de la anterior edición (1983). Dice JAKOBS: «Cuando Hans Welzel me encomendó, poco antes de su muerte, la tarea de revisar la Parte General de su Manual (El Derecho Penal Alemán, 11.^a ed. 1969) para una nueva edición, él sabía que con ello encomendaba esta obra a un discípulo sospechoso de herejía. Como además Welzel supo mejor que otros que los objetos de la ciencia no deben tratarse como antigüedades según la procedencia y su edad, sino según su rendimiento, y como siempre le daba menos importancia a *topoi* singulares que al conjunto sistemático, yo fuí desde el comienzo de la opinión de que estaba autorizado a intervenir a fondo en la sustancia de su doctrina, siempre que ello fuese necesario para la construcción de un sistema productivo en la actualidad. Sin embargo, suponía poder conservar bastante sustancia antigua para que su Manual quedara reconocible. Esta suposición fue, como comprobé al poco tiempo y como muestra el presente libro, un craso error» (15).

El libro comienza, sin embargo, añade JAKOBS, con una referencia a la doctrina de WELZEL, según la cual del Derecho penal debe garantizar la vigencia de «valores de acción ético-sociales positivas»; éste debe ser el punto de partida si se quieren entender los efectos del Derecho penal no como meros procesos naturales, sino como procesos sociales (16). Bajo este punto de vista, continúa diciendo JAKOBS, la tarea a llevar a cabo por la dogmática penal reside en desarrollar aquellos principios que necesitamos para oponerle al delito como acto significativo (acto de contenido expresivo) otro acto significativo; esta oposición es necesaria para restablecer la vigencia de la norma desautorizada por el

(13) El propio V. LISZT sostenía que «la tarea inmediata del Derecho penal consiste en comprender el delito y la pena como generalización conceptual en una consideración puramente técnico-jurídica basada en la legislación y desarrollar en un sistema cerrado los principios y conceptos fundamentales», en *Das deutsche Strafrecht*, 21.^a y 22.^a ed., Leipzig, 1919, pp. 1 y 2.

(14) Cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht*, I, 3.^a ed., 1981, ZIELINSKI, *Handlungs und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973, pp. 80 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, 1983, prólogo.

(15) *Ibidem*.

(16) *Ibidem*.

infractor. Tal como una violación exterior es la apariencia de la violación de la norma, del mismo modo es la pena la apariencia de cómo se produce una estabilización de la norma (17). Añade entonces JAKOBS lo siguiente:

«Aquí se separan los caminos. La dogmática penal ontológica quiebra... No solamente los conceptos de acción y de culpabilidad (y muchos otros, a un nivel menos abstracto), a los que la dogmática penal ha atribuido ... una estructura (lógica prejurídica) se vuelven conceptos acerca de los cuales no se puede decir nada sin tener en cuenta la misión del Derecho penal, sino asimismo el concepto de sujeto al que se impuesta resulta ser un concepto funcional. Con ello no quiero decir que en la misión del Derecho penal hayamos encontrado un punto con la ayuda del cual podamos fijar de una vez por todas unos principios dogmáticos. Al contrario, cada principio dogmático-penal adolece de todas las dudas de las que adolece el acuerdo sobre la misión del Derecho penal como tal. Sirva de prueba de la reciprocidad la íntima conexión del concepto de culpabilidad con la teoría de los fines de la pena» (18).

IV

El funcionalismo político-criminal: política criminal y sistema del Derecho penal

Fuera del círculo de discípulos de WELZEL, la más significativa de las objeciones contra el ontologicismo de WELZEL es la proveniente de ROXIN, que, en 1970, publicaba una de sus obras más representativas: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, traducida poco después al español, así como gran parte de sus obras (19). ROXIN pertenece a la corriente dogmática denominada «funcionalista», en la que también hay que incluir a JAKOBS. La premisa metodológica fundamental de los sistemas funcionalistas puede resumirse en los siguientes términos: el contenido de las categorías del sistema dogmático se debe determinar en función de lo que resulte adecuado al sistema social; al sistema social en general o a un subsistema social en particular (por ej., el subsistema del Derecho penal). Y *funcional* es todo lo que se requiere para el mantenimiento del sistema. Pues bien, el modelo funcionalista de ROXIN es

(17) *Ibidem*.

(18) *Ibidem*.

(19) *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. F. Muñoz Conde, Bosh, Barcelona, 1972. Otras obras de ROXIN traducidas al español: *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976; *Teoría del tipo penal*, trad. Bacigalupo, eds. Depalma, Buenos Aires, 1979; *Iniciación al Derecho penal de hoy*, trad. Luzón Peña y Muñoz Conde, Sevilla, 1981; *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Madrid, 1981, etc.

un sistema abierto, de orientación teleológica (20), en el que se persigue una unidad sistemática de política criminal y Derecho penal.

ROXIN, en su estudio programático, *Kriminalpolitik und Strafrechssystem*, atribuye a cada categoría una función político-criminal. La tipicidad estaría regida por el principio *nullum crimen sine lege*. La antijuricidad comprendería el ámbito de los conflictos sociales en el que se enfrentan intereses individuales o sociales con las necesidades del individuo. Y la culpabilidad se configuraría desde la perspectiva de la teoría de los fines de la pena (21). En resumen, ROXIN propone una política criminal que se identifica con la teoría de los fines de la pena y que se lleva a cabo en la culpabilidad con los límites del Estado de Derecho (tipicidad). Pero veamos, con algo más de detenimiento, la tesis funcionalista de ROXIN.

El único fin de la pena, según ROXIN, es la prevención, tanto especial como general, entendida esta última no como prevención intimidatoria negativa, sino como «prevención integradora» positiva, es decir, con la finalidad de «restaurar la paz jurídica, en cuanto dé al pueblo la confianza, que su seguridad está salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse en contra de perturbaciones graves» (22). Sobre esta base político-criminal, ROXIN rechaza el punto de vista, sostenido por ZIELINSKI, según el cual el disvalor de resultado no es ya elemento constitutivo de lo ilícito penal, fundamentando, por el contrario, su pertenencia al mismo, porque «la perturbación de la paz jurídica general, que hace necesaria la intervención del derecho penal, por razones preventivo-generales, no descansa exclusivamente en la acción fallida del autor, sino más bien en el resultado producido» (23). De este modo, los comportamientos culposos, que suceden frecuentemente en toda sociedad, cuando no produzcan una efectiva lesión de un bien jurídico no deben castigarse, pues en tales casos la intransigencia de la generalidad es mínima e incluso no se produce; propugnar el castigo de toda conducta culpable, a pesar de la innecesidad preventiva de la pena supondría una vuelta a la teoría de la retribución. Ahora bien, ROXIN sí admite la punibilidad de los delitos de peligro y culposos sin resultado, cuando «conmocionan tan fuerte-

(20) Salvo en el hecho de que el modelo de ROXIN claramente no es ontologicista, en lo demás no se diferencia de un sistema teleológico como el de RADBRUCH: «los elementos del delito se deben deducir de los fines de la pena» («Zur Systematik der Verbrechenslehre», *Fest. f. Frank*, 1930, p. 156).

(21) Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechssystem*, 1970, pp. 15 ss.; *Política criminal y sistema del Derecho penal*, pp. 33 y ss.; *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, trad. J. Bustos y H. Hormazábal, PPU, Barcelona, 1992, pp. 35 y ss., criticamente, AMELUNG, Knut, «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Bernd Schünemann (compilador), introducción, traducción y notas de J.M. Silva Sánchez, Madrid, 1991, pp. 94 ss.

(22) *Política criminal y estructura del delito*, cit., p. 47.

(23) Op. cit., p. 50.

mente el sentimiento de seguridad jurídica de la población, que la perturbación social sólo puede suprimirse a través de la pena» (24).

En el ámbito de las causas de justificación, ROXIN trata de demostrar la aplicabilidad de la idea político-criminal de prevención general, fundamentando así una cierta proporcionalidad en la legítima defensa entre el daño que amenaza la agresión y el producido por la defensa; proporcionalidad que no se puede extraer del tenor literal del parágrafo 32 StGB (25). Así, en el ejemplo conocido del campesino paralítico que, al ver cómo un joven se sube a uno de sus cerezos llenándose con cerezas su boca y sus bolsillos, no tiene otra posibilidad de defender esta intromisión antijurídica en su propiedad que matando al joven agresor de un tiro, de aplicarse literalmente lo dispuesto en aquel parágrafo el autor tendría el derecho de hacerlo. Pues bien, como, según ROXIN, la legítima defensa se basa político-criminalmente sobre los principios de protección y de mantenimiento del Derecho, en ella se puede ver un pretendido efecto preventivo: «que el agresor corra un riesgo considerable y que el derecho se imponga a los ojos de la generalidad frente al injusto» (26). Partiendo de esta idea, ROXIN deduce que como en los delitos de bagatela, entre los que hay que incluir el hurto del ejemplo anterior, la necesidad preventiva general es mínima, el principio de mantenimiento del Derecho debe limitarse al marco de la proporcionalidad; «esto ciertamente no resulta del tenor literal, pero sí del sentido político criminal del precepto de la legítima defensa» (27). Desde esta misma perspectiva de prevención general integradora, se explicarían también las limitaciones a la legítima defensa en el caso de agresiones de niños y enfermos mentales. El agredido en tales casos se puede defender de afecciones graves, pero no es necesario aplicar toda la rigidez de la legítima defensa. Considera ROXIN que «en consideración a la fidelidad en el derecho de la población es innecesario un procedimiento duro contra inimputables, ya que todos saben que no están en situación de obedecer las normas, luego sus hechos no pueden ser vistos como agresiones culpables contra el ordenamiento jurídico» (28).

Pero, como es sabido, es en la culpabilidad donde el planteamiento teleológico de ROXIN ha encontrado un mayor desarrollo (29). Catego-

(24) Op. cit., p. 51.

(25) El parágrafo 32 del Código penal alemán, relativo a la legítima defensa (*Notwehr*), dice así: «(1) El que comete un hecho indispensable en razón de legítima defensa no actúa antijurídicamente. (2) Es legítima la defensa cuando sea necesaria para rechazar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica».

(26) Op. cit., p. 55.

(27) Op. cit., p. 56.

(28) *Ibidem*; la limitación de la legítima defensa en el caso de agresión de un inimputable, lo mismo que en el caso de personas que sufren un error, significa que el agredido en tales supuestos debe intentar seriamente eludir la agresión antes de hacer uso del derecho de defensa, y, de no poderse evitar ésta, la defensa debe ser prudente y proporcional.

(29) Cfr., entre otras, las siguientes obras de ROXIN: «“Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien», en *Fest. für Henkel*, 1974, pp. 171 ss.;

ría dogmática que él prefiere llamar «responsabilidad», integrada por dos presupuestos: la culpabilidad y la necesidad de prevención general, de tal modo que «a un autor sólo se le puede hacer responder personalmente por el injusto por él realizado, cuando en primer lugar es culpable y en segundo lugar también razones preventivas hacen inevitable su castigo» (30). Precisamente, mediante la ausencia de este segundo presupuesto se explicaría la impunidad por renuncia a la pena en los supuestos de exceso en la legítima defensa (*überschreitung der Notwehr*) (31) y de estado de necesidad exculpante (*Entschuldigender Notstand*) (32), bajo ciertas condiciones. Dice ROXIN que «desde la perspectiva de un puro juicio de culpabilidad sólo sería correcto una atenuación, porque el autor podría orientarse todavía conforme a la norma en tales situaciones, aunque en condiciones difíciles, luego existe todavía una culpabilidad disminuida» (33).

Si la prevención es la idea rectora en el conjunto de las categorías del sistema de la teoría del delito, se pregunta ROXIN cómo diferenciarlas, señalando que está en el grado de concreción del hecho que en cada categoría dogmática se valora. Así, en la tipicidad se contempla el hecho desde el punto de vista de la necesidad de la pena en abstracto, luego la valoración que se realiza es independiente de la persona del autor y de la situación concreta de la acción; en el ámbito de la antijuricidad se enjuicia el hecho como expresión de un conflicto social concreto, luego se resuelve la necesidad concreta de pena, incluyéndose ahora en la valoración todas las circunstancias de la situación de hecho concreta; y en la categoría de la responsabilidad la valoración está referida al autor, es decir, se trata de la necesidad concreta de pena del autor. Precisamente, sería la unidad del fundamento teórico lo que dotaría de la necesaria conexión sistemática a las tres categorías dogmáticas (34).

«Zur jüngsten Diskussion über Schuld Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», *Fest. für Bockelmann*, 1979, pp. 279 ss.; «Zur Problematik des Schuldstrafrechts», *ZStW* 96 (1984), pp. 641 ss.

(30) ROXIN, *Política criminal y estructura del delito*, cit., p. 58.

(31) El exceso en la legítima defensa está previsto en el parágrafo 33 StGB: «No será castigado el que excediera los límites de la legítima defensa por turbación, miedo o terror». Cfr. ROXIN, «über den Notwehrexzess», en *Fest. für Schaffstein*, 1975, pp. 105 y ss.

(32) Esta figura está prevista expresamente en el parágrafo 35 StGB: «(1) El que, ante un peligro actual, no evitable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal o la libertad, comete un hecho antijurídico para apartar un peligro de sí mismo, de un pariente o de otra persona allegada, obra sin culpabilidad. Esta exención no regirá en el caso de que el autor pueda exigírselo hacer frente al peligro, en función de las circunstancias, en particular cuando él hubiese causado el peligro o cuando se hallase en una relación jurídica especial; en estos casos, sin embargo, se atenuará la pena conforme al parágrafo 49, párr. 1.º, si el autor había tenido que hacer frente al peligro, pero no en consideración a una relación jurídica especial. (2) Si, al cometer el hecho, el autor supusiere erróneamente circunstancias que le exculparan conforme al párr. 1.º, sólo será castigado si pudo evitar el error. La pena será atenuada conforme a lo dispuesto en el parágrafo 49, párr. 1.º».

(33) *Ibidem*.

(34) ROXIN, op. cit., pp. 61-63.

A mi juicio, no resulta plausible reunir las causas de exclusión de la pena por disminución del contenido de lo ilícito, como es el caso del estado de necesidad llamado disculpante, con otras causas que carecen de toda repercusión respecto de lo ilícito, como las que excluyen la capacidad de culpabilidad y el error de prohibición, en la misma categoría dogmática de la culpabilidad; «responsabilidad», según ROXIN. Como se vio, para este autor la cuestión del merecimiento de pena y de la necesidad de pena constituye una cuestión de la responsabilidad, pero, en verdad, resulta difícilmente comprensible la unión en una categoría dogmática de causas de exclusión de la pena de tan distinto significado, aparte de las dificultades para explicar la extensión a los partícipes de los efectos de tales eximentes (35).

En cambio, la propuesta de BACIGALUPO de introducir en la teoría del delito una categoría sistemática intermedia entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad, la categoría de la *responsabilidad por el hecho* (36) constituye un notable acierto, por las ventajas que implica el tratamiento diferenciado de los supuestos que allí se incluyen. La existencia de esta categoría dogmática en la estructura del delito evita la asimilación en una única categoría (antijuricidad) de aquellos casos en los que se excluye totalmente lo ilícito y aquellos otros en los que simplemente se renuncia a la pena, pero que no merecen la aprobación del ordenamiento jurídico, y evita al mismo tiempo la no menos insatisfactoria equiparación de estos últimos a los casos de exclusión de la culpabilidad. Se logra así una clara distinción, en la teoría del delito, entre causas que excluyen la pena por exclusión de lo ilícito (antijuricidad), causas que excluyen la pena por disminución del contenido de lo ilícito (responsabilidad por el hecho), y causas que excluyen la pena por exclusión de la culpabilidad. Sólo las primeras implican, además de la exclusión de la pena, una renuncia a la ratificación de la norma violada, por cuanto que se valora positivamente el comportamiento del autor, a diferencia de las segundas, que sólo suponen una falta de desaprobación jurídico-penal, que se traduce en la renuncia del Estado a sancionar la conducta del autor, pero sin que ello implique una valoración positiva de la misma. Con esta distinción (antijuricidad/responsabilidad por el hecho) se salvaguarda la función preventiva u orientadora de las conductas sociales que corresponde a la antijuricidad, permitiendo, además, en los casos en que la naturaleza de la causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho en

(35) cfr. BACIGALUPO, «Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad», en *La Ley*, 23-12- 1986, p. 3.

(36) Esta teoría dogmática fue propuesta por MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, AT, 4.^a ed., 1971, pp. 377 y ss., y en España por JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, V, 3.^a ed., ed. Losada, Buenos Aires, 1976, pp. 20 y ss. BACIGALUPO ha aceptado esta categoría, aunque su versión difiere de la de MAURACH y JIMÉNEZ DE ASUA, que la concibieron como una subcategoría de la culpabilidad, en que sustraen dicha categoría de este ámbito, vinculándola con lo ilícito penal (Cfr. «Unrechtsminderung und Tatverantwortung», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, *passim*).

particular no lo impida, la extensión de la renuncia penal a los partícipes; consecuencia ésta última difícilmente alcanzable desde la culpabilidad, al menos si se parte, como lo hace la doctrina mayoritaria, de la teoría de la accesoriedad limitada.

V

El funcionalismo de la teoría sociológica de los sistemas: sistema del Derecho penal y teoría sociológica de los sistemas

El modelo funcionalista de la teoría de los sistemas, fruto del acercamiento de la dogmática a la sociología (37), ha influido considerablemente en los últimos años en la doctrina (38), siendo JAKOBS quien ha llevado a cabo (39) un análisis sistémico del delito y de la pena, llegando a una fundamentación preventivo-general positiva, o prevención de integración, del Derecho penal, mediante la traslación a este ámbito de las investigaciones realizadas por LUHMANN en la sociología jurídica. Este modelo, pues, se conecta con la tesis de LUHMANN, quien sostiene que el jurista no logra dominar el problema de las consecuencias de su decisión; precisamente allí es donde se debe insertar la dogmática. La dogmática, por lo tanto, según LUHMANN, se debe revitalizar con elementos provenientes de la teoría de los sistemas, para formular *modelos conceptuales jurídicos adecuados a la sociedad* y, con ayuda de ellos, formular las teorías dogmáticas (40). El *out-put* (salida; lo que abre el horizonte al futuro) de las decisiones jurídicas permanece realmente incontrolable; por lo tanto, las teorías preventivo especiales o generales no resultan un buen criterio de decisión, pues no tienen en cuenta la apertura al futuro del sistema social (41).

(37) Cfr., sobre el planteamiento funcionalista-sistémico, PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, eds. de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, pp. 43 y ss.

(38) Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage Zugleich ein Beitrag zur Lehre der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechers*, Frankfurt, 1972; CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974, y «Strafzwecke und Strafrecht», NJW, 1989, pp. 1338 y ss.; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973, *Fundamentos del Derecho penal* (trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero), ed. Bosh, Barcelona, 1984; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 82 y ss.

(39) *Strafrecht*, 1.^a (1983) y 2.^a (1991) eds.; cfr., críticamente, KÜPPER, Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1990.

(40) LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, pp. 24 y ss.

(41) LUHMANN, op. cit., p. 48.

En consecuencia, dice LUHMANN, «en lugar de exigirse a sí misma el conocimiento del futuro, la dogmática se debería orientar al desconocimiento, a la indeterminación del futuro. Este podría ser el modo adecuado de reacción frente a la orientación al futuro y a la apertura del futuro del sistema social de hoy»; de lo contrario, «existiría el riesgo de que un sistema jurídico, al que le es exigida una orientación a consecuencias político-sociales, renuncie, en realidad, a una autoconducción dogmática dejando de orientarse a criterios, que trascienden el programa de decisiones, para conformarse con la expectativa de consecuencias» (42). Por lo tanto, la tarea consiste en una adecuación de los conceptos jurídicos a la sociedad, a una sociedad en la que el futuro permanece abierto (futuro no programable). En otro lugar (43), LUHMANN, continuando con su tesis funcionalista, explica que la sociedad es un sistema de interacciones, que denomina expectativas; cada integrante del grupo social tiene la expectativa de que los otros integrantes del mismo se van a comportar de acuerdo a determinadas reglas sociales de conducta (expectativas de conducta). Luego, si no se cumple esta expectativa se produce la correspondiente frustración, que impide o dificulta el desarrollo normal del grupo social (44).

Como se dijo, el acercamiento del Derecho penal a la realidad, mediante la importación de la teoría de los sistemas desde la sociología a la teoría del delito, corresponde a JAKOBS, quien toma como punto de partida la concepción de LUHMANN del Derecho como conjunto de normas que crean expectativas de conducta. Desde el punto de vista funcionalista, el fin esencial del Derecho penal no es ya la protección de bienes jurídicos, como ha sido opinión dominante en la doctrina, sino más bien la protección de las normas penales. La dañosidad social del delito viene dada porque su realización exterioriza una «infidelidad del autor al ordenamiento jurídico», a través de la cual se pone en duda la vigencia de la norma en sí (carácter disfuncional); por ello, precisamente, la pena cumple la misión de confirmar la vigencia de la expectativa y de la norma defraudada por el autor (45).

Partiendo de la misión del Derecho penal, dice JAKOBS, y no del carácter (o de la estructura) de los objetos de la dogmática penal, ello lleva a una renormativización de los conceptos. Bajo este punto de vista, no es sujeto el que pueda producir o impedir un hecho, sino el que pueda ser competente para ello. Del mismo modo, los conceptos de causalidad, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se vuelven conceptos para niveles de competencia. Estos conceptos no fijan modelos de reglamentación para el Derecho penal, sino que surgen solamente en el contexto de reglamentaciones penales (46). Incluso la su-

(42) *Ibidem*.

(43) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1983.

(44) Op. cit., pp. 27 y ss.

(45) JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 4 y ss.

(46) Op. cit., *prólogo*, pp. 5 y 6.

posición —añade JAKOBS— de que, después de esta formación, el concepto deba referirse a un sustrato homogéneo prejurídico (al causar, al querer, al conocimiento, etc.), resulta ser un malentendido (naturalista). En la renormativización no se trata de esbozar, lejos del contexto social, sistemas normativos (lo cual, sin embargo, también es posible); «los esfuerzos van dirigidos, más bien, hacia el Derecho penal en una sociedad de configuración dada, sin que, por ello, se renuncie a exigencias frente a la realidad. La meta es una sistematización óptima (aunque no siempre se logre) del Derecho penal *vigente*. Por ello, aquí no se encuentra una sola sugerencia que no sea factible» (47). Bajo el punto de vista normativo, añade JAKOBS, desaparecen algunos problemas que crea la dogmática tradicional mediante su constante concentración en el contexto del ser (o contexto estructural). Al lado de múltiples armonizaciones dentro del concepto de la culpabilidad, se le quita hierro, sobre todo, a la contraposición entre los delitos de acción y los de omisión; ambos —añade— se fundan en la competencia organizativa (Organizationszuständigkeit) o en la competencia institucional. «En ello, dependen del estado actual de la organización del sujeto como sistema sicofísico (hacer u omitir) únicamente problemas menores. Además, surgen importantes novedades en otros múltiples temas, como en la imputación objetiva, en la teoría de la participación o en cuestiones singulares de justificación» (48).

La teoría del delito (como teoría de la imputación), según el planteamiento de JAKOBS, presenta notorias diferencias con los sistemas tradicionales. Destaco, a continuación, algunas de ellas. En primer lugar, la teoría del tipo se presenta como teoría de la imputación (objetiva). Como se sabe, el enfoque que le da JAKOBS a la teoría de la imputación objetiva es algo diferente al de ROXIN. Mientras que ROXIN deduce los criterios de la imputación de la naturaleza jurídica de las normas y de su finalidad protectora de bienes jurídicos, JAKOBS los deduce del fin y función social del Derecho penal. Según JAKOBS, en clara divergencia con la doctrina mayoritaria, el consentimiento es uno de los fundamentos que excluyen la imputación. En cuanto al segundo nivel de análisis de la imputación objetiva (realización del riesgo), ROXIN parte del criterio general del ámbito de protección de la norma, y JAKOBS de criterios de experiencia. Pues bien, como consecuencia de la influencia de la imputación objetiva, la estructura del tipo penal de los delitos culposos ha sufrido modificaciones. Mientras que en los dolosos

(47) Op. cit., p. 6.

(48) *Ibidem*. Muy interesante desde esta perspectiva resulta el libro sobre *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, de Javier SÁNCHEZ-VERA y GÓMEZ-TRELLES, Universidad Externado de Colombia, 1995, así como los últimos estudios de JAKOBS, *La competencia por la organización en el delito omisivo* (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), Bogotá, 1994, y *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá), Bogotá, 1994.

se ha distinguido, sobre la base del principio de congruencia (entre lo que el autor hace y lo que piensa), entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, en los culposos, al darse una discrepancia entre lo querido y lo hecho por el autor, aquella distinción carecía de razón de ser. JAKOBS, en cambio, también distingue en estos últimos delitos entre tipo objetivo y tipo subjetivo; el primero estaría integrado por la imputación objetiva, y el segundo por la imprudencia (posibilidad de haber conocido el peligro creado con la acción). También cabe destacar en el ámbito de lo ilícito las siguientes notas características en el sistema propuesto por JAKOBS: a) *reemplazo de la teoría del bien jurídico tradicional* (como teoría de objetos materiales o ideales sobre los que recae la acción) por una teoría del daño social basada en puntos de vista funcionalistas; b) la norma como bien jurídico protegido; c) el sistema social como *sistema de interacción institucionalizada*; se protege la confianza en el cumplimiento de las expectativas, es decir, en las normas.

Pero, sin duda, es en la culpabilidad en donde tiene mayor repercusión la renormativización propuesta por JAKOBS. Se pena para mantener la confianza general de la vigencia de la norma (49). Luego, construye la culpabilidad en torno al concepto de prevención general positiva. En la culpabilidad (50), por lo tanto, se trata de designar, dentro del círculo de diversas condiciones de una acción antijurídica, la carencia de motivación jurídica en el autor como fundamento relevante, si es que el autor debe ser sancionado. El aislamiento de la *falta de motivación jurídica como fundamento del conflicto* tiene lugar a través de todos los niveles de la teoría del delito: a) en el ámbito de la *acción* (tipicidad) la *expresión de sentido* (significado) depende del dolo o de la culpa, es decir, de la decisión referida a los efectos o de la falta de cuidado respecto de éstos, luego la *carencia de motivación jurídica es aquí relevante*; b) la acción antijurídica expresa una falta de motivación jurídica, pero todavía no se puede afirmar que sea el fundamento de una falta de fidelidad al Derecho: la lesión de la norma puede ser inevitable para el autor o no serle exigible; la cuestión de si lo ilícito se debe computar negativamente en la cuenta del autor, se decide en el ámbito de la culpabilidad; c) para la determinación de esta «*fidelidad al Derecho*» se deben considerar «qué coacciones sociales pueden ser cargadas al autor y cuantas circunstancias perturbadoras del autor tienen que ser soportadas por el Estado, por la sociedad o por terceros» (51).

(49) Cfr. JAKOBS, *Schuld un Prävention*, Tübingen, 1976, p. 3; del mismo, «*Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?*», en *Aspekte der Freiheit*, HRG. Diether Heinrich, *Schriftenreihe der Universität Regensburg*, t. 6, 1982, pp. 69 y ss.

(50) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 395.

(51) Op. cit., p. 326.

La duda sobre la prohibición. Especial consideración de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO

Profesor Titular Interino de Derecho Penal. Universidad de Granada

I

La conciencia potencial de lo injusto constituye uno de los elementos esenciales de la culpabilidad. Es un presupuesto necesario para que el Estado pueda imponer un castigo a un sujeto por el hecho ilícito cometido, ya que la capacidad individual de motivación por la norma o por la amenaza penal, es decir, por el Derecho Penal, viene determinada, en primer término, por la constatación de que el sujeto ha tenido la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho realizado. Con relación a este elemento de la culpabilidad, desde un plano gnoseológico, es posible constatar la existencia de tres hipótesis distintas que, seguramente, deban merecer un tratamiento jurídico diferente y que pueden esquematizarse del modo siguiente:

- a) Conciencia potencial-total de la antijuricidad (conocimiento seguro).
- b) Conciencia potencial-parcial de la antijuricidad (conocimiento dudoso o condicionado).
- c) Ausencia de conciencia potencial de la antijuricidad (falta de la posibilidad de conocimiento).

Pese a la disparidad teórica existente en torno a la fundamentación de este elemento de la culpabilidad, podría señalarse a grandes rasgos que tanto la doctrina como la jurisprudencia, de conformidad con el régimen jurídico establecido en el art. 6 bis, a) CP, coinciden en las soluciones adoptadas para dos de las tres hipótesis indicadas. Supuesto a): se afirma la plena culpabilidad y responsabilidad del que ha tenido la posi-

bilidad de conocer con seguridad la desaprobación jurídico-penal de su acción y, por ello, ha tenido la capacidad de motivarse por el Derecho. Supuesto c): en los casos en que el sujeto no ha podido conocer la antijuricidad (ausencia de conciencia potencial), se excluye totalmente la culpabilidad y la responsabilidad (error de prohibición invencible). De todos modos, se afirma una culpabilidad disminuida y se exige una menor responsabilidad cuando la falta de conciencia es consecuencia de un error de prohibición vencible, con independencia de cuál sea ahora su fundamentación teórica e instrumentación práctica.

Sin embargo, este genérico consenso quiebra en la hipótesis intermedia de conciencia potencial-parcial de la antijuricidad, es decir, cuando hay un conocimiento dudoso o condicionado sobre la antijuricidad (supuesto b). Bajo esta hipótesis se incluyen los situaciones de *duda sobre la prohibición*, es decir, aquellos casos en los que el sujeto no sabe con seguridad si su conducta es contraria a Derecho, considerándolo posible, del mismo modo que considera posible que su conducta sea adecuada a Derecho (1). Se trata, en definitiva, como señala BACIGALUPO, de «una figura similar a la que tradicionalmente se conoce como dolo eventual, pero, en lugar de estar referida a la conciencia de los hechos, se vincula a la conciencia sobre la antijuricidad» (2). En esta hipótesis las soluciones doctrinales y jurisprudenciales divergen considerablemente, asemejándolas, en unos casos, a las propuestas para la conciencia potencial-total y segura de lo injusto, y, en otros, a las dispensadas para la falta de conciencia potencial.

En realidad, en la situaciones de duda sobre la prohibición, la cuestión no cabe ceñirla a una equiparación simplista con las soluciones adoptadas en las demás hipótesis afectantes a la conciencia potencial de la antijuricidad, como elemento de la culpabilidad. Se trata de una cuestión más compleja tanto en su fundamentación dogmática, como en sus consecuencias jurídicas. Además, es un tema abierto a la discusión, que no ha sido objeto de especial atención en la doctrina española, salvo algunas excepciones significativas (3), y necesitado, en consecuencia, de futuros trabajos que, como advierte ROXIN, se ocupen de analizar en particular la posible exclusión o disminución de la culpabilidad en los casos de conciencia condicionada de lo injusto (4). Por todo ello, con

(1) Vid. al respecto, WARD, G., «Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein». *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Berlín-Nueva York. 1974; p. 499.

(2) Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 2.^a ed., Madrid. 1990; p. 179.

(3) Entre los escasos manuales que han abordado el tema con detenimiento, vid. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pp. 178 y ss. Más ampliamente, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuricidad». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid. 1987; pp. 647 y ss.

(4) Vid. ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. Munich. 1992; p. 596.

este trabajo se pretende llevar a cabo una aproximación al tema, fundamentalmente, a través del examen crítico de las dos líneas jurisprudenciales que, sobre esta materia, parecen coexistir en el seno del Tribunal Supremo español (II), con el propósito de tomar una posición clara en torno a la duda sobre la prohibición y adoptar las soluciones que nos parecen más convincentes desde el punto de vista dogmático y político-criminal (III).

II

1. *La primera línea jurisprudencial* de nuestro más alto tribunal acerca del conocimiento condicionado de la antijuricidad arranca de las sentencias de 14-12-1985 (RA. 6264) y 10-4-1986 (RA. 1995) —cuyo ponente fue, en ambos casos, SOTO NIETO— en las que se enjuiciaron a dos personas que tenían dudas sobre la prohibición de la tenencia de armas en nuestra legislación (en el primer caso, por ser un extranjero, súbdito norteamericano, en cuyo Estado —Florida— está permitida la tenencia de armas; en el segundo, por tener un arma con desperfectos, que no la hacían totalmente inútil para su función). En ambas resoluciones se sentó la doctrina de que *la duda sobre la prohibición equivale a la conciencia de la antijuricidad y que, por tanto, no puede admitirse un error de prohibición, ni es posible dispensar un trato de privilegio* al que actúa en tales condiciones. Así, por ejemplo, en la primera sentencia citada se afirma que ha de «excluirse la presencia de un verdadero supuesto de error de prohibición cuando existan motivos para pensar que el agente tiene seguridad respecto a su proceder antijurídico, o, al menos, conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad que, por estimarse similar al dolo eventual, no merece trato de benignidad alguno».

Sobre esta base se ha ido abriendo paso la línea jurisprudencial mayoritaria de referencia, que equipara el conocimiento condicionado al conocimiento seguro de la antijuricidad, negando una posible atenuación penal, hasta el extremo de que a partir de la STS de 26-5-1987 (RA. 3131; Ponente: MONER MUÑOZ) en múltiples resoluciones del TS se repite insistenteamente la idea de que «para excluir el error, no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, basta que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad» (5). Finalmente, tras la STS de 12-12-1991 (RA. 9448; Ponente: VEGA

(5) En indéntico sentido, vid. las SSTS de 13-3-1989 (RA. 2620; Ponente: CARRERO RAMOS); 10-5-1989 (RA. 4161; Ponente: DÍAZ PALOS); 17-6-1989 (RA. 5146; Ponente: CARRERO RAMOS); 20-11-1990 (RA. 9061; Ponente: SOTO NIETO); 20-11-1991 (RA. 8599; Ponente: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ).

RUIZ), la idea reseñada se convierte en un requisito negativo para estimar el error de prohibición invencible (6).

A parte de otras consideraciones que pudieran hacerse sobre esta línea jurisprudencial (7), deben destacarse fundamentalmente dos ideas básicas que merecen un juicio distinto: a) el conocimiento condicionado de lo injusto se define como la conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad; b) la duda sobre la prohibición es condición suficiente para afirmar la conciencia potencial de la antijuricidad y excluir, por tanto, el error de prohibición y toda atenuación penal, es decir, se equipara a la conciencia exacta y segura.

a) *La primera idea básica* reseñada, según la cual el conocimiento condicionado de lo injusto equivale a la conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad, merece un juicio positivo, por cuanto que parece situar la conciencia potencial de lo injusto sobre una base cognoscitiva, apartándose de las teorías emocionales o volitivas, de las que son partidarias la doctrina dominante en Alemania. Con esta cuestión se trata de dilucidar bajo qué presupuestos se puede afirmar que el sujeto ha podido tener conocimiento de la antijuricidad y no ha actuado, en consecuencia, con error de prohibición, ciniéndonos ahora lógicamente a si el conocimiento condicionado es conocimiento de la antijuricidad.

Como se indicó y reconocen algunas de las sentencias objeto de análisis, la duda sobre la prohibición tiene cierta similitud con el dolo eventual, por cuanto que en éste hay un conocimiento condicionado de los hechos que configuran la tipicidad, mientras que en aquélla existe un conocimiento condicionado de la desaprobación jurídico-penal de tales hechos, conformadora de la antijuricidad. Seguramente, por ello, un sector importante de la doctrina alemana, con el propósito de dilucidar si la duda sobre la prohibición supone un verdadero conocimiento de la antijuricidad o no, suele acudir a los criterios tradicionalmente empleados para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente (8). Concre-

(6) En este sentido, vid. las SSTS de 18-11-1991 (RA. 9448; Ponente: VEGA RUIZ); 20-1-1992 (RA. 244; Ponente: VEGA RUIZ); 9-3-1993 (RA. 2163; Ponente: VEGA RUIZ).

(7) Como, por ejemplo, si más que situaciones de duda sobre la prohibición, en algún caso, nos encontramos ante auténticas presunciones y atribuciones de conocimiento por parte del TS, como advierte, SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, pp. 648, 658 y 659.

(8) En este sentido, vid. RUDOLPHI, H.J., *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*. Gotinga. 1969; pp. 118, 126 y ss.; del mismo autor, en RUDOLPHI, H.J., HORN, E., SAMSON, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. Allgemeiner Teil (§§ 1-79 b)*. 5.^a ed. Francfort. 1987; (com. al § 17, 12); JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4.^a ed. (Traducción de José Luis Manzanares Samaniego). Granada. 1993; p. 410; LACKNER, K., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. 18. ed. Munich. 1989; (com. al § 17, 2.c); CRAMER, P., en SCHÖNKE-SCHROEDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*. 24.^a ed. Munich. 1991, (al § 17, 5); SCHROEDER, F.C., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Einleitung §§ 1-31. T. I.* 10.^a ed. 1985; (al § 17, 23 y 24); DREHER, E., TRÖNDLE, H., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 43.^a ed. Munich. 1986; (com. al § 17, 5).

tamente, como señala SILVA SÁNCHEZ, «son precisos dos elementos. El primero una situación de duda, en la que el sujeto advierte la probabilidad seria de que su conducta infrinja el Ordenamiento. El segundo, una postura del mencionado sujeto, dentro de la duda, favorable al resultado «lesión del Ordenamiento», que aparece caracterizada con las expresiones «conformarse», «decidirse por», u otras similares» (9).

De esta forma, entre los binomios conocimiento condicionado/error de prohibición y dolo eventual/culpa consciente podría establecerse el siguiente paralelismo: a) existe un conocimiento condicionado de la antijuricidad cuando el sujeto se representa la posibilidad de que el hecho esté prohibido y se conforma con su infracción (10). El conocimiento condicionado de la antijuricidad se asienta sobre la misma base del dolo eventual. b) Existe, por el contrario, un error de prohibición (vencible) cuando el sujeto se representa como probable la antijuricidad de su acción y no acepta o no se decide por la posible ilicitud de la misma. El error de prohibición (vencible) se asienta sobre la misma base de la culpa consciente.

Por tanto, desde este punto de vista mayoritario, parece que con independencia de que se sea partidario de las teorías del dolo o de la culpabilidad (11), la conciencia potencial de lo injusto se asienta sobre una doble

(9) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, p. 649.

(10) Así, JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, p. 410; señala que para afirmar la conciencia de lo injusto basta «con que el autor considere seriamente la antijuricidad de su comportamiento y acepte la posibilidad de vulnerar el Derecho (conocimiento eventual del injusto)». De igual forma se expresa la mayor parte de la doctrina alemana, *vid.* nota 8.

(11) En este sentido, *vid.* SCHROEDER, F.C., *Leipziger Kommentar...* (al § 17, 23), *ob. cit.*; en donde señala que con relación a la antijuricidad se dan las mismas posibilidades de conocimiento que con el dolo, destacando que tanto los partidarios de la teoría del dolo, como también los de la teoría de la culpabilidad deben emplear para la afirmación de la conciencia de lo injusto los mismos criterios que para la afirmación del dolo. Desde un punto de vista distinto, de base cognoscitiva, tanto para la conciencia de los hechos como de la antijuricidad, llega en coherencia a negar repercusión alguna de las teorías sobre el error de prohibición en materia de conocimiento eventual de la antijuricidad, SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, p. 662. Sin embargo, creemos que en los casos de duda sobre la prohibición no debe descartarse la posibilidad de una efectiva repercusión de las distintas teorías acerca del error de prohibición, por ejemplo, porque se mantenga, coherentemente también, la concepción tradicional sobre la conciencia de los hechos, según la cual el dolo es conocimiento y voluntad de realizar el tipo, y, al mismo tiempo, se defiende una conciencia potencial de lo injusto de base puramente cognoscitiva. En tal caso, los partidarios de las teorías del dolo deberán constar en las situaciones de duda la existencia de voluntad o de una decisión por lo injusto, ya que la conciencia de la antijuricidad forma parte del dolo. Sin embargo, los partidarios de las teorías de la culpabilidad no estamos obligados a demostrar tal elemento emocional para afinmar la existencia del conocimiento (condicionado) de la antijuricidad. *Vid.* al respecto, KAUFMANN, A., «Der dolo eventualis im Deliktaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (70), Berlín, 1958; p. 84; WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 501, 504 y 517. Cfr. también, RUDOLPHI, H.J., *Unrechtsbewusstsein, Verbotisrrtum...*, *ob. cit.*, pp. 130 y 131. No obstante, debe reconocerse que todo ello depende del concepto de dolo que se mantenga, como advierte, SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, pp. 662 y 663.

base: cognoscitiva o intelectiva y volitiva o emocional, del mismo modo que la concepción mayoritaria sobre la conciencia de los hechos (dolo). Sin embargo, este planteamiento ha sido cuestionado por un sector doctrinal minoritario, pero significativo, por cuanto que no parece del todo correcta la equiparación establecida entre el conocimiento condicionado de la antijuricidad y el dolo eventual. En particular, se discute si la conciencia potencial de lo injusto se configura sobre el mismo doble presupuesto cognitivo-volitivo del dolo eventual, como propugna la doctrina mayoritaria, o, más bien, sobre una base cognoscitiva, como opina la doctrina minoritaria. Se pone en duda, por tanto, la necesidad de exigir también para el conocimiento (condicionado) de la antijuricidad el elemento volitivo del dolo (eventual) que, como hemos visto, sistemáticamente se le adscribe (12).

En efecto, si los componentes voluntativos vinculados a la actitud interna del sujeto han de jugar algún papel para determinar los presupuestos de la punibilidad, parece que el lugar sistemático más adecuado para ello debe ser la conciencia de los hechos, es decir, el dolo, que tradicional y mayoritariamente se define como conocimiento y voluntad de realizar el tipo. Aunque, incluso, esta concepción está siendo sometida a revisión por un sector cada vez mayor de la doctrina, que pretende rechazar el elemento volitivo del dolo, para asentarlo sobre una base cognoscitiva (13). Sin embargo, dejando al margen esta última cuestión, que a nuestro juicio está pendiente de una futura y profunda discusión, en materia de conocimiento (condicionado) de la antijuricidad parece conveniente asentar dicha conciencia potencial sobre una base cognoscitiva y abandonar los componentes volitivos o emocionales en el ámbito de la culpabilidad.

Desde esta perspectiva, bastaría con representarse seriamente la posibilidad de la prohibición para afirmar el conocimiento (condicionado) de la antijuricidad, sin atender a la actitud interna del sujeto, a si se conforma, acepta o se decide por lo injusto (14). De esta forma, como señala ROXIN, «existe un conocimiento condicionado de lo injusto cuando el autor está en duda sobre la situación jurídica: considera probable, por ejemplo, que su acción esté permitida, pero cuenta también con la posibilidad de que esté prohibida» (15). Pues bien, esta misma concepción

(12) Vid. al respecto, por todos, KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», *ob. cit.*, pp. 83 y ss.; WARDA, G.: «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 517 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: «Observaciones sobre el conocimiento "eventual" ...», *ob. cit.*, pp. 650 y ss.

(13) Sobre esta cuestión, vid. por todos, FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*. Carl Heymanns Verlag. 1983. En la doctrina española, vid. al respecto, el reciente y exhaustivo trabajo de, DÍAZ PITA, M.M., *El dolo eventual*. Valencia. 1994.

(14) En este sentido, vid. WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 517 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. 3.^a ed. Carl Heymanns Verlag. 1981; pp. 174 y 175; BLEI, H., *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*. 18.^a ed. Munich. 1983; pp. 198 y 199; JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2.^a ed. Berlin-Nueva York. 1991; pp. 555 y 556.

(15) Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 594.

(cognoscitiva) de la conciencia de lo injusto parece mantener la línea jurisprudencial comentada, cuando alude a la «conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad» (SSTS de 14-12-1985 (RA. 6264); 26-5-1987 (RA. 3131); 12-11-1991 (RA. 9297), entre otras muchas), o a «la fundada sospecha de su proceder contrario a Derecho» (STS de 10-4-1986 (RA. 1955).

En efecto, la conciencia potencial de la antijuricidad, como presupuesto necesario de punibilidad, plantea exclusivamente un problema de conocimiento, por cuanto que con este elemento de la culpabilidad se pretende afirmar el SI de la pena de aquellas personas que, teniendo la posibilidad de *conocer* la desaprobación jurídico-penal del hecho realizado, no han adecuado su comportamiento o no se han motivado conforme a la amenaza penal o al mandato normativo por ellos conocido. Podría decirse, por ello, que la antijuricidad se conoce (con certeza o con dudas) o no se conoce, pero no se quiere. De esta forma, para excluir el error de prohibición basta con demostrar el conocimiento de la antijuricidad, pero no tiene sentido indagar en la voluntad del sujeto, ya que el error se afirmará ante la falta de conocimiento, pero no ante la ausencia de voluntad (16).

Por todo ello, este sector doctrinal fundamenta con acierto la conciencia potencial de lo injusto sobre una base cognoscitiva, excluyendo los factores volitivos, de tal forma que en la situaciones de duda sobre la prohibición se afirma la conciencia de lo injusto, cuando el sujeto ha considerado seriamente la probabilidad de que su acción sea contraria a Derecho. Por ello, se rechaza la equiparación establecida entre conocimiento condicionado de la antijuricidad y dolo eventual, al menos en los términos fijados por la doctrina dominante (17). En efecto, es posible todavía establecer un cierto paralelismo entre ambos, de tal modo que puede decirse que *el conocimiento de la antijuricidad equivale al elemento cognitivo del dolo*. Significativas son al respecto, de todo lo dicho, las palabras de WARDA, cuando afirma que, «en realidad, la conciencia de la antijuricidad solo es el equivalente del lado intelectual del dolo, de modo que el error de prohibición solo se da por la falta de los requisitos cognoscitivos referidos a la antijuricidad del hecho, mientras que la ausencia de una determinada toma de decisión del autor sobre la antijuricidad, exigida aún junto al momento cognitivo para el reproche total de culpabilidad, no afecta a la conciencia de lo injusto y por tal motivo no fundamenta ningún error de prohibición» (18).

(16) Vid. al respecto, WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 522 y ss.; JAKOBS, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 555 y 556; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, p. 652.

(17) Vid. KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», *ob. cit.*, pp. 83 y ss.; WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 517 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 175; BELI, H.: *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 198 y 199; JAKOBS, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 555 y 556; ROXIN, C., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 595 y 596.

(18) Cfr. WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 524 y 525.

b) *La segunda afirmación* destacable en la línea jurisprudencial comentada, según la cual el conocimiento condicionado de la antijuricidad es conciencia potencial de la antijuricidad y excluye, en consecuencia el error de prohibición y cualquier atenuación penal, contiene a su vez dos ideas importantes que hemos de delimitar claramente, puesto que son objeto de distinta consideración en la doctrina. De una parte, aunque resulte obvio decirlo, existe acuerdo doctrinal en que *la duda sobre la prohibición excluye la posibilidad de admitir un error de prohibición*. Ello es debido a que la duda supone que el sujeto no sabe con exactitud si su acción viola el Ordenamiento jurídico, pero a la vez se representa como posible la licitud de su conducta. Por ello, actúa con un conocimiento condicionado o eventual sobre la antijuricidad y, aunque sea condicionado, al fin y al cabo, es conocimiento de la antijuricidad, lo que conduce a la exclusión del error de prohibición, que precisamente consiste en la falta total de conocimiento, siendo, por ello, su reverso lógico y natural. Por tanto, puede afirmarse que quien actúa con conocimiento condicionado de la antijuricidad ha tenido conciencia potencial de lo injusto, quedando excluida, por tanto, la posibilidad de admitir un error de prohibición (19).

De otra parte, sin embargo, y en conexión con lo anterior, se deduce también la idea más discutible de que *la duda sobre la prohibición no merece tratamiento jurídico especial*, sino que debe regirse por las mismas reglas que la certeza sobre la antijuricidad. En este punto, la línea jurisprudencial comentada mantiene el mismo parecer que un sector de la doctrina alemana, según el cual *el conocimiento condicionado de lo injusto equivale al conocimiento seguro*. Por tanto, quien actúa con duda acerca de la desaprobación jurídico-penal de su acción no sólo no incurre en un error de prohibición, sino que tampoco se hace merecedor de una atenuación penal, siendo plenamente responsable como en los casos de conciencia potencial exacta y cierta (20). Desde este punto de vista, se piensa que el Estado no está dispuesto a soportar la infracción del Ordenamiento jurídico en situaciones de duda y que, por ello, ha de exigir de los ciudadanos el respeto del mismo en tales casos. La duda sobre la infracción del deber ha de resolverse en favor de su cumplimiento y, en caso contrario, debe exigirse responsabilidad, incluso en la misma medida que si hubiera certeza sobre la ilicitud del hecho (21).

(19) Vid. por todos, BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, ob. cit., p. 179; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», ob. cit., pp. 647 y ss.; ROXIN, C., *Strafrecht...*, ob. cit., p. 594; BLEI, H., *Strafrecht...*, ob. cit., pp. 198 y 199; JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit., p. 410; JAKOBS, G., *Strafrecht...*, ob. cit., pp. 552 y 555.

(20) Vid. al respecto, RUDOLPHI, H.J., *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum...*, ob. cit., pp. 118 y ss.; JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 410 y 411; LACKNER, K., *Strafgesetzbuch...* (com. al § 17, 2.c), ob. cit. Cfr. también, de otra opinión, WARDA, G., «Schuld und Strafe...», ob. cit., pp. 504 y ss.

(21) Para una exposición de esta cuestión, vid. WARDA, G., «Schuld und Strafe...», ob. cit., p. 505; KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», ob. cit., p. 84; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», ob. cit., p. 649.

Sin embargo, un número cada vez mayor de autores no está totalmente de acuerdo con el planteamiento expuesto. Se acepta la identidad de títulos: tanto el conocimiento seguro como el conocimiento condicionado de la antijuricidad son presupuestos suficientes para afirmar la conciencia potencial de la antijuricidad y excluir, en consecuencia, el error de prohibición; pero se niega la identidad de contenidos y tratamiento: el conocimiento condicionado de la antijuricidad no tiene por qué ser tratado siempre como el conocimiento seguro. Por regla general, debe admitirse la posibilidad de atenuar la pena, en determinados casos, a quien actúa con dudas sobre la desaprobación jurídico-penal de su acción, porque en esa situación concreta puede tener una menor capacidad de motivación y puede serle menos exigible actuar conforme a Derecho que aquél que ha podido tener un conocimiento total y seguro de la ilicitud del hecho realizado. En definitiva, el Estado no puede exigir objetivamente el mismo grado de cumplimiento o respeto al Derecho a quien tiene dudas sobre la prohibición que a quien sabe seguro que viola el Ordenamiento jurídico. La capacidad de motivación normativa puede ser distinta y, por ello, en ciertos casos, el conocimiento condicionado debe merecer un tratamiento (atenuatorio) especial respecto del conocimiento seguro (22).

Ahora bien, la culpabilidad disminuida que sirve de presupuesto a la atenuación penal, como advierte BACIGALUPO, «no se conecta en forma automática con la duda, sino que requiere un examen de las circunstancias en las que la duda tiene lugar» (23). En efecto, tomando como criterio regulativo la idea de exigibilidad, que atiende a criterios individuales o de justicia para el caso concreto, habrá que dilucidar, como señala SILVA SÁNCHEZ, si el Estado «está dispuesto a tolerar en mayor o menor medida, que, ante la duda, realicen lo presumiblemente antijurídico o, por el contrario, pretende imponer la abstención de toda conducta sobre la que se proyecte la duda acerca de su juridicidad o antijuridicidad» (24). Habrá que determinar, en definitiva, en qué casos la duda merece el mismo tratamiento que el conocimiento seguro y en cuáles no.

Con este propósito, los autores partidarios de dispensar un tratamiento especial al conocimiento condicionado de la antijuricidad, siguiendo el esquema trazado por ARMIN KAUFMANN (25), suelen

(22) En este sentido, vid. KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», *ob. cit.*, pp. 83 y ss.; WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 526 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 175; JAKOBS, G.: *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 555 y 556; ROXIN, C.: *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 595 y 596; BLEI, H., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 199; CRAMER, P., *Strafgesetzbuch Kommentar...*(al § 17, 5 y 19), *ob. cit.* En la doctrina española, vid. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...* *ob. cit.*, pp. 179 y 180. Más ampliamente, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, pp. 653 y ss.

(23) Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, p. 179.

(24) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, p. 653.

(25) Vid. KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», *ob. cit.*, pp. 83 y ss.

distinguir entre casos de duda resoluble y duda irresoluble (26). De esta forma, se establece un cierto paralelismo con el error de prohibición vencible e invencible, seguramente, con el fin de delimitar los casos de duda (resoluble o irresoluble) a través del parámetro del *deber de información*, empleado para determinar la evitabilidad o no del error. Por tanto, esta distinción acerca de la duda sobre la prohibición supone, como señala SILVA SÁNCHEZ, «sentar como criterio básico de exigibilidad un «deber de informarse», siempre que ello sea posible, que recae sobre todos los ciudadanos» (27). Se exige a los ciudadanos que en caso de duda sobre la desaprobación jurídico-penal de su acción se informen antes de actuar: si pese a cumplir con dicho deber la duda persiste, ésta será irresoluble, y, en caso contrario, si no se hace nada para aclarar las dudas, será resoluble.

En base a esta acertada distinción, puede afirmarse que, por regla general, en *los casos de duda resoluble*, si el autor ha tenido la posibilidad de aclarar sus dudas y no ha cumplido con el deber de información exigible a todo ciudadano en la situación concreta, se debe exigir plena responsabilidad e imponer la pena completa, porque ha tenido conciencia potencial-total de la antijuricidad. Dicho de otra forma, en las situaciones de duda resoluble el conocimiento condicionado de la antijuricidad debe equirarse al conocimiento seguro (28). Por el contrario, en *los casos de duda irresoluble*, si el autor ha hecho todo lo posible para salir de la situación dudosa, cumpliendo con el deber de información exigido en el caso concreto a cualquier ciudadano, por regla general, debe admitirse un tratamiento especial de privilegio, porque ha tenido una capacidad de motivación normativa disminuida. Por tanto, en las situaciones de duda irresoluble el conocimiento condicionado de la antijuricidad no debe equipararse al conocimiento seguro, sino que debe atenuarse la pena (29).

(26) En este sentido, vid. WARDA, G., «Schuld und Strafe...» *ob. cit.*, pp. 526 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 175; RUDOLPHI, H.J., *Systematischer Kommentar...* (al § 17, 13), *ob. cit.*; JAKOBS, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 555 y 556; ROXIN, C., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 595 y 596; BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, p. 179; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, pp. 654 y ss.

(27) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, p. 655.

(28) Así, vid. KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», *ob. cit.*, p. 86; WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 528 y ss.; JAKOBS, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 556; ROXIN, C., *Strafrecht* ..., *ob. cit.*, p. 595; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, p. 655.

(29) Vid. KAUFMANN, A., «Der dolus eventualis...», *ob. cit.*, p. 86; WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 528 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 175; RUDOLPHI, H.J., *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum...*, *ob. cit.*, p. 139; del mismo autor: *Systematischer Kommentar...* (al § 17, 13), *ob. cit.*; BLEI, H., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 199; JAKOBS, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 556; ROXIN, C., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 595 y 596; BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...* *ob. cit.*, p. 179; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, pp. 655 y 656.

En resumen, acudiendo al paralelismo establecido con el error de prohibición, se puede afirmar, como señala JAKOBS, que el conocimiento condicionado de la antijuricidad solo puede ser tratado como conciencia (segura) de lo injusto, si en caso de faltar totalmente la conciencia el error hubiera sido evitable; de lo contrario, el conocimiento condicionado es equiparable a un error de prohibición invencible, no estando cerrada la posibilidad de una atenuación penal (30). En definitiva, la equiparación entre la duda irresoluble de lo injusto y el error de prohibición (inevitable), como apunta ROXIN, «no tiene por consecuencia la necesaria absolución o una drástica disminución penal, sino que sólo abre la deseable posibilidad de política criminal en cada caso, de compatibilizar la punibilidad de la acción en la concreta situación con el principio de culpabilidad» (31).

2. El TS ha mantenido *otra línea jurisprudencial* acerca de la duda sobre la prohibición, que se ha plasmado en las sentencias de 21-1-1991 (RA. 1313; Ponente: MOYNA MÉNGUEZ) y 6-10-1993 (RA. 7284; Ponente: DÍAZ PALOS), aunque ya se infería en las sentencias de 7-7-1987 (RA. 5286) y 5-10-1990 (RA. 7678), de las que también fue ponente MOYNA MÉNGUEZ. En esta línea el TS aboga por *la plena equiparación entre la duda sobre la antijuricidad y el error de prohibición*, incluso llega a emplear ambos conceptos indistintamente, como sinónimos. Ahora se considera que la duda es igual al error y que, por ello, debe ser sometida al régimen jurídico previsto para éste. Es más, de estas resoluciones judiciales se puede deducir fácilmente, aunque no se diga de forma expresa, la diferenciación entre duda resoluble e irresoluble que se equipara plenamente al error de prohibición vencible e invencible respectivamente, atenuando la pena en un caso, por vía del art. 66 CP, y excluyendo la responsabilidad en otro, conforme a lo dispuesto en el art. 6 bis a), 3.^º CP.

Esta supuesta identidad se constata con mayor claridad en *los casos de duda resoluble*, en los que se aprecia un error de prohibición vencible. De modo gráfico, en la STS de 21-2-1991 (RA. 1313), que enjuiciaba por delito de intrusismo profesional al representante de unos laboratorios de productos zoosanitarios, que los vendía directamente prescindiendo de la asistencia y control de un técnico farmaceútico, como exige la legislación vigente, nuestro más alto tribunal casó la sentencia de instancia que absolvía al acusado porque no tuvo conciencia potencial de la antijuricidad (error de prohibición invencible), dictando otra nueva en la que se afirma que hay duda (resoluble) sobre la antijuricidad y, por tanto, error de prohibición vencible. Concretamente, el TS señala en esta sentencia que «ha de admitirse, al menos, una actuación con dudas sobre la antijuricidad, de la que pudo salir por los varios

(30) Cfr. JAKOBS, G., *Strafrecht...*, ob. cit., p. 556.

(31) Cfr. ROXIN, C., *Strafrecht...*, ob. cit., p. 596.

medios que tenía a su alcance, y concretamente recabando la información y antecedentes precisos en el ámbito de la empresa que representaba o de los organismos administrativos competentes; en definitiva, el error de prohibición debe tener carácter de evitable o vencible, al que ha de darse el tratamiento penal previsto en el artículo 6 bis a), último párrafo, del Código penal» (32).

En las *situaciones de duda irresoluble*, sin embargo, la mencionada identidad de conceptos no se advierte con tanta claridad, aunque se mantiene implícitamente. Así, en la STS de 5-10-1990 (RA. 7678), que versaba sobre un delito de falsedad en documento público, debido a que la acusada había realizado la compra simulada de una casa para procurarse un título dominical, el TS casó la sentencia de instancia, que había estimado la existencia de duda resoluble y, por tanto, de un error de prohibición vencible, afirmando que no hay duda y que debe apreciarse un error de prohibición invencible. Se afirma, concretamente, que «una ponderación cuidadosa de las circunstancias del caso: el nivel cultural en que se movía la acusada, que le impedía llegar por vía de reflexión o de autocrítica a una conclusión distinta sobre sus derechos dominicales, y la información obtenida en la oficina notarial alejaba toda duda sobre la posible corrección y sobre la trascendencia penal del procedimiento sugerido como medio de obtener el título inmatriculador de una finca que consideraba suya. La creencia de estar obrando lícitamente, con la nota de inevitabilidad, excluye el carácter culpable de la acción y, por tanto, la responsabilidad penal».

De este tenor literal se pueden extraer alternativamente dos conclusiones que, en cualquier caso, conducen a la plena identidad entre duda y error de prohibición. Por una parte, si en el caso enjuiciado no hay duda sobre la prohibición, como parece entender el TS, y se estima, por tanto, un error de prohibición invencible, a *sensu contrario*, puede interpretarse que de haberse dado la situación de duda se hubiera apreciado un error de prohibición vencible, como se mantuvo en la instancia. Por otra, si realmente nos encontramos ante una duda irresoluble, como parece deducirse de las circunstancias del caso, se la identifica plenamente con el error de prohibición invencible y, por ello, se eximió a la acusada de responsabilidad criminal.

De lo expuesto, puede concluirse que el TS confunde las situaciones de duda irresoluble, en las que el sujeto cuenta con la posibilidad de que su acción sea contraria a Derecho y cumple con el deber de información

(32) De igual modo, en la STS de 6-10-1993 (RA. 7284) se afirma que «el nivel de profesionalidad y de cultura que concurren en la acusada (...) excluye toda duda sobre la posible creencia errónea y, por lo tanto, de la vencibilidad del error en que se dice actuó». Esta misma idea parece traslucirse en la STS de 7-7-1987 (RA. 5286) cuando resuelve que «las circunstancias que rodearon al hecho enjuiciado patentizan que la recurrente tenía conciencia de la prohibición que pesaba sobre la exportación de capitales (...y) alejan la posibilidad de una duda indulgente sobre el conocimiento de la ilicitud de la evasión».

exigible a cualquier ciudadano para aclarar sus dudas, con el error de prohibición invencible, en el que si bien el sujeto hace lo posible para salir de él, hay una falta total de conocimiento. Sin embargo, en la situaciones de duda resoluble reconoce bien la situación dudosa, aunque posteriormente la equipare plenamente al error de prohibición vencible. En la doctrina sentada por el TS en estas sentencias todo parece criticable, incluso, la atenuación penal que se aplica y que consideramos necesaria en algunos casos de duda, pero se estima precisamente en los supuestos en que no debe aplicarse.

Esta línea jurisprudencial parte de un presupuesto erróneo en torno a la duda sobre la prohibición, del que se obtienen unas consecuencias jurídicas igualmente incorrectas. Dicho punto de partida se traduce en la plena identificación entre conocimiento condicionado de la antijuricidad y error de prohibición, es decir, quien actúa con dudas sobre la prohibición no ha podido conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho realizado. Parece evidente que se trata de una falsa o errónea equiparación, que necesariamente se ha de aclarar porque resulta insostenible desde cualquier punto de vista. En la dogmática penal existe acuerdo, al menos, como hemos visto, en que el conocimiento condicionado de la antijuricidad se da cuando el sujeto duda sobre la prohibición del hecho realizado, es decir, considera igualmente probable que esté prohibido o permitido. En tal caso, se afirma la conciencia potencial de la antijuricidad y se excluye, automáticamente, la posibilidad de admitir un error de prohibición. Ello es debido a que dicha conciencia se afirma o se niega en función de que el sujeto haya podido conocer o no la antijuricidad: es culpable quien ha tenido la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal de su acción (actúa con conciencia potencial de lo injusto); no es culpable quien ni tan siquiera ha podido conocer la antijuricidad del hecho realizado (actúa con error de prohibición). Así, por definición, el error de prohibición consiste en la falta de conocimiento.

Por ello, si el conocimiento condicionado es conocimiento de la antijuricidad, no puede identificarse plenamente, en modo alguno, con el error de prohibición. Ambos constituyen las dos caras de una misma moneda, que se excluyen recíprocamente. No puede sostenerse al mismo tiempo, como hace el TS, que el sujeto cuenta con la alta probabilidad de que su acción sea antijurídica (conocimiento condicionado) y que falta totalmente el conocimiento de la antijuricidad (error de prohibición). En definitiva, o el sujeto ha podido conocer con certeza o con duda la antijuricidad (conciencia potencial de lo injusto) o no la ha podido conocer (error de prohibición), pero no se pueden afirmar paralelamente ambas cosas, esto es lógica y dogmáticamente imposible e incompatible.

El rechazo de la premisa de partida conduce, en lógica consecuencia, a negar virtualidad a la doble identificación que se establece entre duda resoluble/error de prohibición vencible y duda irresoluble/error de prohibición invencible, así como las consecuencias jurídicas que se ob-

tienen de ella. En efecto, como ambas modalidades de duda no coinciden, como se pretende, con las clases de error, no tienen por qué someterse al mismo tratamiento jurídico previsto para éste, porque responden a presupuestos distintos. Sin embargo, lo único acertado en este planteamiento ha sido acudir al criterio regulativo del «deber de información», empleado en la teoría del error de prohibición para determinar su evitabilidad o no, con el propósito de diferenciar la duda resoluble de la irresoluble. En este plano, como tuvimos ocasión de analizar, es posible establecer un cierto paralelismo, que no una plena identificación, entre la duda y el error, para dispensar un tratamiento diferenciado a ambas clases de duda bajo el prisma de la exigibilidad. Y, para ello, no cabe duda que el criterio de deber de información exigible a cualquier ciudadano en la situación concreta se revela más que adecuado para delimitar las situaciones de duda y derivar, de ello, un tratamiento privilegiado para la duda irresoluble frente a la resoluble, que se equipara a la conciencia potencial-total y segura de la antijuricidad. De todas formas, debe reconocerse que el criterio referido no lo emplea el TS por los motivos expuestos, sino simplemente porque es el que utiliza en materia de error de prohibición, con el cual identifica la duda.

III

Como puede observarse, la doctrina sentada por el TS en esta última línea jurisprudencial supone un giro totalmente copernicano con la línea mayoritaria antes comentada en torno a la duda sobre la prohibición. En la mayoritaria se sostiene, básicamente, que en las situaciones de duda de lo injusto el sujeto tiene conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad, es decir, conciencia potencial de la antijuricidad, que excluye, por tanto, el error de prohibición y no se permite trato de privilegio alguno, en cuanto que se equipara el conocimiento condicionado de la antijuricidad al conocimiento seguro. Por el contrario, la minoritaria identifica plenamente la duda de lo injusto con el error de prohibición. Si la duda es irresoluble se exime de responsabilidad criminal, porque se trata de un error de prohibición invencible, y si es resoluble se atenúa la pena, porque el error ha sido vencible.

Por ello, del comentario crítico realizado sobre la contradictroria jurisprudencia del TS se pueden extraer, en último término, algunas ideas básicas que constituyen una toma de postura personal acerca de la duda sobre la prohibición. Como premisa de partida, debe afirmarse que la conciencia potencial de la antijuricidad, pese a la opinión contraria de la doctrina dominante en Alemania, ha de determinarse sobre una base exclusivamente cognoscitiva, de modo que si se quiere establecer algún paralelismo entre el conocimiento condicionado y el dolo eventual, éste se encontrará únicamente en el elemento intelectivo del dolo. Sólo la

falta de conocimiento, y en modo alguno la ausencia de voluntad, puede fundamentar un error de prohibición, porque solo los elementos cognitivos, y en absoluto los elementos volitivos, afectan o condicionan la conciencia potencial de la antijuricidad. De esta forma, puede decirse que el conocimiento condicionado de lo injusto, entendido como la seria representación de una alta probabilidad de antijuricidad, es conciencia o conocimiento potencial de lo injusto. Por tanto, dicha conciencia existirá cuando el sujeto haya podido tener un conocimiento seguro y también un conocimiento condicionado de la antijuricidad, excluyéndose en ambos casos el error de prohibición.

Ahora bien, la identidad de título no tiene por qué suponer también la identidad de contenidos y tratamiento, es más, desde un punto de vista valorativo, vinculado a la idea de exigibilidad general, no parece adecuado equiparar plenamente, de forma automática, conocimiento condicionado a conocimiento seguro, con el propósito de dispensar a aquél el mismo tratamiento jurídico que a éste. La duda sobre la prohibición requiere, por tanto, un enjuiciamiento diferenciado, de forma que habrá casos en que se establezca la equivalencia y otros en los que no. Ello se determinará por consideraciones de exigibilidad, en atención a lo que el Estado está dispuesto a exigir objetivamente de los ciudadanos en las situaciones de duda: si exigirá siempre la opción por el Derecho ante la duda o permitirá en ciertos casos que realicen lo probablemente antijurídico. Con tal propósito, parece conveniente acudir también para la duda sobre la prohibición al criterio regulativo del «deber de información» exigible a cualquier ciudadano en la situación concreta, empleado convenientemente en la teoría del error de prohibición para distinguir el error vencible del invencible. Por ello, en esta materia y solo a los efectos reseñados, puede establecerse un cierto paralelismo entre la duda y el error.

Así, *las situaciones de duda resoluble*, de las que el sujeto puede salir cumpliendo con el deber de información, y en las que si faltara el conocimiento darían lugar a un error de prohibición vencible, *se equiparan al conocimiento seguro de la antijuricidad*, haciendo al sujeto plenamente responsable e imponiendo la pena (dolosa) completa (33). Por el contrario, *las situaciones de duda irresoluble*, que el sujeto no puede aclarar en modo alguno cumpliendo con el mencionado deber, y en las que de faltar la conciencia de la antijuricidad habría un error de prohibición invencible, *merecen al menos un tratamiento privilegiado (atenuación de la pena) con respecto a las de conocimiento seguro*.

Sin embargo, la solución propuesta para las situaciones de duda irresoluble suscita el problema adicional y nada desdeñable de buscar el instrumento dogmático adecuado que haga viable la attenuación de la

(33) En los casos, menos frecuentes, en que el delito se haya cometido por imprudencia, lógicamente, en las situaciones de duda resoluble se impondrá la pena culposa completa, de conformidad con las cláusulas generales que incriminan la imprudencia.

pena, ya que no existe previsión legal alguna al respecto. En la doctrina alemana se pretende conceder a los jueces la posibilidad de atenuar la pena, del mismo modo que con el error de prohibición vencible, a través del § 17.2 StGB (34). Sin embargo, como reconocen BACIGALUPO y SILVA SANCHEZ (35), no sería posible aplicar directamente dicho párrafo, ni tampoco el art. 6 bis a), 3.^º CP, porque estos preceptos contienen el régimen jurídico sobre el error de prohibición y, como hemos visto, en las situaciones de duda falta este presupuesto legal, ya que hay conocimiento (condicionado) de la antijuricidad que, por definición, excluye el error de prohibición: «no se puede equiparar la duda sobre la antijuricidad con la falta de ella» (36). Ante esta imposibilidad, que es la misma en Alemania que en España, se propugna la vía supralegal o la aplicación analógica del § 17.2 StGB para atenuar la pena en los casos de duda irresoluble, atendiendo a consideraciones de justicia material (37).

En esta misma línea, debe destacarse la instrumentación dogmática apuntada por BACIGALUPO para hacer viable el tratamiento privilegiado que merecen estos casos (38). Debería aplicarse aquí, al igual que con el error de prohibición vencible, el régimen atenuatorio previsto en el art. 66 CP a través del art. 9.1 CP, ya que considera que la duda sobre la antijuricidad constituye «una hipótesis plenamente subsumible bajo la definición de las eximentes incompletas» (39). Sin embargo, la dificultad que obstaculiza esta solución reside en que el art. 66 CP se refiere solo a la falta de requisitos de las eximentes del art. 8 CP, entre las que no se encuentra el error de prohibición, mientras que el art. 6 bis a), 3.^º CP se remite sólo al art. 66 CP cuando el error es vencible. Pero, como adivierte este autor, «dado su contenido, el artículo 6 bis, a) del Código Penal debería ser, en realidad, un caso más de los contemplados en el artículo 8, pues regula una circunstancia que exime de pena, incluyendo el caso en que tal circunstancia se de incompleta por evitabilidad del error. Por tanto, lo que separa el contenido del artículo 6 bis a) del Código Penal de los supuestos legislados en el artículo 8 del mismo *no es esencial* sino, en todo caso, meramente estilístico. Si la materia de la regulación es la misma, el tratamiento debe ser igual» (40).

(34) Cfr. al respecto, WARDA, G., «Schuld und Strafe...», *ob. cit.*, pp. 504 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 175; BLEI, H., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, p. 199; JAKOBS, G., *Strafrecht...* *ob. cit.*, pp. 556; CRAMER, P., *Strafgesetzbuch Kommentar...* (al § 17, 19), *ob. cit.*

(35) Vid. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, p. 179; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, p. 656.

(36) Cfr. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, p. 179.

(37) Vid. ROXIN, C., *Strafrecht...*, *ob. cit.*, pp. 595 y 596. Cfr. también, SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Observaciones sobre el conocimiento “eventual”...», *ob. cit.*, p. 656.

(38) Vid. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pp. 179 y 180.

(39) *Ibidem*, p. 180.

(40) *Ibidem*, p. 180.

De no compartirse esta solución, existe otra vía legal que permite atenuar la pena del autor en los casos de duda (irresoluble), a través de la atenuante analógica prevista en el art. 9.10 CP. En efecto, parece evidente que si la aplicación del art. 9.10 CP no exige una analogía formal, sino de carácter material, puede entenderse que las situaciones de duda irresoluble sobre la prohibición son un caso análogo a la eximente incompleta de error de prohibición, de tal forma que merecen un tratamiento atenuatorio al que se llega mediante el art. 9.10 CP en relación con el art. 9.1 CP. De esta forma, puede aplicarse la pena en grado mínimo, siendo posible, incluso, rebajarla en uno o dos grados, si la atenuante analógica se estima como muy cualificada y no concurren circunstancias agravantes (art. 61.5 CP). Por ello, parece que la vía del art. 9.10 CP se revela también como un instrumento dogmático adecuado, desde la perspectiva legal y de política-criminal, para que los jueces adecúen la gravedad de la pena a la culpabilidad del autor por el hecho ilícito realizado en la situación concreta de duda irresoluble sobre la prohibición.

Sin embargo, debe reconocerse que esta última solución exige más requisitos legales, al partir de un presupuesto distinto a la anterior, que redundarán en una menor incidencia práctica, puesto que las consecuencias jurídicas a las que está abocada normalmente tendrán una menor eficacia atenuatoria que las propuestas con la primera solución. Ello es debido a que el vigente sistema legal de individualización de la pena no parece estar presidido por las directrices del principio de culpabilidad, como se pone de manifiesto en la regla 5.^a del art. 61 CP. Para poder rebajar la pena en uno o dos grados por la concurrencia de una circunstancia atenuante (analógica: 9.10 en relación al 9.1 CP), que denota una menor culpabilidad del autor por el hecho realizado, es necesario que se estime como muy cualificada y, además, que lo injusto no revista una mayor gravedad, es decir, que no concúrra circunstancia agravante alguna (a excepción de la reincidencia) (41). Por tanto, pueden ser consideraciones vinculadas a la gravedad de lo injusto las que dificulten o impidan adecuar la gravedad de la pena a la culpabilidad del autor.

(41) Sobre esta cuestión, vid. ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*. 3.^a ed. Valencia. 1993; pp. 118 y ss.; en donde señala que «la importante STS. de 1 de febrero de 1993 ha sostenido que, pese al tenor literal de la regla 5.^a del art. 61, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces y Tribunales pueden imponer la pena inferior en uno o dos grados aunque concurra, además, la agravante de reincidencia, si la rebaja de la pena (en uno o dos grados) viene exigida por la necesidad de no superar en el caso concreto el límite de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor; y ello porque —afirma expresamente el Tribunal Supremo— «el Derecho Penal de culpabilidad no puede alegar que el efecto atenuante previsto para las atenuantes muy cualificadas (que disminuyen la culpabilidad) solamente puede ser tomado en consideración cuando no concurre una agravante que, como la de reincidencia, expresa necesidades de tipo preventivo especial», (p. 131).

Por ello, como la virtualidad atenuatoria y la adecuación a la culpabilidad del autor por el hecho realizado es mayor en la primera vía apuntada que en la segunda, puede afirmarse que el instrumento dogmático y político-criminal más adecuado para conseguir el fin propuesto es sin duda, como sostiene BACIGALUPO, la aplicación directa del art. 9.1 CP en relación con el art. 66 CP, que permite atenuar la pena en uno o dos grados de forma más libre para adecuarla a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho realizado.

De lo expuesto puede concluirse que la duda irresoluble sobre la prohibición, que, en caso de haber faltado totalmente el conocimiento de la antijuricidad, hubiera dado lugar a un error de prohibición invencible, merece la misma atenuación penal establecida en el art. 66 CP para el error de prohibición, a la que se llega a través del art. 9.1 CP.

De esta forma se completa, creemos que de forma convincente tanto dogmática como político-criminalmente, las soluciones del esquema trazado al comienzo de este trabajo, que quedaría de la siguiente forma:

a) Conciencia potencial-total de la antijuricidad: conocimiento seguro = plena responsabilidad. (Salvo que exista un error de prohibición vencible = atenuación penal).

b) Conciencia potencial-parcial de la antijuricidad: conocimiento condicionado:

- a'. Duda resoluble = plena responsabilidad.
- b'. Duda irresoluble = atenuación penal.

c) Ausencia de conciencia potencial de la antijuricidad: falta de la posibilidad de conocimiento (Error de prohibición invencible) = exclusión total de responsabilidad.

En suma, debe reconocerse el considerable esfuerzo llevado a cabo por el TS para resolver las situaciones de duda sobre la prohibición, que con seguridad hubieran pasado inadvertidas a una dogmática de menos altura, dada la complejidad del tema. Lo que sucede, sin embargo, es que la jurisprudencia del TS en esta materia, hasta ahora, ha sido vacilante llegando a soluciones contrapuestas, lo que provoca cierta inseguridad jurídica y desigualdad. Esperemos que pronto exista uniformidad de criterios y se llegue a un punto de equilibrio, adoptándose la solución intermedia propuesta, que parece la más correcta y justa.

La terminación del delito

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho Penal. Universitat de València

SUMARIO: I. Justificación y planteamiento. A) Justificación. B) Planteamiento.—II.

La terminación del delito: Cuestiones preliminares. A) Introducción. B) La cuestión terminológica. C) Sustantividad y autonomía de la categoría de la terminación. 1) Teorías positivas. 2) Teorías negativas. 3) Teorías positivas limitadas. 4) Toma de posición.—III. La terminación del delito: delimitación conceptual y estructura. A) Delimitación conceptual. 1) Criterios subjetivos. 2) Criterios objetivos. a) Criterios objetivo-materiales. b) Criterios objetivo-formales. c) Criterios objetivo-teleológicos. 3) Criterios mixtos. 4) Toma de posición. B) La fase de la terminación del delito en las diferentes estructuras típicas. 1) Delitos de consumación anticipada. a) Delitos de intención. b) Delitos de peligro. c) Delitos de empresa. d) Delitos de consumación anticipada en sentido estricto. 2) Delitos con estructura iterativa. a) Delito permanente. b) Otras estructuras iterativas semejantes al delito.—IV. La terminación del delito: consecuencias jurídicas. A) Autoría y participación. B) Circunstancias modificativas. C) Legítima defensa. D) Concurso de delitos. E) El agente provocador. F) Prescripción del delito. Indulto. Otros.

I. JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO

A) Justificación

El delito, dice MANTOVANI (1), como toda cosa humana, nace, vive y muere. Desde el punto de vista jurídico-penal, a ese proceso en virtud del cual transcurre la vida del delito, desde el nacimiento de la

(1) MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*. 2.^a Edic. Padova, 1988; p. 404 «...El delito, como toda cosa humana, nace, vive y muere. Por eso se ha considerado desde el punto de vista dinámico que en su concreto devenir se realiza por regla general atravesando varias fases que constituyen el denominado *iter criminis...*».

mera idea delictiva hasta la conclusión real del proyecto criminal, se le denomina *íter criminis*. Dicho proceso finaliza, por regla general, en la fase de la consumación, que representa el momento en el que se reunen todos los elementos que conforman el sustrato material requerido por los diferentes términos típicos de la correspondiente figura delictiva de la Parte Especial. En otras palabras, se produce la consumación cuando se satisfacen todos los presupuestos exigidos por el concreto tipo penal, de tal forma que la conducta realizada en el específico supuesto de hecho coincide con la representación abstracta que el legislador ha establecido previamente en el respectivo precepto legal (2).

(2) Sobre el concepto de consumación en la teoría del delito no existen grandes controversias, y se puede decir que hay una cierta unanimidad en cuanto a su determinación en términos similares a los expuestos en el texto. Las divergencias surgen fundamentalmente en dos puntos: a) En cuanto a si se requiere necesariamente la lesión del bien jurídico para que se pueda entender que el delito se ha consumado; y b) respecto de la determinación de la necesidad de que tengan lugar las condiciones objetivas de punibilidad o no a los mismos efectos (es decir, para que el delito se entienda consumado). Sin embargo, examinada la consumación como un momento del *íter criminis*, existe actualmente cierta unanimidad en cuanto a la determinación de su contenido esencial.

Así en la doctrina española COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte General*. 3.^a edic. Valencia, 1990; p. 558. FARRE TREPAT, Elena, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona, 1986; p. 234. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. 3.^a Edic. Barcelona, 1990; p. 374. RODRÍGUEZ DE VESPA, Jose María, *Derecho Penal Español. Parte General*. 13.^a edic. puesta al día por SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Madrid, 1990; p. 782. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3.^a edic. Barcelona, 1989; p. 277. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General*. 2.^a edic. Barcelona, 1989; p. 573. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*. 2.^a edic. Valencia, 1989; p. 162. ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*. 2.^a edic. puesta al día por HERNÁNDEZ GUIJARRO, José Julián y BENEYTEZ MERINO, Luis. Madrid, 1986; p. 452. SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 8.^a Edic., Barcelona, 1990, p. 799. PUIG PEÑA, Francisco, *Delito consumado*, en Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ). Tomo VI (1954); p. 439.

En la doctrina italiana, a título de ejemplo, ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 11.^a edic. puesta al día por CONTI, Luigi. Milano, 1989; p. 411. MANTOVANI, ... *Diritto Penale... cit.*; p. 404 (aunque el autor denomina a la consumación con el vocablo de perfección y reserva aquél para nominar la fase de la terminación). PAGLIARO, Mario, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*. 3.^a edic. Milano, 1987; p. 510 (el autor denomina realización a la auténtica consumación y guarda este término para designar la conclusión de la misma o terminación). FIANDACA, Giovanni-MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale*. Bolonia, 1989; p. 333. PADOVANI, Tullio, *Diritto Penale*. Milano, 1990; p. 334. BETTIOL, Giuseppe, *Diritto Penale. Parte Generale*. 11.^a edic. Padova, 1982; p. 547.

En la doctrina alemana se pueden señalar, entre otros, los siguientes: LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. 19.^a edic. puesta al día por DREHER, Eduard y MAASEN, Hermann. München, 1991; p. 146. ESER, Albin en *Strafgesetzbuch Kommentar*, por SCHÖNKE-SCHRÖDER. 24.^a edic. München, 1991; p. 334, núm. 4. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 4.^a edic. Berlín, 1988; p. 465. RUDOLPHI, Hans-Joachim, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil*. (§§ 179 b). Tomo 1. 5.^a edic. Neuwied-Kriestet, 1991. Vor § 22 núm. 7. VOGLER, Theo en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*. Tomo 1. 10.^a edic. coordinada por JESCHECK, Hans-Heinrich, RUß, Wolfgang y WILLMS, Günther. Berlín-New York, 1985. Vor § 22 núm. 20; p. 10. WESSELS, Johannes, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Strafstat und ihr Aufgabe*. 21.^a edic. Heidelberg, 1991, p. 77. WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*. 11.^a Edic. Berlín, 1969; p. 188.

Una vez producida la consumación del delito, se puede decir que se han satisfecho el mínimo de condiciones necesarias para que la norma preceptiva dé paso a las consecuencias jurídicas subsiguientes, y que en el ámbito del Derecho Penal vienen representadas fundamentalmente en el marco de la punibilidad (3).

En principio, cualquier conducta ulterior a la consumación del delito será irrelevante jurídicamente para el enjuiciamiento de ese hecho penal, aun cuando pueda dar lugar, en su caso, a la aplicación de otro precepto penal o extrapenal. Así, en el delito de homicidio del art. 407 del Código penal español, éste se consuma con la muerte de una persona. Para el enjuiciamiento de ese delito, todas las actividades que sean presupuestado para la entrada de la punibilidad, han de tomar como punto de referencia el momento consumativo del hecho penal, que en este caso viene determinado por el punto temporal en el que se produce el cambio de ser humano a cadáver. La ulterior conducta del sujeto activo o de un tercero, salvo el supuesto del encubrimiento, será ya irrelevante desde un punto de vista jurídico penal para la determinación del presupuesto de la punibilidad de *ese concreto delito de homicidio*. Así, las causas de justificación y excusación, la participación, la aplicación de agravantes o atenuantes y otras tantas categorías de la teoría del delito han de tomar como punto de referencia el momento de la consumación u otro anterior al mismo.

Pero este esquema, que parece claro y lógico, presenta algunos problemas cuando se trata del examen de algunas figuras delictivas que están dotadas de ciertas peculiaridades, bien en la especial forma en que se lleva a cabo la consumación, bien en la propia estructura del tipo de injusto. Algunos ejemplos pueden ilustrar en cierta medida la problemática que aquí se quiere exponer.

A, Cónyuge de B, abandona el domicilio familiar desatendiendo sus obligaciones mínimas tanto respecto de su pareja como de sus hijos. Diez años más tarde, B presenta denuncia contra A por delito de abandono de familia. A incendia la casa de B. Mientras ésta todavía arde, C obstaculiza las labores desarrolladas por los vecinos para apagar el incendio. B, que se encuentra encerrado por A en un habitáculo, emplea violencia contra su secuestrador diez días después de producirse el encierro para conseguir su libertad.

En estos supuestos que a título de ejemplo se acaban de exponer, se puede observar, respectivamente, que en el primero de ellos se plantea el problema de establecer el momento a partir del cual comienza el plazo de la prescripción para determinar si el delito todavía es objeto de posible enjuiciamiento; en el segundo, la duda que se presenta reside en es-

(3) Evidentemente, aunque el delito no llega al estadio de realización de la consumación, la ejecución parcial del tipo de injusto puede provocar consecuencias jurídicas, si bien estas toman como punto de referencia en la ley la perfección del hecho punible (al igual que ocurre en los supuestos de participación respecto de los de autoría).

tablecer si la conducta de C ulterior a la consumación de la acción incendiaria de A es todavía constitutiva de alguna de las formas de participación, y, finalmente; en el tercero se cuestiona si transcurridos diez días después de la actividad criminal que priva la libertad de B aún es posible que éste tenga la posibilidad de justificar su conducta violenta bajo los presupuestos de la legítima defensa. Y precisamente el elemento de controversia surge porque la actuación objeto de la misma aparece con posterioridad a la consumación, poniéndose en tela de juicio la afirmación generalizadora de que ésta sea la última fase del recorrido de la actividad delictiva.

Curiosamente, el método para resolver este tipo de problemas ha sido muy distinto según cual sea el país en el que se ha tratado de establecer un modelo teórico de respuesta a los mismos.

Así, en Italia, se ha recurrido casi exclusivamente a la categoría del delito permanente para determinar la fundamentación de la respuesta sobre la posible calificación de las conductas que se producen tras el primer momento de la consumación. La problemática se lleva al ámbito de las clases de tipos penales, estableciéndose una categoría especial en relación a la duración de la conducta punible (delitos permanentes frente a los delitos instantáneos) que se caracterizan por el hecho de que en ellos la consumación se prolonga a lo largo de un espacio temporal, durante el cual se crea y se mantiene por parte del autor un estado antijurídico que hipotéticamente depende de su voluntad y que se halla dentro del tipo (4). De aquí se deduce que si un delito es calificado como permanente, viene revestido con ciertas particularidades que determinan importantes consecuencias jurídicas. De ellas se pueden destacar, por ejemplo, que la participación es posible mientras dura el estado antijurídico, que es posible la aparición de circunstancias de agravación mientras perdura el mismo o que el plazo de la prescripción no comienza a transcurrir hasta que no cesa el mencionado estado antijurídico. La teoría del delito permanente ha sido muy desarrollada en el país latino (5).

(4) En cuanto a la viabilidad de este concepto de delito permanente, se examinará detenidamente más adelante, así como algunos aspectos concretos de gran importancia, entre los que se encuentra éste que determina si la consumación se prolonga a lo largo del tiempo o por el contrario la consumación sólo establece la causación del estado antijurídico que sería el que realmente se extiende en el ámbito temporal de la realización del tipo.

(5) La literatura italiana sobre este tema es muy abundante. Aparte de las referencias que se encuentran en los manuales y tratados de la Parte General del Derecho Penal (que son bastante extensas), se pueden destacar, entre muchos otros, los siguientes trabajos que serán considerados (junto a algún otro) en la presente investigación. RAMPIONI, Roberto, *Contributo a la teoría del reato permanente*. Padova, 1988. RAMPIONI, Roberto, *Reato permanente*. Enciclopedia del Diritto. Tomo XXXVIII (1987); pp. 856 y ss. GIULIANI, Ubaldo, *La struttura del reato permanente*. Padova, 1967. PERCORARO-ALBANI, Antonio, *Del reati permanenti*. Rivista italiana di diritto e procedura penale (1960), pp. 394 y ss. RAGNO, Giuseppe, *Il reati permanenti*. Milano, 1960. SINISCALCO, Marco, *Tempus commissi delicti, reato permanente e successione di leggi penali*. Riv. it. dir. proc. pen. (1960), pp. 1093 y ss. DALL ORA, Alberto, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*. Milano, 1950. LEONE, Giovanni, *Del reato abituale, continuato e permanente*. Napoli, 1933. CAMPUS, *Studio sul reato permanente*. Sassari, 1902.

Como ejemplo más característico se suele citar el delito de detenciones ilegales y asimilados (secuestro bajo petición de rescate, rapto, etc.).

En Alemania la problemática que aquí se ha presentado se plantea desde otra perspectiva. La solución a la cuestión relativa a la calificación de ciertas conductas del sujeto agente o de un tercero que se llevan a cabo tras el primer momento consumativo, se ha buscado dentro de la teoría general del delito, en el estadio del *íter criminis*. Por tanto, no se recurre, como en Italia, a un tipo específico de delito (el delito permanente y los que le rodean en este sistema conceptual, como el delito de estado y el delito instantáneo) para resolver las cuestiones que aparecen con motivo de buscar la subsunción de actividades que se desarrollan después de haberse producido la mínima realización del tipo.

Se suele acudir, bajo estos presupuestos, a la teoría de la *terminación*, o *consumación material*, que se presenta como una categoría paralela a la consumación en ciertos delitos. De esta forma, se señala que en determinadas clases de tipos penales (delitos de consumación anticipada, de estructura iterativa, de formación casual de la acción, supuestos de unidad natural de acción y de delito continuado, empleando la clásica clasificación de JESCHECK para enumerar los supuestos en los que no coinciden consumación y terminación) existe, tras la consumación, una «zona ulterior» o «postzona» (según se quiera traducir el vocablo germánico *Nachzone*), en la que tienen cabida cierto tipo de actuaciones con posterioridad al momento de la perfección del delito y que determinan, como en el delito permanente, consecuencias jurídicas de gran transcendencia (posibilidad de participación y de justificación entre consumación y terminación, impunidad del agente provocador hasta el momento de la terminación, el plazo de la prescripción del delito, amnistía e indulto comienza con la terminación y no con la consumación, etc.) (6). El delito permanente, en este contexto, constituye tan solo uno de los supuestos en los que se puede diferenciar dos puntos temporales distintos, consumación y terminación. Los trabajos realizados en Alemania sobre la terminación del delito son muy numerosos (7).

(6) La terminación representaría en esta doctrina el momento en que se produce la total lesión del bien jurídico protegido por la norma, (de ahí que también se le denome consumación material), o el punto donde se produce el logro del fin pretendido por el autor, según se opte por una tesis objetiva o subjetiva. No obstante, en este apartado introductorio no se pretende entrar en la determinación exacta del concepto de terminación del delito, dado que existe un epígrafe dedicado exclusivamente a establecer el contenido y límites del mismo.

(7) Como botón de muestra se señalan los siguientes: BIRZILEKIS, Nikolaos, *Über die strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat*. ZStW n.º 99 (1987); pp. 723 y ss. JESCHECK, Hans Heinrich, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Straftat* en Festschrift für HANS WELZEL zum 70 Geburtstag. Berlin-New York, 1974; pp. 683 y ss. HAU, Helmut, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*. Berlin, 1974. KUHL, Christian, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*. Diss. Berlin, 1974. SCHEUFELE, *Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten*, Diss. Münster, 1971. HRUSCHKA, Joachim, *Die Dogmatik der Dauerstrafsta-*

En nuestro país, sin embargo, no se ha seguido ninguna de las dos líneas marcadas por los modelos italiano y alemán. Más bien se puede decir que no existe una elaboración dogmática de la teoría de la terminación del delito o del delito permanente. Las referencias son muy escasas y se suelen limitar bastante en su enunciado. De otra parte, el empleo de los términos en el ámbito de la teoría de la terminación no encuentra un punto común de partida ni en la doctrina (8), ni en la jurisprudencia (9).

Una razón (no definitiva, desde luego) que justifique esta disparidad de tratamiento de una problemática jurídica común en tres países diferentes (Italia, Alemania y España) puede encontrarse en la respectiva Ley penal de cada uno de ellos.

En efecto, el art. 158 del Código penal italiano (Cp it. en adelante) dispone que «para el delito permanente o continuado» el término de la prescripción comienza «el día que ha cesado la permanencia o la continuación». Y el derogado art. 39 del antiguo Código de procedimiento penal italiano en su última reforma por Ley n.º 534 de 1977, en su párrafo tercero determinaba la competencia territorial en el siguiente sentido: «Si se trata de delito permanente, la competencia corresponde al juez del lugar en el que se inició la consumación». «Si se trata de delito continuado es competente el juez del lugar en el que fue cometido el delito más grave o en caso de igual gravedad, el primer delito». Tras el Decreto Presidencial de 22 de septiembre de 1988, el nuevo Código de procedimiento penal vuelve a mencionar al delito permanente, y de esta forma,

ten und das Problem der Tatbeendigung. GA (1968); pp. 193 y ss. WINKLER, Gunther, *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechen*. Diss. München, 1965. HEGERL, Friedrich, *Die juristische Vollendung und faktische Beendigung von Straftaten*. Diss. Wurzburg, 1959. KÖNIG, Herbet, *Die Unterscheidung von juristischer Vollendung und faktischer Beendigung und ihre Bedeutung für Teilnahme und Begünstigung*. Diss. Köln, 1938.

(8) Así, la mayoría de los autores denominan a la terminación del delito *agotamiento*, y con este vocablo se suele designar la consecución de la meta pretendida por el autor: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal...* cit.; p. 277. RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho Penal Español...* cit.; p. 782. SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* cit.; pp. 799 y 800. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 528. PUIG PEÑA, *Delito consumado...* cit.; p. 441 (si bien este último autor niega la relevancia jurídica del agotamiento del delito). MIR PUIG (*Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 375) identifica terminación con agotamiento. Y, finalmente, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (*Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 558) distinguen entre *terminación del delito* (que representa el punto donde finaliza la consumación cuando ésta se prolonga en el tiempo) y *agotamiento del delito* (que vendría a designar el momento en el que se ha llevado a cabo la actividad que el autor pretendía conseguir con la perpetración del delito, y que los autores estiman también irrelevante).

(9) En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español es desconocida la expresión *terminación del delito*, siendo utilizada mucho más esta otra de *agotamiento del delito* en el sentido expresado líneas atrás y especialmente en el ámbito de los delitos contra el patrimonio. A este respecto, se pueden señalar las siguientes sentencias: SSTS de 7 marzo de 1980 (RA n.º 1.030), 10 de marzo de 1978 (RA n.º 929), 15 de junio de 1976 (RA n.º 3.077), 25 de junio de 1974 (RA n.º 2.947), 17 de mayo de 1973 (RA n.º 2.160) y 2 de abril de 1964 (RA n.º 1.745).

en su art. 8 n.^º 3 establece: «Si se trata de delito permanente es competente el juez del lugar en el que se ha iniciado la consumación, aunque del hecho se haya derivado la muerte de una o más personas».

En estos dos preceptos dedicados, uno, a la determinación de los criterios a tener en cuenta para el cómputo del plazo de la prescripción; y, otro, al establecimiento de la competencia territorial para el enjuiciamiento de delitos, se hacen sendas referencias al delito permanente. Por eso no resulta extraño que la doctrina italiana se haya ocupado de determinar el contenido de esta categoría jurídica, pues el propio Legislador italiano en dos importantes preceptos establece, sin determinación ulterior, una especie delictiva concreta que denomina delito permanente. Sin embargo, no hay ninguna referencia a la terminación del delito en ninguno de los dos textos jurídicos.

En el Código penal alemán (StGB en adelante), en un precepto destinado también a la determinación del cómputo del término de la prescripción, se hace referencia, aun mínima, a la terminación del delito. En efecto, en el Capítulo quinto de la Parte General del mencionado texto legal (dedicado a la persecución penal), en su Título primero, que regula el tema de la prescripción, se encuentra el § 78 a, el cual establece lo siguiente: «*Comienzo.* La prescripción comienza en cuanto el hecho ha terminado. En el caso de que con posterioridad se produzca un resultado que pertenezca al tipo, la prescripción comenzará a partir de este momento».

En lo que aquí interesa, el StGB no utiliza el vocablo *vollendet*, que es el participio que designa el concepto referido a la consumación, sino que recurre al de *beendet*, que es el participio propio para designar la categoría de la terminación. Y viceversa, en la Ley penal alemana no existe referencia alguna al delito permanente, como ocurre en el texto italiano.

En nuestro país, por el contrario, no existe mención legal alguna al delito permanente o a la terminación del delito. Y, de forma paralela, apenas existen trabajos dedicados especialmente a alguno de los dos puntos señalados (10). Esto nos incita a pensar que la existencia o no existencia de una terminología específica en la ley ha sido de tremenda

(10) El tema ha sido tratado mínimamente en los manuales y tratados de la Parte General del Derecho Penal. De igual forma, las investigaciones específicas sobre el delito permanente o la terminación del delito no han sido muy abundantes. Junto a las aportaciones que hace PUIG PEÑA (*delito consumado*. NEJ Tomo VI, especialmente pp. 442 y ss.) en materia de agotamiento del delito; cabe destacar los dos trabajos de QUINTANO: QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Delito instantáneo* NEJ T. VI (1954); pp. 590-591 y *Delito permanente*. NEJ T. VI (1954); pp. 602 y ss. Recientemente la monografía de CANTARERO BANDRÉS (Rocío, *Problemas penales y procesales del delito continuado*. Barcelona, 1991) ha aportado algún nuevo aspecto en esta temática, si bien es cierto que sus conclusiones fundamentales se han centrado en el delito continuado.

El tema ha sido tratado también en algunos estudios de la Parte Especial, particularmente los que se han realizado en torno al delito de detenciones ilegales, que se examinarán en su lugar oportuno.

importancia en la determinación de la investigación (por parte de la doctrina científica) tanto del delito permanente como de la categoría de la terminación del delito. También puede expresarse la idea totalmente inversa, en el sentido de que el legislador ha tomado en consideración sólo la terminología que venía siendo utilizada por los juristas en su concreta tradición jurídica.

Sin embargo, aún cuando legalmente no se menciona ni a uno ni a otro ello no implica que los mismos problemas (o quizás mayores, por la falta de determinación) no se planteen en el ordenamiento jurídico español. Por el contrario, los casos señalados a título de ejemplo se han planteado en los Tribunales españoles y para poder dar una solución coherente y lógica, tanto desde el punto de vista dogmático como de política criminal, éstos han tenido que recurrir a uno de los dos institutos señalados con anterioridad (11).

De lo expuesto anteriormente se deduce que falta en el Derecho Penal español una teoría general sobre el delito permanente y sobre la (apenas mencionada) categoría de la terminación del delito. Y no sólo porque no existe una elaboración dogmática de su concepto, contenido y estructura; sino porque desde el punto de vista práctico es necesario que exista una base teórica consistente para que se pueda dar respuesta a una serie de cuestiones que se presentan como consecuencia jurídica de la extensión de la actividad criminal más allá del primer momento consumativo. La escasez de trabajos sobre esta específica temática en nuestro idioma constituye una prueba más de la necesidad de una investigación en este ámbito.

B) Planteamiento

Como se acaba de señalar, para tratar los puntos oscuros que se presentan con motivo de la perpetración de conductas que tienen lugar después del primer momento en el que se lleva a cabo la realización del tipo, se puede optar por el estudio del delito permanente (siguiendo el ejemplo de la doctrina italiana) o por el análisis de la fase de la terminación como una más del recorrido del camino criminal (línea seguida por la doctrina alemana). Ahora bien, los supuestos que pueden ser contem-

(11) Abundantes son las resoluciones del Tribunal Supremo en materia de abandono de familia. En efecto, el problema se ha planteado en tema de prescripción, pues en los supuestos de abandonos definitivos o de larga duración surgía el problema de si el delito había ya prescrito o no (ejemplo, STS de 30 de mayo de 1978 —RA n.º 2.048—). Los mismos problemas se han planteado para el delito de bigamia (ejemplo: SSTS de 11 junio 1976 —RA n.º 3.033— y 10 junio 1970 —RA n.º 2774—). Solo recurriendo a la naturaleza de cada uno de los delitos (delito permanente, de un lado; delito de estado, de otro) el Tribunal Supremo ha podido dar una solución fundamentada teniendo en cuenta los parámetros señalados en el texto.

plados bajo la perspectiva del delito permanente, también se pueden estudiar bajo el punto de vista de la teoría de la terminación (pues en todo delito permanente es posible distinguir el momento de la consumación del momento de la terminación). Mientras que el supuesto inverso parece más difícil, es decir, que no todos los supuestos en los que existe esa «postzona» tras la consumación son necesariamente delitos permanentes (por ejemplo, supuestos de consumación anticipada). Esta consideración obliga a que se tenga que partir del concepto más amplio para descender con posterioridad a las concreciones del mismo. Por tanto, el primer paso en la investigación que aquí se presenta debe comenzar por el estudio de la terminación del delito.

Uno de los enigmas que aquí se pretende resolver es éste que cuestiona si tiene sentido, dentro de la teoría del delito, introducir una categoría nueva (al menos en nuestro país) e independiente del concepto de consumación. Con la pretensión de llegar a alcanzar una respuesta convincente a la duda planteada, habrá que examinar si a este nuevo concepto se le pueden asignar funciones y consecuencias distintas que no sean atribuidas a la consumación del delito y que a su vez denoten cierta capacidad para resolver problemas con independencia de aquélla.

Si la respuesta es negativa, habrá que iniciar directamente el estudio del delito permanente. Si, por el contrario, es positiva, es necesario establecer seguidamente el concepto de terminación y como se estructura en los delitos en que se manifiesta. Aquí el delito permanente puede aparecer como una de las estructuras más importantes en las que se produce el fenómeno de la terminación, mereciendo en todo caso un estudio pormenorizado.

También se tienen que examinar los límites en los que se desenvuelve esta categoría, pues en la República Federal de Alemania se han planteado propuestas (aceptadas incluso por el Tribunal Supremo alemán —BGH en adelante—) de admitir este instituto con todas sus repercusiones, incluso fuera de la tipicidad. Se debe de analizar si esto es posible en nuestro derecho positivo.

En último lugar, se estudiarán todas las consecuencias jurídicas derivadas de las formaciones conceptuales que toman por base la terminación del delito o el delito permanente (en su caso), intentado dar respuesta a su vez a todos los problemas de índole práctico que se plantean (que son muchos).

Pero es momento ya de abandonar conjeturas e hipótesis y de pasar al concreto examen de cada uno de los puntos mencionados líneas atrás.

II. LA TERMINACION DEL DELITO: CUESTIONES PRELIMINARES

A) Introducción

Se ha señalado con anterioridad que toda perpetración dolosa de un delito transcurre de forma dinámica a lo largo del tiempo hasta su con-

clusión definitiva. Desde que el autor tiene en mente el proyecto criminal, hasta que consigue su propósito delictivo (o la frustración del mismo, según se desarrolle las circunstancias) la vida del hecho punible recorre un camino que, como se ha señalado con anterioridad, suele ser denominado universalmente como *iter criminis*.

No todos los momentos que atraviesa el delito son relevantes desde el punto de vista del Derecho. Queda claro, por ejemplo, que la mera idea criminal sin manifestación exterior alguna, que establece el primer momento del desarrollo real del hecho criminal, es impune y no tiene transcendencia alguna en el mundo jurídico aún cuando pueda tenerla en otros ámbitos (desde el punto de vista religioso o moral).

Tampoco los meros actos preparatorios son relevantes a la hora de sancionar la conducta con una pena, salvo que constituyan alguna de las formas recogidas especialmente por la Ley penal (proposición, conspiración, provocación). La relevancia jurídicopenal de la conducta adquiere su propia naturaleza con la ejecución parcial del plan delictivo, entrando en juego ya la protección penal aun cuando no se produzca totalmente la actividad o el resultado exigido por la concreta figura punible, haya realizado o no el culpable todos los actos que debiesen producir como resultado el delito (frustración y tentativa).

El momento en el que, en principio, el delito produce todas las consecuencias jurídicas previstas por la Ley penal, es el momento en el que el hecho realizado por el autor coincide con la descripción típica descrita de forma abstracta en el respectivo precepto penal, es decir, en la consumación del delito.

De esta breve exposición, se puede deducir que el tipo de injusto sólo contempla una parte del proceso dinámico por el que transcurre la actividad criminal. Esta, como todo proceso humano, tiene un principio y un final. El principio de dicha actividad delictiva, como se acaba de señalar, no se identifica con el primer momento a partir del cual el tipo de injusto atribuye ciertas repercusiones jurídicas. Y, de igual forma, puede ocurrir que el final del acontecimiento criminal tampoco coincida con el último momento que es tenido en cuenta por la Ley para establecer determinadas consecuencias en el ámbito del Derecho Penal.

En la doctrina penal se han planteado, desde esta perspectiva, algunos problemas fundamentales en relación a la determinación de la barrera a partir de la cual la conducta del sujeto pasa, de ser irrelevante jurídicamente, a tener consecuencias en el orden penal. Y viceversa; esto es, se ha querido establecer la delimitación entre el marco en el que la actividad del agente todavía origina consecuencias jurídicas y el ámbito en el que la acción o la omisión posterior del autor o de un tercero queda ayuna de valoración jurídica alguna.

El primer grupo de cuestiones se sitúa en el estadio teórico que persigue el establecimiento de la línea divisoria entre la tentativa y la frustración, de un lado (o en su caso, los actos preparatorios punibles en nuestro Derecho positivo, esto es, la proposición, conspiración o provo-

cación para delinquir); y, de otro lado, los meros actos que, dirigidos mentalmente a la posterior ejecución del hecho penal, todavía son irrelevantes penalmente porque aún no suponen puesta en peligro alguna del bien jurídico protegido por la norma incriminadora. Esta temática no va a ser examinada en este trabajo.

La segunda cuestión básica enunciada se dirige a la determinación de la zona que, con posterioridad al primer momento consumativo, todavía es susceptible de valoración jurídica hasta un punto traspasado el cual quedan estériles de consecuencias jurídicas las acciones y omisiones del infractor o de un tercero. Ese punto se denomina (eventualmente) terminación del delito y va a constituir el objeto de estudio de la primera parte de la presente investigación.

B) La cuestión terminológica

Se considera necesario, antes de entrar a estudiar o establecer el sistema conceptual requerido para poder examinar la estructura de la teoría de la conclusión del delito, fijar mínimamente el término adecuado al concepto que se quiere examinar. Certo es que se tendrá que hacer referencia, en un estadio anterior, a términos y definiciones que tendrán que ser precisadas o incluso revisados ulteriormente, pero esta mínima circularidad es insalvable siempre que se trata de realizar un apartado, necesario, dedicado a la cuestión terminológica.

El vocablo utilizado por la doctrina y jurisprudencia para designar el momento a partir del cual el delito «muere» en sentido jurídico, es decir, en el que cesa su actividad jurídica; es diferente según cuál sea el ordenamiento jurídico y el autor de referencia.

En el Derecho alemán, existe unanimidad al respecto y se le denomina con el sustantivo *Beendigung*, el cual se puede traducir al castellano como *terminación* (12). Se ha puesto ya de manifiesto en el apartado introductorio del presente trabajo, que el Derecho positivo alemán ha influido mucho en el empleo del término *Beendigung* en la medida en que en el § 78 a. del StGB hace una ligera mención al *hecho terminado*. El notable desarrollo teórico de esta categoría ha colaborado al afianzamiento del sustantivo, siendo éste de corriente utilización dentro de la teoría general del delito en este país.

(12) *Vid. supra* nota 7, donde ya en el título de las obras citadas se puede observar que el empleo del vocablo mencionado es común. De otra parte, la jurisprudencia alemana, siempre en consonancia con la doctrina, emplea este término constantemente.

JIMÉNEZ DE ASUA (JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII. El delito y su exteriorización. Buenos Aires, 1970; p. 981) traduce el término *Beendigung* como *acabamiento*. Aunque desde el punto de vista literal sea correcta esta traducción, parece más correcto tanto semántica como jurídicamente la utilización del término *terminación*.

La distinción consumación-terminación también se ha denominado en algún momento en el país germánico consumación formal-consumación material (13). A esta diferenciación se le ha opuesto el argumento de que puede dar a entender el que sólo la consumación formal tiene consecuencias jurídicas, mientras que la consumación material o terminación fáctica aparecería como un concepto extraño al mundo del Derecho, sin repercusiones en este ámbito (14).

En Italia, por el contrario, la panorámica es bien distinta. La teoría de la terminación es casi totalmente ignorada y trasladada al ámbito del delito permanente. Sin embargo, excepcionalmente, algún autor intenta introducir la distinción entre consumación y terminación del delito, si bien cambiando los sustantivos que sirven de definición (básicamente) a cada uno de los conceptos señalados. De esta forma, PAGLIARO (15) establece un sistema conceptual en el que varía notablemente los términos atribuidos por la doctrina tradicional pero no los conceptos que toman por base. Así, la expresión que el mencionado autor emplea para designar lo que casi universalmente viene reconocido por la doctrina española, italiana y alemana como *consumación*; es el de *realización del tipo*, y atribuye el término tradicional de *consumación* para expresar el concepto acuñado por la doctrina germánica de *terminación* (o al menos, en una formulación muy similar, si bien referida más al hecho penal concreto que a la conclusión del tipo) (16). Similar a la *realización del tipo* es, según el autor, la *perfección del delito*, que vendría a constituir

(13) WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*. 11.^a edic. Berlín, 1969; p. 188. El autor distingue entre consumación formal («cuando se realiza un delito según el tipo criminal») y consumación material («...que tiene lugar con el logro de la intención criminal»), define esta última bajo un cariz eminentemente subjetivo que se asimila bastante al concepto de agotamiento empleado por la doctrina italiana (*vid infra*, *nota 19 y ss). Siguen esta terminología, sin abandonar el concepto de terminación ESER, Albin en *Strafgesetzbuch kommentar*, por SCHÖNKE-SCHRÖEDER... *cit.*; p. 334, núm. 4. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 4.^a edic. Berlín, 1988; p. 465. Utilizan una terminología muy similar, en la que se tilda a la consumación como «formal» o «jurídica» y a la terminación como «fáctica» o «material»: FURTNER, Georg, *Rechtliche Vollendung und tatsächliche Beendigung bei einer Straftat*. J R (1966); pp. 169 y 170. KÖNIG, Herbet, *Die Unterscheidung von juristischer Vollendung und faktischer Beendigung und ihre Bedeutung für Teilnahme und Begünstigung*. Diss. Köln, 1938. HEGERL, Friedrich, *Die juristische Vollendung und faktische Beendigung von Straftaten*. Diss. Würzburg, 1959. SCHEUFELE: *Formelle Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten*. Diss. Münster, 1971.

(14) En sentido parecido al señalado en el texto, KUHL, Christian, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*. Diss. Berlín, 1974; p. 17.

(15) PAGLIARO, Mario, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*, *cit.*; p. 510.

(16) «Es necesario, por consiguiente, distinguir entre realización del tipo delictivo previsto en la parte especial y consumación del delito. La primera se verifica cuando se ha cumplido el mínimo de los requisitos necesarios señalados en el tipo. La consumación, por el contrario, indica el momento en el cual la misma realización reune, en su contenido concreto, la mayor gravedad». PLAGIARO, *Ibidem*.

el mínimo de los requisitos exigidos por la ley para que una conducta provoque la reacción del ordenamiento jurídico (17).

La *comisión del delito*, en este contexto, es el concepto que se refiere a la ejecución del delito, al momento en el que se realiza la conducta exterior requerida para la subsistencia del delito. A su vez, según la estructura del delito que se trate, la consumación puede coincidir con la perfección e incluso con la comisión del delito (18).

Por último, este autor se refiere, siguiendo a la doctrina clásica italiana, al *agotamiento del delito* (*esaurimento del reato*) para señalar el momento en el que el delito ha producido todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación y a los cuales tenía el agente, de tal forma que éste ya no puede intervenir para impedir semejantes efectos. Es esta la definición clásica que tiene su origen en CARRARA (19). Dicha categoría fue acogida en un primer momento por la doctrina clásica italiana (20). Sin embargo, pronto surgió una fuerte crítica por parte de algunos autores negando cualquier relevancia jurídica, tanto desde el punto técnico como sistemático a la categoría del delito agotado (21).

No obstante, con posterioridad, otro sector doctrinal dota de una diferente significación al vocablo *agotamiento* y muestran su conformidad con la legitimidad técnica del término mencionado. En este sentido, al-

(17) De esta forma, el delito tentado, en la medida en que provoca la reacción del ordenamiento jurídico determinando una consecuencia jurídica, es un delito perfecto bajo esta perspectiva. PAGLIARO, *cit.*; pág. 512.

(18) PAGLIARO, *Ibidem*.

(19) PAGLIARO, *cit.*; pp. 512 y 513. La definición clásica del delito agotado parte de Carrara, quien en su sexta edición del *Programma di Diritto Criminale*, introdujo un nuevo párrafo dedicado al tema de la consumación. Sin embargo el origen de este concepto no está todavía claramente determinado (*Vid infra* *nota 20). Nuestra cita procede de la obra de CARRARA, Francesco, *Programma del corso di Diritto Criminale dettato nella Università di Pisa. Parte Generale*. Vol. I. 11.^a edic. Lucca, 1871; p. 81 (§ 49 bis). En el sistema de este autor, el delito se divide en perfecto e imperfecto. El perfecto se subdivide en perfecto simple (que vendría a coincidir con la consumación del delito) y perfecto agotado. El imperfecto se subdivide a su vez en delito frustrado y delito tentado.

(20) El origen de la teoría del delito agotado se suele atribuir a BARSANTI, quien dedicó varias monografías al tema (*Del pentimento nel reato e suoi effetti giuridice*. Macerata, 1885. id. *del delitto esaurito*. Macerata, 1890, son las más destacadas). JIMÉNEZ DE ASUA atribuye el origen a FARANDA y TOLOMEI, con posterior aceptación de FERRI (*Tratado de Derecho Penal...cit.*; p. 978). No obstante la definición más extendida parte de CARRARA como se ha podido apreciar en la nota anterior. Con posterioridad sigue al Profesor de Pissa FLORIAN, Eugenio, *Trattato di Diritto Penale. Parte Generale*. Vol. I. 4.^a edic. Milano, 1930; p. 638 n.^o 522.

(21) A partir de este momento, las dudas y el rechazo a la categoría del delito agotado se suceden constantemente en el país latino. Así, es particularmente interesante la temprana crítica de ROCCO, Arturo, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Torino, 1909; p. 328 y nota 113. Esta crítica ha sido formulada ulteriormente por muchos autores italianos, destacándose BATTAGLINI, Giulio, *Diritto Penale. Parte Generale*. Bologna, 1937; p. 186. RANIERI, Silvio, *Diritto Penale. Parte Generale*. Milano, 1945; p. 292 y MUSOTTO, Giovanni, *Corso di Diritto Penale. I. Parte Generale*; Palermo, 1960; p. 280.

gún autor limita el concepto de *delito agotado* a los supuestos de delito permanente (22), de tal forma que el hecho se consumaría con la mínima realización del tipo y se agotaría con el cese de la permanencia. También ha habido autores que han querido extender el concepto de *agotamiento* más allá de las estrictas fronteras del delito permanente, examinando el concepto en su vertiente objetiva, esto es, con independencia de que se haya producido (o no) el resultado pretendido por el agente (23). Por último, hay quien ha mantenido la posible legitimidad hipotética del *delito agotado*, pero se rechaza de hecho cualquier viabilidad práctica de la distinción que no pueda ser absorbida por el concepto de delito consumado (24).

Después de esta prolífica evolución conceptual, se puede decir que en la actualidad la doctrina del agotamiento ha sido ya olvidada en Italia (25).

De otra parte, recientemente MANTOVANI ha seguido los pasos de PAGLIARO, si bien limitando su esquema conceptual, y distingue entre *perfección* y *consumación*: «Hay perfección del delito cuando se han verificado todos los requisitos requeridos por el singular tipo legal (conducta, resultado, ofensa, nexo de causalidad, elementos subjetivos) en el contenido mínimo que es necesario y suficiente para la existencia del delito... Se produce la consumación cuando el delito perfecto ha alcanzado su máxima gravedad concreta (26)...». De nuevo, el vocablo utilizado por el autor de *perfección* coincide con el concepto general de *consumación* y lo que el autor denomina como *consumación* se acopla

(22) Así, es MANZINI uno de los autores que considera el concepto de cierta utilidad en el delito permanente, tomando por excesiva la crítica de ROCCO. MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale italiano*. Vol. II. 5.^a edic. puesta al día por PISAPIA, Gian Domenico. Torino, 1981; pp. 465 y 466 (nota 5). VANNINI, Ottorino, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. Firenze, 1948; p. 187 y en *Il problema giuridico del tentativo. (Art. 56 del Codice penale)*. Milano, 1952; pp. 9 y 10, postula de igual forma en favor de aprovechar el concepto de agotamiento para el delito permanente.

(23) ADORNATO se muestra partidario de ampliar el concepto de agotamiento del delito más allá de las estrictas fronteras del delito permanente. ADORNATO, Carlo, *Il momento consumativo del reato*. Milano, 1966; pp. 24 y 25. También aceptaba ya esta configuración más extensa del delito agotado PANNAIN, quien entendía que el agotamiento no sólo debe presentarse como momento posterior a la consumación, sino que se puede referir a él como momento en el que el delito cesa en todos sus efectos, sea tentado, consumado, permanente o continuado, si bien el autor piensa que son meras consecuencias que no interesan a la economía del delito, PANNAIN, Remo, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 4.^a edic. Torino, 1937; p. 606.

(24) En este sentido se expresa CAVALLO, que niega relevancia jurídica al repetido concepto incluso en el delito permanente o en el delito continuado. CAVALLO, Vicenzo, *Diritto Penale. Parte Generale*. Vol. II. L'oggetto del Diritto Penale. Napoli, 1955; p. 728.

(25) ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 11.^a edic. puesta al día por CONTI, Luigi. Milano, 1989; pp. 413, siguiendo la crítica de ROCCO. En el mismo sentido, BETTIOL, Giuseppe, *Diritto Penale. Parte Generale*. 11.^a edición. Padova, 1982; pp. 553.

Los autores más modernos, simplemente, ignoran el repetido vocablo: FIANDACA, Giovanni-MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale... cit.*; pp. 333 y 334. PADOVANI, Tullio, *Diritto Penale... cit.*; pp. 339 y ss.

(26) MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale... cit.*, p. 405.

bastante (en su momento se examinarán las divergencias) con lo que en la doctrina alemana se entiende por *terminación*. No obstante, esta distinción tampoco termina de cuajar en la teoría del *íter criminis* y ha sido también objeto de duras críticas (27).

En la literatura jurídica española, se dijo, apenas ha sido estudiada la fase ulterior a la consumación. En el ámbito terminológico, el vocablo más empleado, por influencia de la doctrina italiana, es el de *agotamiento* (28). Sin embargo, como señaló JIMENEZ DE ASUA, el criterio al respecto es adverso (29). Los términos de consumación material y terminación también han sido utilizados esporádicamente (30). La juris-

(27) Por su meridiana claridad, transcribimos literalmente la crítica de FIANDACA-MUSCO a MANTOVANI, «Parte de la doctrina (Mantovani 405), distingue entre perfección y consumación.. Mientras que el primer concepto alude a la verificación de todos los requisitos requeridos por el singular tipo legal, el segundo expresa la idea de que un delito ya perfecto ha reunido su máxima gravedad concreta, (esto es, en el caso de lesiones corporales, el delito se perfecciona con el primer golpe, se consuma con el último). Sin embargo, en la pretendida diferenciación de los dos susodichos conceptos se anida un equívoco, se confunde aquéllo que la ley describe por integración de la norma con aquello que representa la valoración, juicio que en este caso es relevante en sede de determinación de la pena ex art. 131». FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, *cit.*; p. 333, nota a pie de página.

(28) *Vid. infra*, *nota 8, los autores allí citados utilizan el vocablo agotamiento pero también, como en Italia, con diferentes sentidos.

(29) JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal... cit.*; p. 981. Si bien es cierto que algún autor aceptó el término agotamiento (Así, DEL ROSAL, Juan, *Tratado de Derecho Penal español. (Parte General)*. Vol. II. Madrid, 1972; pp. 328 y 329), también es verdad que hubo una crítica temprana al concepto: «lo que los clásicos denominaban delito *agotado*, y algunos consideraban como un grado ulterior de perfección, es un alarde de sutilidad jurídica que puede interesar a veces sólamente al penalista a los efectos de responsabilidad civil», QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código penal*. Vol. I. Madrid, 1946; pp. 37 y 38.

(30) Ya se ha visto con anterioridad que MIR PUIG equipara la terminación al agotamiento, y que COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN distinguen entre ambos vocablos (agotamiento, como consecución de la pretensión que buscaba el autor con la perpetración del delito; terminación como el punto en el que culmina la consumación cuando esta se prolonga en el tiempo), *vid supra*, *nota 8. QUINTANO RIPOLLÉS (*ibidem*) equipara (aunque no admite) consumación material con agotamiento. También RODRÍGUEZ MOURULLO (en CÓRDOBA RODA, Juan-RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo-CASABO RUIZ, José Ramón, *Comentarios al Código penal*. Tomo I. (Arts. 1-22). Barcelona, 1972 [comentario al párrafo 1º del Art. 3º]; p. 71) identifica *consumación material* con *agotamiento* («la consumación material es la representada por la consecución de la finalidad delictiva que ha guiado al agente») y éste a su vez con *terminación* («Otros autores prefieren utilizar para referirse a esta última hipótesis, la expresión de «agotamiento» [Beendigung]). El vocablo alemán *Beendigung* también ha sido traducido en la teoría del *íter criminis* como *agotamiento* por CÓRDOBA RODA (MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*. Traducción y notas al Derecho español por CÓRDOBA RODA, Juan. Tomo II. Barcelona, 1962; pp. 165 y 166).

Finalmente, MUÑOZ CONDE identifica *consumación material* con *terminación*, pero, cuando define este último concepto, expresa el contenido propio que la doctrina italiana designaba al vocablo *agotamiento* («Distinta de la consumación formal es la *consumación material* o *terminación del delito*, en la que el autor no sólo realiza todos los elementos típicos, sino que, además, consigue satisfacer intenciones que perseguía: hereda al pariente que mató, lucrarse con el delito patrimonial cometido, etc.»). MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito... cit.*; p. 162).

prudencia del Tribunal Supremo ha seguido también la categoría del agotamiento del delito (31).

Después de esta exposición, se tiene que establecer cuál es el término más adecuado al concepto que aquí se pretende investigar. Certo es que no todos los vocablos que se han señalado tienen un mismo contenido, y que la elección de la expresión más adecuada va a depender en cierta medida del objeto y del sentido que se le da a la misma, pero, aun cuando se tenga que anticipar algún elemento del posterior estudio conceptual del tema, es necesario decidir, desde un principio, la opción terminológica sobre la que se asienta la ulterior elaboración teórica.

El término agotamiento, que es el más utilizado tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia, plantea muchos problemas de diversa índole. Así, en la medida en que el mismo ha sido tomado de la doctrina italiana, su significado no está claramente delimitado porque en el país latino, como se ha visto líneas atrás, el sustantivo mencionado ha sufrido importantes variaciones en su evolución. De otra parte, en la mayoría de las ocasiones, esta palabra se utiliza para hacer referencia al momento en el que la actividad desarrollada por el infractor alcanza los fines que éste se había propuesto con la perpetración del delito; y el que tenga lugar o no el verdadero resultado buscado por el autor con la ejecución del hecho punible, salvo en contadas disposiciones (32), no tiene

Como se afirma en el texto, se ha considerado preferible realizar una aclaración en este laberinto terminológico y distinguir (dentro de lo posible) las diferentes expresiones con contenidos distintos, según los casos.

(31) Así, éste ha entendido el agotamiento del delito también en su acepción subjetiva (en alguna ocasión habla de consumación subjetiva), esto es, representando el momento en el que se produce el logro de la finalidad delictiva que el culpable se había propuesto. En la mayoría de las ocasiones, ha utilizado este concepto en los delitos contra la propiedad. Se pueden citar, a este respecto, las siguientes SSTS: 7 de marzo de 1980 (RA n.º 1.030) —robo—, 10 de marzo de 1978 (RA n.º 929) —hurto—, 15 de junio de 1976 (RA n.º 3077) —abusos deshonestos—, 25 de junio de 1974 (RA n.º 2947) —robo—, 17 de mayo de 1973 (RA n.º 2.160) —estafa—, 26 de enero de 1970 (RA n.º 451) —robo—, 2 de abril de 1964 (RA n.º 1.745) —usura— y 12 de noviembre de 1962 (RA n.º 4.145) —abusos deshonestos—.

(32) Así, se puede señalar a título de ejemplo, el art. 480 párrafo 3.º del Código penal español (Cp en adelante), que establece una atenuación para el delito de detenciones ilegales en los supuestos en que «... el culpable diere libertad al encerrado o detenido dentro de los tres días de su detención, *sin haber logrado el objeto que se propusiere* (se refiere al autor) ni haber comenzado el procedimiento...». De igual forma, el art. 493 que castiga al que amenazare a otro con causar al mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, divide la gravedad del delito de amenazas en su número primero según se «... hubiere hecho la amenaza exigiendo dinero o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea lícita, y el culpable *hubiere conseguido su propósito...*» o, por el contrario «*no lo hubiere conseguido*» (el subrayado es nuestro). También en materia de atenuación de la pena puede tener alguna relevancia el hecho de que el delito esté o no agotado. Si el culpable no llega a las últimas consecuencias que había previsto tras la consumación del delito, podrá beneficiarse de la aplicación de la atenuante 9.º del art. 9 del Cp, de arrepentimiento espontáneo, en la medida en que éste haya procedido «...antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo a reparar o disminuir los efectos del delito...».

relevancia desde el punto de vista del Derecho Penal. En todo caso la podrá tener para determinar la responsabilidad civil en los delitos patrimoniales (33), o incluso puede tener importancia a efectos de dotar de contenido ciertas disposiciones del Derecho de Familia (34), pero estas consecuencias están fuera de la dogmática penal. En conclusión, el concepto de agotamiento del delito debe ser rechazado a los efectos que aquí se proponen.

Tampoco la última tendencia terminológica en Italia, propuesta por PAGLIARO y MANTOVANI, de distinguir entre perfección y consumación puede ser aceptada, al menos, desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo y nuestra tradición jurídica. Cuando en el Código penal español se hace referencia a que el delito ha llegado al estadio de realización mínima descrito en la respectiva figura delictiva de la Parte Especial, se utiliza la expresión *delito consumado* (35), que en el sistema conceptual de los autores citados es denominado como *perfección del delito*, proposición desconocida en nuestro Código penal que, de otra parte, también se puede predicar de la tentativa y de la frustración (36). Y de igual forma, lo que los autores denominan *consumación* (realización de la concreta figura delictiva en su contenido de mayor gravedad) no viene designado en nuestro ordenamiento jurídico con ninguna expresión.

(33) En los delitos contra la propiedad de desplazamiento patrimonial (hurto, robo, estafa, apropiación indebida, por ejemplo), si el autor consigue realizar su ánimo de lucro, deberá establecerse en la pieza de responsabilidad civil (por no haber sido recuperada) la cantidad del valor del dinero o la cosa objeto material del delito. En los delitos de menoscabo patrimonial (incendios, daños) si se ha conseguido destruir totalmente el objeto patrimonial, será determinante también a efectos de la concreción de dicha responsabilidad civil.

(34) Así, será impedimento para contraer matrimonio tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Canónico, el que la muerte anterior del cónyuge de uno de los que pretenden contraer matrimonio se haya perpetrado con la finalidad de eliminar un gran obstáculo para la celebración de aquél. Aunque expresamente no señale esta consecuencia el Código civil (Cc en adelante), cualquier otro motivo que no estuviese en esta relación de causalidad no tendría mucho fundamento. A este respecto, el mentado texto legal establece en su art. 47: «Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí...3.^o Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos».

(35) El art. 3 del Cp en su párrafo primero establece que son punibles el delito consumado, el frustrado, la tentativa y la conspiración, proposición y provocación para delinquir. De otra parte, el art. 49 del mismo texto legal se expresa de la siguiente forma: « A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hubiere señalado por la Ley. Siempre que la Ley señale generalmente la pena de una infracción, se entenderá que la impone a la consumada».

(36) En efecto, si se parte de que la tentativa y la frustración no son meras fases de realización de un mismo delito, sino tipos de injusto independientes del delito consumado, entonces no tiene porque ser éste *perfecto* y aquellos *imperfectos*, sino que, por el contrario, en la medida en que en cada uno de los tipos mencionados se satisfagan los elementos que exige la Ley para que entre en juego la punibilidad, se podrá afirmar, por ejemplo, que nos encontramos ante una *tentativa perfecta*. A este respecto, *vid supra* *nota 17 y el texto correspondiente.

De ahí que se tenga que rechazar esta propuesta. Primero, por la confusión que se produce frente a nuestro Derecho positivo. Segundo; porque tampoco corresponde con nuestra tradición jurídica y ni tan siquiera con la tradición jurídica italiana (37). Y, finalmente; porque la partícula gramatical *perfección* también puede ser aplicada a la tentativa y a la frustración.

También se utiliza la expresión consumación material para expresar la representación del punto temporal en el que el hecho en concreto ha llegado a su máxima gravedad con posterioridad a la primera realización completa del tipo. Pero, a pesar de que la locución se ha extendido bastante en su utilización por parte de la doctrina, aceptar dicha expresión presenta dos tipos de inconvenientes.

El primero de ellos reside en la confusión que puede dar lugar el admitir desde el punto de vista nominativo la existencia de un espacio que este fuera de la atadura formal que supone el tipo de injusto, en la medida en que se hable de una consumación *material*. Se vuelve de nuevo a utilizar una distinción paralela en su contenido literal y semántico a la antigua diferenciación entre *antijuridicidad formal* y *antijuridicidad material*; diferenciación que debe ser rechazada por las mismas razones por las que la Dogmática penal excluyó ésta en su día de su terminología, utilizándose tan sólo como ejemplo didáctico que refleja dos aspectos de un mismo instituto.

El segundo inconveniente se encuentra, tal y como señala KÜHL (38), en el hecho de que atribuir el calificativo de *material* al momento último del delito frente a la primera consumación *formal*, puede dar lugar a malentendidos en el sentido de que se le pueden negar a ésta última (por esa ausencia de forma) consecuencias jurídicas relevantes en el ámbito penal.

Por las razones señaladas, también se tienen que rechazar los términos empleados de consumación formal y consumación material.

Por último, queda por examinar el vocablo que aquí se ha traducido como terminación. En su momento ya se vió que en las primeras aportaciones en la doctrina alemana de MERKEL, WELZEL Y SCHÖNKE-SCHRÖDER, el término recibió un contenido subjetivo, similar al que se le dió en Italia en una primera etapa al vocablo agotamiento. Sin embargo, aun desde el principio no se abandonó el realizar una mínima referencia al ámbito objetivo que representa la lesión final del bien jurídico (39). En este

(37) Así, el Código toscano de 1853 en su art. 42 introdujo la definición de consumación del delito (excepcionalmente, pues los textos punitivos no suelen contener este tipo de definiciones), en el cual se establecía «el delito está consumado cuando todos los elementos que componen su esencia se encuentran reunidos en el hecho delictivo de que se trata».

(38) *Vid. supra* *nota 14.

(39) De esta forma SCHÖNKE-SCHRÖDER admiten que junto a la realización de la intención del sujeto, el concepto de terminación o consumación material implica también la completa lesión del bien jurídico protegido. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar...* cit.; p. 334.

sentido, la terminación del delito en Alemania se estudia generalmente junto a la consumación, como el punto en el que finaliza la violación del interés jurídicamente protegido tras la realización mínima del tipo que representa aquélla. Esto se corresponde bastante, en principio, con el fenómeno que aquí se ha propuesto estudiar, en particular, la estructura de la zona que se extiende más allá de la consumación (en los delitos que no son de consumación instantánea) junto con las consecuencias jurídicas que la (todavía no admitida) definición de terminación pueda traer consigo. De otra parte, desde el punto de vista lingüístico, el sustantivo terminación no ofrece ningún problema para ser empleado sin violar su sentido común (40).

De todo lo expuesto se deduce que, a efectos del empleo del vocablo adecuado, se halla elegido como más apropiado el de terminación. Ello no impide que en alguna ocasión se haga referencia como sinónimo a alguno de los términos que se han señalado anteriormente, por mera cuestión de estilo y para evitar sucesivas repeticiones que ya de por si son bastante frecuentes.

C) Sustantividad y autonomía de la categoría de la terminación

A lo largo de la exposición se ha podido observar que el concepto de agotamiento en Italia, salvo en sus primeros momentos, como categoría independiente de la consumación, no gozó de una aceptación general. Otros términos parejos no han sido acogidos en este país con mucho convencimiento.

En Alemania la situación es totalmente inversa. La teoría de la terminación tuvo desde un principio seguidores que introdujeron esta categoría en el vocabulario de la Ciencia del Derecho Penal de tal forma que hoy se puede decir que el mencionado concepto se halla presente en la teoría jurídica del delito. Sin embargo, pese a ser ésta la regla general, su afirmación no es unánime. Dos importantísimos trabajos de HRUSCHKA (41) y BITZILEKIS (42) han puesto en tela de juicio la sustantividad propia y autonomía del concepto terminación frente a otros conceptos ya existentes en la dogmática penal. Esta posición, aunque minoritaria, obliga a que se tenga que plantear la conveniencia de introducir una categoría (prácticamente inexistente en el Derecho español),

(40) Una de las acepciones que ofrece el Diccionario sobre el sustantivo terminación es «conclusión o parte final de una cosa». Evidentemente, este concepto es bastante adecuado al objeto de estudio que se desarrolla en el presente trabajo. A este respecto, el vocablo se utilizará para la designación de la conclusión o parte final de determinados delitos.

(41) HRUSCHKA, Joachim, *Die Dogmatik der Dauerstrafarten und das Problem der Tatbeendigung*. GA (1968); pp. 193 y ss.

(42) BITZILEKIS, Nikolaos, *Über die strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat*. ZStW nr. 99 (1987); pp. 723 y ss.

cuando quizás existan ya otras mucho más estudiadas y con una mayor tradición jurídica que podrían cumplir las mismas funciones que aquélla.

Es necesario, en definitiva, examinar la cuestión de la sustantividad y autonomía de la terminación del delito. A este respecto, se van a clasificar las diferentes posturas sobre este tema en varias teorías: teorías positivas (que afirman la sustantividad y autonomía del concepto de forma general), teorías negativas (que niegan cualquier relevancia jurídica del mismo) y teorías positivas limitadas (las cuales afirman cierta capacidad funcional del término terminación, pero sólo bajo ciertos presupuestos). Por último, se tiene que tomar en consideración la posición que aquí se defiende.

1) *Teorías positivas*

Estas tesis parten de la idea de que el delito, en su aspecto ontológico, transcurre por diversas fases que también tienen un significado valorativo. Este significado valorativo para el Derecho Penal no terminaría con la consumación formal del delito, esto es, con la identidad entre la actividad desplegada por el sujeto y el supuesto de hecho abstracto que contempla el precepto penal. Por el contrario, las acciones del sujeto posteriores a esa primera realización del tipo también tendrían relevancia jurídico penal siempre que su perpetración constituyese una continuación del menoscabo del bien jurídico protegido por la norma en cuestión. Bajo esta perspectiva, el tipo de injusto no contemplaría el total desvalor del delito, sino que éste se extendería más allá de su mera perfección formal (43).

De esta forma, hoy es aceptado en Alemania casi unánimemente el punto de vista según el cual, con posterioridad a la consumación en ciertos tipos penales, existiría una «segunda zona» o «postzona» (*Nachzonen*) que se extendería hasta la total consumación material del hecho delictivo (terminación) y que va a tener todavía una gran relevancia jurídico penal (44). Se produce así una prolongación de la acción típica a la que se le atribuyen determinadas consecuencias, entre las que se han

(43) Una de las primeras formulaciones en el sentido expresado en el texto parte de HÄLSCHNER, en su trabajo *Die Beurteilung fortgesetzter und fortduauernder Verbrechen bei einem während ihrer Verübung erfolgten Wechsel in der Gesetzgebung*. GA (1860); pp. 461 y ss.

(44) Esta «segunda zona» fue ya caracterizada por BELING como el ámbito posterior que sigue el delito en el camino hacia su conclusión (BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906; p. 246), y, como señala BITZILEKIS, (*Über die strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat ... cit.*; p. 724 y nota 5), es reconocida hoy por muchos autores alemanes como un instituto independiente de la Parte General, que al mismo tiempo marca el comienzo y el final sobre el periodo posterior a la consumación en el que se producen determinadas consecuencias señaladas en el texto.

destacado la posibilidad de que en este espacio temporal aparezca una sucesiva autoría o participación, que sea posible todavía la aplicación de circunstancias cualificativas o que se pueda tener en cuenta una causa de justificación; por citar algunas de las más destacadas.

Esta formulación de la teoría de la terminación es hoy la que predomina en el país germánico (45), si bien es cierto que goza cada vez menos del apoyo que tuvo en su origen.

En cuanto al límite de *hasta cuando* es posible dotar a las acciones ulteriores del sujeto activo o de un tercero de relevancia jurídica, las posiciones han variado según los autores dentro de esta concepción afirmativa de la categoría de la terminación.

Un sector doctrinal exige que la conducta que se desarrolla en la «segunda zona» sea una conducta típica, es decir, que pertenezca al ámbito de la prohibición expresada por el legislador en la figura legal, si bien esta exigencia es requerida con bastante debilidad. Pero ello no implica necesariamente que la conducta ulterior esté representada fielmente en el tenor literal del tipo. Así, de esta forma, la fijación a la tipicidad se puede establecer, según esta opinión, mediante la interpretación teleológica (46), o, como ha señalado JESCHECK, deduciendo la atadura legal mediante el examen del sentido inherente a la prohibición que emana de la norma penal (47). En el marco de las teorías positivas en sentido estricto, esta corriente de opinión sería la más formalista (a pesar de que no exigen, como se ha puesto de manifiesto, una estricta fijación al tipo).

(45) Algunos autores que representan esta opinión son: ESER en *Strafgesetzbuch Kommentar...* cit.; p. 332. JESCHECK, Hans Heinrich, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat* en *Festschrift für HANS WELZEL zum 70 Geburtstag*, Berlín-New York, 1974; p. 691. Del mismo: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 4.^a edic. Berlín, 1988; pp. 465 y ss. LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. 19.^a edic. puesta al día por DREHER, Eduard y MAASEN, Hermann. Múnich, 1991; p. 146 (si bien el autor duda de la capacidad del concepto terminación para resolver todos los problemas que normalmente se le asignan). SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2.^a edic. Tübingen, 1984; p. 126, nr. 140. STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. 3.^a edic. Köln-Berlín-Bonn-Múnich, 1981, pp. 243 nr. 870 (también en n.^o 646). WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht...* cit.; pp. 188 y WESSELS, Johannes, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufgabe*. 21.^a edic. Heidelberg, 1991, p. 177.

(46) Así, para WINKLER es fundamental que la zona que se desarrolla desde la consumación hasta la terminación sea una zona abarcada por el tipo de injusto. Pero ello no implica, según el autor, que la determinación de esta inclusión en el tipo tenga que decidirse tan sólo mediante la interpretación literal de los términos descritos por la Ley. La interpretación teleológica puede establecer cuándo un acontecimiento lesivo al bien jurídico se halla dentro de la *circunscripción típica* o fuera de ésta; siendo la última la vía inadmisible. WINKLER, G., *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechen*. Diss. Múnich, 1965, p. 37.

(47) A este respecto señala JESCHECK, «... Por el contrario, la fase de la terminación no tiene porqué ser descrita en absoluto formalmente mediante el tipo. Esta es comprendida sólo materialmente mediante el sentido de la prohibición inherente a él... Por consiguiente, no se pueden exigir del tenor literal algo que esta fuera del fin de la disposición». JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat* en *Festschrift für HANS WELZEL ... cit.*; p. 691.

Sin embargo, otros autores ni siquiera establecen como requisito necesario para la afirmación de la "segunda zona" el que el acontecimiento ulterior a la consumación se encuentre dentro de la descripción de la figura delictiva. En este sentido LACKNER señala que, para la doctrina dominante, la terminación del delito se produce cuando se realizan las circunstancias ulteriores a dicha descripción de la figura delictiva, que, aunque continúan acuñando la ofensa al bien jurídico, no se puede decir ya que pertenezcan al tipo de injusto (48).

La posición más radical en este punto la ocupa, sin duda alguna, HAU. El autor parte de la premisa de que en ciertos tipos legales el menoscabo al bien jurídico no termina con la realización del tipo, sino que dicho menoscabo continúa de forma paralela después de este momento. Sin embargo, se reconoce al mismo tiempo que esas acciones no pertenecen ya a la descripción típica de la figura legal (49). Esta zona fuera del tipo es denominada por el autor *perpetración del delito* y las consecuencias jurídicas a las que dá origen se pueden fundamentar, siempre según el autor citado, por una lícita interpretación teleológica del hecho punible (50). Tal interpretación, que correspondería con el sentido y fin de la norma, conduce sin embargo a que se incluyan dentro del ámbito de la punibilidad hechos que se hayan fuera del tenor literal que describe la Ley. Claro es, pues, que semejante postulado obliga a que se tenga que poner en duda el acomodo de esta tesis con el principio de legalidad penal que en Alemania se encuentra constitucionalmente reconocido en el art. 103 párrafo segundo de la Ley Fundamental de Bonn (GG en adelante) (51).

El siguiente paso se sitúa en la fundamentación de esta extensión de la punibilidad. En este sentido, se señala que en la doctrina y jurisprudencia alemana se ha creado la categoría de la terminación a través de la costumbre (52), y que la misma vendría a constituir uno más de los con-

(48) LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen...* cit.; p. 146.

(49) HAU, Helmut, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*. Berlín, 1974, p. 48.

(50) HAU, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen...* cit.; p. 49.

(51) En dicho precepto se establece el principio de legalidad penal en términos semejantes a los que señala nuestro art. 23 del Código penal, esto es, prohibiendo la imposición de penas a acciones y omisiones que no estén determinadas previamente por la Ley.

(52) El autor señala que las resoluciones de los tribunales superiores son la fuente más importante de creación de la costumbre jurídica. A este respecto aduce que ya el Tribunal del Reich en el delito de contrabando establecía que la infracción no concluía hasta que la mercancía ilegal llegase a su destino, mientras que el delito ya había sido consumado con anterioridad desde el momento en que los objetos traspasaban la frontera en cuestión. De otra parte, el autor afirma que esta costumbre se refuerza con ulteriores sentencias del BGH en materia de hurto y robo (el delito se consuma cuando se toma la cosa, se termina cuando el autor pone a resguardo el botín obtenido ilícitamente) en donde siempre ha aplicado esta figura conceptual y con el apoyo de la mayoría de la doctrina. Se darían, pues, los dos elementos conformadores de la costumbre jurídica: la aplicación reiterada y el convencimiento general de su aceptación como regla jurídica obligatoria. HAU, *Die Beendigung der Straftat...* pp. 51 y 52.

ceptos que se han creado en la Parte General del Derecho Penal, lo que justificaría incluso el acomodo de la dudosa extensión de la punibilidad con el principio determinado en el art. 103 II de la GG (53).

Todas estas teorías, que aquí se han denominado positivas, tienen como punto común, aparte de esta afirmación general de la figura jurídica de la terminación del delito, ciertas consecuencias jurídicas a las que se han aludido a lo largo de la presente exposición. Dichas consecuencias, que serán examinadas detenidamente en su lugar oportuno, vienen determinadas en su ámbito y conformación por el límite que se haya impuesto teóricamente a la extensión de la zona que se desarrolla tras el momento consumativo.

Un punto común, se decía, que mantienen todas las tesis afirmativas, se produce en el ámbito de la consumación en los delitos contra la propiedad, especialmente en los delitos de robo y hurto.

En efecto, la fase de la terminación es una fase del desarrollo del delito que tan sólo se presenta en ciertas estructuras típicas. Una de estas estructuras típicas viene representada por los delitos de intención. Aquí el legislador ha ligado la entrada en juego de la consumación a una acción, que tan sólo formaría el primer estadio de las circunstancias que fundamentan el contenido del injusto, el tomar la cosa ajena con ánimo de lucro, mientras que el segundo estadio en el que culminaría la lesión al bien jurídico vendría representado por la realización efectiva de ese ánimo de lucro del autor, es decir, por la satisfacción de su pretensión lucrativa. De esta forma, en el delito de hurto el momento consumativo, según parte de la doctrina y jurisprudencia alemana, tendría lugar con la apropiación de la cosa (54), mientras que el completo contenido del in-

(53) «... queda por examinar si se trata de una costumbre lícita o si contradice el principio *nullum crimen sine lege scripta*. Se ha reconocido que en forma de costumbre no se puede crear nuevos tipos penales e introducir agravaciones. A pesar de ello, la nueva formación de conceptos en Derecho Penal por medio de la costumbre no tiene porqué jugar un papel irrelevante en el mismo. Sobre todo en el ámbito de la Parte General del Código penal se han desarrollado muchas teorías en base a la costumbre. Con ello se admite que en este ámbito también se pueda formar una costumbre fundamentadora de la pena o con efectos agravatorios. Conceptos como causalidad, dolo, imprudencia, autoría mediata y delito de omisión impropia se han subordinado usualmente a la costumbre. De ahí que sólo sea consecuente el añadir a estas formaciones conceptuales en base a la costumbre el (concepto) de la terminación del hecho». HAU, *Die Beendigung der Straftat...* cit.; p. 53.

(54) En Alemania, existe desde hace mucho tiempo una línea de pensamiento bastante común según la cual en materia de consumación de delitos contra la propiedad se entiende que el hecho se consuma con la apropiación inmediata de la cosa por parte del sujeto agente (teoría de la aprehensión), sin que sea necesario, como en España, que el sujeto llegue a tener a su disposición (aunque sea potencialmente) las cosas muebles objeto de la sustracción. Respecto de la consumación del delito de hurto en relación también con el momento de la terminación, se puede señalar el trabajo de GÖSSEL, Karl Heinz, *Über der Vollendung des Diebstahls*. ZStW nr. 85 (1973); p. 592.

justo se produciría cuando el ladrón dispusiese de lo apropiado como si se tratase del verdadero propietario (55). Pero, de otra parte, las actuaciones posteriores al apoderamiento de los objetos sustraídos no vienen recojidas en la figura delictiva correspondiente y sin embargo esta línea de pensamiento les atribuye todavía relevancia jurídica. A este respecto, por ejemplo, el plazo de la prescripción del delito comenzaría a partir de este segundo momento y no cuando se produjo la consumación formal del tipo, o, en esta misma línea, las actuaciones de un tercero de auxilio para vender las piezas del botín no constituirían encubrimiento (pues el delito todavía no ha terminado) sino participación. Estas serían algunas de las consecuencias más acordes con las teorías positivas de la terminación del delito frente a las teorías negativas o positivas limitadas.

2) *Teorías negativas*

Estas tesis se caracterizan porque niegan la categoría de la terminación como concepto independiente de la consumación en la Parte General del Derecho Penal, bien porque las funciones que se le asignan a aquella categoría son absorvidas por esta última, bien porque existe otra figura delictiva que cumple esas mismas funciones.

Tras la consolidación de la doctrina de la terminación en Alemania, uno de los primeros trabajos que niega abiertamente cualquier relevancia jurídica a la terminación del delito es el que en 1968 publicó HRUSCHKA (56).

El citado autor analiza el concepto de terminación a través de las definiciones que ofrece tanto la doctrina alemana como el propio BGH y llega a la conclusión de que no es necesario recurrir a esta teoría de la terminación para llegar a fundamentar las consecuencias jurídicas que normalmente se le asignan (57). Por el contrario, las funciones que se le atribuyen son absorvidas por la figura del delito permanente. De ahí que, según el autor, o el intérprete trabaja con el esquema conceptual del delito permanente y sus complementarios (hecho permanente, delito instantáneo, hecho instantáneo, delito de estado, en su caso...) o utiliza la categoría más reciente de la terminación del delito (58), puesto que ambos institutos son incompatibles entre sí en un mismo sistema conceptual.

Debido a que la categoría del delito permanente se vería desnaturaleza si se aceptase esta otra de la terminación; y a causa de la sólida

(55) JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat...* cit.; pp. 685 y 686, y en general, los autores citados en nota 43.

(56) *Die Dogmatik der Dauerstrafstaten und das Problem der Tatbeendigung.* GA (1968); pp. 193 y ss.

(57) HRUSCHKA, *Die Dogmatik der Dauerstrafstaten...* cit.; p. 203.

(58) HRUSCHKA, *cit.*; p. 204.

posición que ocupa aquél concepto tradicional en la dogmática jurídico-penal; se considera que la figura de la terminación no tiene sitio en la teoría jurídica del delito, por estar ocupado este espacio por el delito permanente y las definiciones paralelas al mismo (59).

Durante mucho tiempo, la tesis de HRUSCHKA ha representado una posición aislada dentro de la panorámica general y afirmativa de la teoría de la terminación en Alemania. Sin embargo, recientemente BITZILEKIS ha vuelto a poner en tela de juicio las posibilidades reales de sustantividad y autonomía del concepto de terminación respecto a este otro ya sólidamente fijado de la consumación del delito.

El autor griego se pregunta si las consecuencias jurídicas que se le suelen asignar a la categoría de la terminación del delito han de ser atribuidas realmente a ésta o dichas consecuencias jurídicas derivan más bien directamente del concepto de consumación. En otras palabras, se pregunta si la terminación del delito representa una fructífera figura en la Dogmática del Derecho Penal o por el contrario su aceptación añade confusión y resta utilidad como categoría independiente de la teoría del delito contemplado en su aspecto dinámico (60).

Para responder a las cuestiones planteadas, analiza las diferentes constelaciones de casos en los que, según la doctrina tradicional en este tema instaurada por JESCHECK, se puede diferenciar un momento de la terminación distinto al de la consumación. Después de examinar estos grupos delictivos, llega a una primera conclusión según la cual las consecuencias derivadas de acciones ulteriores a la consumación inicial del hecho no se extraen de la teoría de la terminación sino que surgen de la propia estructura de los tipos estudiados (61). En definitiva, se plantea así la perspectiva en orden a la alternativa de si las acciones posteriores a la primera realización del tipo merecen una valoración independiente, y de hasta qué extensión deben ser incluidas dentro del ámbito de la relevancia jurídica de la figura delictiva.

El autor examina las diferentes definiciones aportadas por la doctrina y observa que apenas existe un criterio común acerca de la situación del punto donde finaliza la propia fase de la terminación. Esta discordancia de conceptos es lógica, según el autor, puesto que la pluralidad de estructuras típicas que derivan de las diferentes normas penales implica la existencia de dificultades para encontrar un punto común para la determinación de la conclusión del delito (62).

(59) HRUSCHKA, *cit.*; pp. 205 y 206. El autor ha mantenido más tarde su rechazo a la teoría de la terminación. HRUSCHKA, Joachim, *Zum Beisichführen einer Schu3waffe beim Raub*. JZ (1983); p. 218.

(60) BITZILEKIS, Nikolaos. *Über die strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat*. ZStW nr. 99 (1987); pp. 724 y 725.

(61) BITZILEKIS, *Über die strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat...* *cit.*; p. 729.

(62) «Esta divergencia de opiniones no es casual, más bien se muestra como el forzoso resultado de las acciones correspondientes con la plural normativización legal,

BITZILEKIS, después de este análisis, llega a la conclusión de que la figura de la terminación es una innovación jurídica desafortunada. Sería una innovación desafortunada porque en aquellos delitos en los que la acción se desarrolla temporalmente más allá de la consumación del delito, la conclusión de la misma no quiere decir nada. En este mismo sentido, las eventuales consecuencias jurídicas no supondrían en este ámbito ninguna repercusión de una teoría de la terminación, sino que se pueden deducir de la estructura lógica o típica del respectivo tipo de delito. En otro grupo de estructuras delictivas, por el contrario, esa teoría menoscabaría una de las funciones del tipo en un sistema jurídico penal, en el que aquélla considera como «pertenecientes al tipo» una serie de acciones que transcurren más allá de la consumación del delito en el camino hacia la conclusión del mismo, cuando en realidad dichas acciones estarían claramente fuera de la descripción típica (63). En palabras del propio autor: «De todo ello hay que tomar como resultado que la terminación, como instituto de la Parte General del Derecho Penal, no puede ser legitimada. La doctrina mayoritaria no ha logrado fijar a ésta como grado del delito y de forma paralela, al mismo tiempo, para establecer una zona previa y una postzona del delito con específicas consecuencias jurídicas. Por el contrario, los puntos críticos expresados nos permiten constatar con HRUSCHKA, que con el tiempo la doctrina se ha de despachar de un concepto independiente de terminación (64)».

De todo lo expuesto, se deduce que las teorías negativas postulan por la desaparición del concepto de terminación del delito de la terminología de la Parte General del Derecho Penal. Las razones que se alegan son de distinta índole, pero fundamentalmente se basan en las siguientes consideraciones:

a) Las funciones que se le atribuyen a la terminación del delito son propias de otros institutos de la teoría general del delito, bien de la propia fase de la consumación, bien derivada de la estructura del tipo en el que dicha consumación no es instantánea (delito permanente, supuestos de unidad natural de acción, delito continuado, etc).

b) En conexión inmediata con lo anterior, estos conceptos de la teoría jurídica del delito están consolidados en el Derecho Penal y gozan

que establecen cada una de las fases de la terminación. Todo intento de determinar a ésta conduce a inseguridades que no se pueden ligar con el mandato de legalidad y taxatividad del art. 103 de la GG». BITZILEKIS, *Über die strafrechtliche...* cit.; p. 730.

(63) Sería el caso, por ejemplo, de los supuestos de auxilio al autor por parte de un tercero (sin dolo precedente o coetáneo al apoderamiento) para que éste asegure el botín y se beneficie del mismo, que según la teoría de la terminación constituiría participación (o incluso coautoría) en un delito de hurto o robo. Pero, en realidad, esta consecuencia extendería el tipo más allá del tenor literal de la Ley, que exigiría para considerar al auxiliador como cómplice el que éste coopere en la apropiación de la cosa mueble, y no en actos ulteriores a dicha apropiación (si se es coherente con la teoría de la consumación del delito de hurto que hoy se sigue en Alemania, que es la de la aprehensión), que integrarían más bien el instituto del encubrimiento.

(64) BITZILEKIS, *Über die strafrechtliche...* cit.; pp. 749 y 750.

de una tradición que les sitúa en una sólida posición en la dogmática jurídico penal; afirmación que no se puede predicar de la categoría de la terminación del delito.

c) También en íntima relación con esto que se acaba de expresar, otra objeción viene impuesta por el hecho de que en la doctrina no hay ningún acuerdo sobre la determinación del punto en el que se considera que el delito ha finalizado, por tanto, sobre el momento en que éste cesa en su actividad jurídica. Esta imprecisión del punto temporal que va a ser la base de ciertas repercusiones jurídicas (inicio del cómputo del término de la prescripción, final de la actualidad del ataque en la legítima defensa, etc.) conduce a inseguridades que abonan una aplicación desigual de la ley penal, en la mayoría de los casos en contra del reo.

d) La prueba más difícil de superar por esta nueva categoría se encuentra, sin duda alguna, en su dudosa armonización con los principios fundamentales del Derecho Penal, en especial, con el principio de legalidad. Las teorías positivas *stricto sensu* parecen admitir (aunque alguno de sus autores afirme que se trata de un problema de interpretación) que la «segunda zona» que se extiende tras la consumación puede quedar fuera del tipo de injusto. Esto implica una extensión de la punibilidad bien directa, bien indirectamente, fuera de los límites de la descripción típica, y por ende, de las garantías que se derivan del principio *nulla poena sine lege*, pilar básico del moderno Derecho Penal.

Para corregir algunas de las deficiencias que adolece la teoría de la terminación en su formulación más radical, surgen las teorías positivas limitadas (65).

3) *Teorías positivas limitadas*

Las teorías positivas limitadas afirman, con carácter general, la existencia de una fase ulterior a la consumación del hecho penal en la que pueden tener lugar determinadas actividades con relevancia jurídico penal hasta cierto punto temporal que suelen denominar terminación. Esta afirmación nace de la necesidad de reconocer la realidad de cierta tradición jurídica tanto en la jurisprudencia como en la doctrina alemana, que a su vez ha servido para resolver específicos problemas que se producen en la práctica (66). Se admiten de esta forma las premisas básicas de la

(65) Así como en Alemania las tesis negativas son muy minoritarias, en Italia por el contrario, tras el abandono del concepto de agotamiento del delito, los autores más modernos, salvo MANTOVANI, no incluyen o rechazan expresamente cualquier fase del desarrollo del delito posterior a la consumación. A este respecto, *vid supra* notas 25 a 27 y el texto correspondiente.

(66) Esta necesidad de mantener el concepto por razones de índole práctico ha sido defendida abiertamente por KÜHL, Christian, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*. Diss. Berlín, 1974; p. 78. También aboga por el mantenimiento del concepto de terminación por razones teóricas y prácticas SCHEUFELE, Hans Jürgen, *Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten*, Diss. Münster, 1971, p. 82.

doctrina que distingue entre la consumación formal y material del delito. En este sentido, se considera que más allá de la realización inicial del tipo, la conducta del autor puede traspasar la barrera del peligro al bien jurídico y llegar al menoscabo del mismo, o aumentar el daño derivado de la conducta del agente progresivamente para el caso de que se trate de un delito de lesión. Esta actividad posterior a la consumación del delito, concebida en un entendimiento material, puede tener consecuencias jurídicoppenales en el ámbito de la participación, de la prescripción o de la imputación de circunstancias cualificativas agravantes en los términos en los que se expresan en las teorías positivas (67).

Luego, en ciertas estructuras típicas, la consumación formal y la terminación material no coinciden. La explicación que fundamentaría esta discordancia que implica una extensión de la actividad delictiva, a pesar de que se han satisfecho todos los presupuestos típicos de la correspondiente figura legal, se apoya fundamentalmente en razones de política criminal. El legislador, para fortalecer la protección del bien jurídico, ha anticipado la total punibilidad a un momento anterior a la lesión de ese bien jurídico, esto es, considera que se ha realizado el tipo de injusto en el previo estadio de la puesta en peligro del interés protegido por el Derecho. De ahí que se tilde de *formal* la consumación del delito contemplada bajo los parámetros establecidos por la ley penal; mientras que se habla de terminación *material* cuando se quiere reflejar el total menoscabo del objeto jurídico del delito producido por la conducta del autor tras el primer momento consumativo (68). Esta tesis vendría reflejada principalmente en los delitos de consumación anticipada y en los delitos en los que la acción o acciones se extienden a lo largo de un determinado período temporal (delito permanente y delito continuado).

Respectivamente, y en los términos señalados con anterioridad, la prescripción del delito comenzaría en el momento en que se entiende que este concluye (terminación), siendo todavía posible que en esta segunda zona se produzca, en y después de la consumación, actos de participación o coautoría, legítima defensa (u otra causa de justificación) o

(67) RUDOLPHI, Hans Joachim, *Die zeitlichen Grenzen der zukzessiven Beihilfe*. Festschrift für Hans Heinrich JESCHECK zum 70 Geburstag. Tomo 1. Berlín, 1985; p. 561.

(68) RUDOLPHI, Hans-Joachim, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil. (§§ 1-79 b)*. Tomo 1. 5.^a edic. Neuwied-Krieffet, 1991. Vor § 22 núms. 7 y ss. p. 3. VOGLER, Theo, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*. Tomo 1. 10.^a edic. coordinada por JESCHECK, Hans-Heinrich, RUß, Wolfgang y WILLMS, Günther. Berlín-New York, 1985. Vor § 22. p. 10, núm. 24. En este punto no hay discrepancia con las teorías positivas. El problema que encuentran ambas doctrinas es el criterio que se elige para determinar cuál es el momento en el que finaliza esta extensión material del injusto. En la mayoría de las ocasiones, y por influencia de SCHÖNKE-SCHRÖDER, se recurre a la representación de los fines que tenía el autor, poniendo como límite la meta conseguida por éste («... en la extensión querida por el autor...»). Como se pondrá de relieve en su momento oportuno, el criterio subjetivo de delimitación es insuficiente e irrelevante en la mayoría de los casos.

la imputación al autor de específicas circunstancias de agravación del delito.

Hasta aquí no se presenta ninguna diferencia sustancial con la exposición de la doctrina de la terminación que realizan los autores que en este trabajo se han agrupado bajo la denominación de teorías positivas o afirmativas de la terminación. Las divergencias surgen fundamentalmente cuando se trata de adecuar la teoría de la terminación con los principios constitucionales que informan al Derecho Penal, especialmente el que hace referencia al de legalidad en conexión con los criterios técnicos que se derivan del mismo (tipicidad y taxatividad de la conducta).

En efecto, la terminación en su formulación más ortodoxa, representa el momento en el que el injusto ha encontrado su conclusión material, esto es, el momento en el que se produce la efectiva lesión del bien jurídico protegido por la norma penal. Pero la calificación de *material* frente a *formal*, en íntima conexión con lo dicho líneas atrás, denota aquí que, la exigencia de que la conducta ulterior a la consumación sea típica, desaparece o no se expresa con mucha rotundidad.

Precisamente, por la falta de garantías que supone el desligar el acontecimiento postconsumativo del marco de la realización típica, se rechaza el concepto amplio de terminación que se postula por los partidarios de las teorías afirmativas. En consecuencia, las teorías positivas limitadas sostienen el criterio que confirma la necesidad de considerar una zona ulterior a la consumación en la cual van a tener repercusiones jurídicas las actividades que todavía se desplieguen en la misma. Ahora bien, por razones de garantía constitucional reflejadas en el principio de legalidad penal y de seguridad jurídica, se limita esta última fase del desarrollo del delito a la esfera de la tipicidad (69).

(69) El principio de legalidad penal se encuentra constitucionalmente reconocido en la Ley Fundamental de Bonn (GG) en el art. 103 párrafo II. («Un hecho sólo puede ser castigado cuando la punibilidad se ha determinado legalmente antes de que se haya perpetrado ese hecho»). Para evitar, entonces, que la doctrina de la terminación del delito atribuya consecuencias penales a hechos, conductas o comportamientos que caen fuera de la descripción del tipo, los autores que se agrupan bajo las teorías positivas limitadas exigen la subsunción de esos hechos, conductas o comportamientos bajo el ámbito de la norma penal correspondiente. En este sentido se pueden citar los siguientes: KÜHL, Christian, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts...* cit.; p. 43. KÜPER, Wilfried, *Kurzfragen der Unfallstrlnt.* JZ (1981), p. 252. MAURACH, Reinhart-GÖSEL, Karl Heinz-ZIPP, Heinz: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 11. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen.* 7.^a edición. Heidelberg, 1987; p. 10 núm. 40. OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre.* 3.^a edición. Berlín-New York, 1988; p. 50, del mismo autor: *Schadenseintritt und Verjährungsbeginn.* Festschrift für Karl Lackner zum 70 Geburtstag. Berlín-New York, 1987; p. 717. RUDOLPHI, Hans Joachim, *Die zeitlichen Grenzen der zukzessiven Beihilfe...* cit.; p. 561. Del mismo: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil. Vor § 22...* cit.; p. 7, núm. 9. SCHEUFELE, *Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten...* cit.; p. 82 y VOGLER en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar.* Vor § 22..., p. 13 núm. 34.

Esta tesis limitada de la terminación también es afirmada de forma indirecta por algunos autores en el ámbito de las consecuencias jurídicas que se le asignan. En un principio, para la doctrina más ortodoxa, uno de los clásicos ejemplos en el que se podía observar una distinción entre consumación y terminación se encontraba en la estructura típica representada por los delitos de intención. En ellos, especialmente en los supuestos de hurto y de robo, el hecho punible se entendía consumado cuando el autor aprehendía materialmente el objeto mueble, mientras que, se decía, el delito terminaba cuando el sujeto agente disponía de la cosa como si se tratase del verdadero propietario (70). Como resultado de esta formulación, se afirmaba la posible existencia de participación entre ambos momentos (apropiación y disposición) o la licencia otorgada al propietario eventualmente desposeído para que pudiese utilizar la violencia en la recuperación de la cosa sustraída (legítima defensa).

Pues bien, los partidarios de la tesis limitada de la terminación no van a admitir este supuesto como representativo de la aplicación de aquélla. El auxilio al autor, v. g., para que éste pueda esconder en un sitio seguro el botín obtenido ilícita y subrepticiamente, no constituiría, como afirman los primeros autores, participación en el hurto o robo cometido por el agente principal, sino que tendría que ser calificada como encubrimiento. Esta conclusión vendría impuesta por el propio respeto al principio de tipicidad, concreción técnica del principio de legalidad, que prohibiría atribuir las mismas consecuencias jurídicas a los actos que vienen descritos por la ley que a aquellos otros que caen fuera de esa descripción típica (71). De ahí que, desde esta concepción, se reduzcan el número de estructuras en las que es posible admitir esa «segunda zona» ulterior a la consumación (delitos de empresa, algunos delitos de peligro, delitos permanente y continuado, ciertos supuestos de unidad natural de acción).

De esta forma, las teorías limitadas de la terminación tratan de conjugar las ventajas que ofrece en ciertas clases de tipos penales la admisión de una fase del desarrollo del delito que supera a la consumación, con la necesidad de respetar el principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).

(70) A título de ejemplo, *vid Supra* nota 63.

(71) En el delito de hurto se ha planteado esta problemática de calificación de conductas que se llevan a cabo después de la consumación del delito. Niegan ya la subsunción bajo la norma que describe el delito contra la propiedad, por entender que la conducta ulterior no se encuentra abarcada por el tipo: GÖSSEL, Karl Heinz, *Über die Vollendung des Diebstahls*. ZStW nr. 85 (1973); pp. 646 y 647, núm. 3. ISENBECK, Helmut, *Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl*. NJW (1965); p. 2327. KUPER, Wilfried, «*Sukzessive*» Tatbeteiligung von und nach Raubvollendug. BGH NJW 1985, 814. Juristische Schullung (JuS) 1986; p. 869 y RUDOLPHI, *Die zeitlichen Grenzen der zukzessiven Beihilfe... cit.*; p. 560.

4) Toma de posición

En el presente apartado se han expuesto las diferentes opiniones de la doctrina alemana sobre la afirmación o negación de la necesidad de establecer o mantener en ciertos delitos la figura de la terminación como concepto independiente de la consumación. Como se ha señalado, la descripción de las diferentes concepciones han tomado como punto de referencia el Derecho alemán, pues ha sido en este país donde se ha investigado con mayor profundidad la última fase del desarrollo temporal del delito. Sin embargo, los parámetros que toma por base la literatura y jurisprudencia germánica no pueden ser trasladados íntegramente a un estudio que queda circuscrito al ámbito del Derecho Penal español. De ahí que sea ahora el momento de responder a la cuestión inicialmente planteada, eso si, teniendo presente, junto a los argumentos examinados, el propio Derecho positivo y la tradición jurídica que integran los pilares básicos de la Ciencia del Derecho penal hispánica.

Tanto HRUSCHKA como BITZILEKIS han negado cualquier relevancia jurídica a la categoría de la terminación del delito. Para el primero, porque ésta es incompatible con el sistema conceptual del delito permanente, y, puestos a elegir, éste goza de mayor solidez que aquélla en la Dogmática penal. Para el segundo, las funciones que se le atribuyen al mentado concepto pueden ser abarcadas por la consumación en las diferentes estructuras típicas. Ambas objeciones deben ser rechazadas.

En efecto, frente a HRUSCHKA, el concepto de terminación no sólo no es incompatible con el de delito permanente y el sistema de definiciones que éste representa, sino que es necesario para complementar al mismo. El delito permanente, que suele ser definido como aquel delito en el que el autor crea un estado antijurídico que se extiende a lo largo de un determinado periodo temporal, y cuyo mantenimiento depende de la voluntad de ese autor (72), requiere de una referencia obligada a dos

(72) Es este el concepto de delito permanente que suele ser utilizado por la doctrina. Las únicas divergencias que aparecen hacen referencia al contenido que se le otorga a cada uno de los elementos de la definición, no sobre la definición en sí misma. No es este el lugar indicado para estudiar toda la problemática que envuelve al delito permanente, especialmente cuando se trata de analizar la naturaleza de ese estado antijurídico. De momento nos limitamos a señalar una breve representación de la doctrina más reciente que mantiene la formulación en los términos señalados en el texto. Así, ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 11.^a edic. puesta al día por CONTI, Luigi... cit.; pág. 230. CANTARERO BANDRES, Rocío. *Problemas penales y procesales del delito continuado*. Barcelona, 1991; pp. 50 y 51. FIANDACA, Giovanni-MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale*... p. 152. JAKOB, Gunter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2.^a edic, Berlin-New York, 1991; p. 170. LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*... cit.; p. 329. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*... cit.; p. 407. RAMPIONI, Roberto, *Contributo a la teoría del reato permanente*. Padova, 1988; pp. 20 y ss. Del mismo: *Reato permanente. Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXVIII (1987); pp. 859 y 860. SAMSON, Erick, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil*. (§§ 1-79 b). Tomo 1. 5.^a edic. Neuwied-Krieffet, 1991. Vor § 52, núms. 26 y 27; p. 9 y

momentos distintos: el momento en el que se satisfacen todos los elementos que definen la correspondiente figura legal de la Parte Especial, denominado consumación; y un segundo momento en el que cesan los efectos jurídicos penales, denominado terminación del delito (73).

La terminación, como la consumación, como la tentativa, no es un concepto que mantenga sustantividad en sí mismo, sino que, al igual que aquéllos, necesita de la referencia a un sustrato material, valorativo y temporal que se encuentra en el desarrollo del tipo. En este sentido, el delito permanente precisa, para delimitar su propia definición, no sólo del concepto de consumación, sino también de este otro denominado terminación. De ahí que ambos sistemas no sean, como dice HRUSCHKA, incompatibles; por el contrario, éstos son complementarios entre sí.

Otra objeción que se le puede señalar a la tesis negativa del autor citado derivaría del hecho de que, en su formulación, se considera que sólo el delito permanente representa una estructura típica en la que se puede hablar de una zona ulterior a la consumación con relevancia jurídica. Existen, sin embargo, otras muchas figuras en las que se presentan los dos momentos, consumación y terminación (74). Piénsese, por ejemplo, en los diferentes tipos de incendios, que se consuman cuando el sujeto prende fuego al objeto material del delito, mientras que terminan, quizás, cuando ese mismo objeto ha sido reducido a cenizas. De igual forma, en los delitos de consumación anticipada siempre existe un ámbito posterior a la perfección del hecho antijurídico con relevancia para el Derecho Penal cuya explicación excede a la que pueda ofrecer aquélla.

BITZILEKIS, se ha señalado, rechaza el concepto de terminación porque entiende que aquél no añade ninguna función que no pueda ser absorbida por el concepto de consumación, y por esa razón perdería toda posible utilidad en la teoría del *íter criminis*. Pero tampoco esta consideración puede ser aceptada. La consumación, entendida como el momento en el que el hecho concreto perpetrado por el autor corresponde con la entera descripción típica de la respectiva figura de la Parte Especial, es punto de referencia único de otras instituciones cuando el delito se agota en el mismo instante en el que se produce la perpetración del hecho penal (delitos instantáneos, por ejemplo, el delito de homicidio).

STREE, Wolfrang, en *SCHÖNKE-SCHRÖDER Strafgesetzbuch Kommentar*. 24.^a edic. München, 1991; p. 692, núm. 81. 1.

(73) El delito de detenciones ilegales (clásico e indiscutible ejemplo de delito permanente en los ordenamientos occidentales) se consuma con la detención o encierro del sujeto pasivo por un mínimo espacio de tiempo. Ahora bien, el tipo continúa realizándose todo el periodo cronológico en el que la persona se haya privada de libertad (mantenimiento del estado antijurídico). El delito de detenciones ilegales termina cuando cesan los efectos antijurídicos, es decir, en el momento en que la víctima es puesta en libertad. Son dos puntos que, si bien es cierto que en cada hecho de la vida real van a ser diferentes, quedan claramente determinados respecto de la descripción típica.

(74) Crítica puesta ya de manifiesto por HAU, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen...* cit.; p. 42.

Pero, en otra clase de tipos, aun cuando la consumación sigue representando el punto en el que se presentan todos los requisitos para que tenga lugar la total punibilidad en su medida abstracta, esto no implica que el contenido del injusto haya alcanzado su máxima gravedad. En estos supuestos, la realización del tipo se extiende temporalmente más allá de ese primer momento consumativo, desplegando en su desarrollo ulteriores efectos antijurídicos, como sucede, v. g., en el delito permanente. Nos encontramos entonces ante un espacio temporal en el que transcurre el delito ya perfecto cuyo término inicial denominamos consumación pero que no es suficiente por sí sólo para fijar la base de otras figuras jurídicas de la Parte General. La prescripción, por ejemplo, no comenzará a transcurrir cuando el delito esté inicialmente consumado, sino cuando finalice la realización del tipo, es decir, cuando se produzca la terminación del hecho penal. De ahí que sea necesario, en ciertas estructuras típicas, la referencia a un momento distinto de la consumación, y esté justificado, aunque venga revestido de gran relatividad, la figura de la conclusión del delito (75).

Se acepta, pues, el concepto de terminación dentro de la doctrina del *iter criminis*. El problema no surge por la afirmación de esta categoría, como se ha puesto de manifiesto, dado que representa funciones adicionales a partir de las cuales determinadas consecuencias jurídicas se apoyan en un buen punto de referencia. Por el contrario, el problema tiene su origen en la extensión y en las ulteriores consecuencias que se le otorgan a esa zona típica postconsumativa.

En esta línea, las tesis positivas radicales que afirman la existencia de un injusto material fuera del tipo y que extienden el mismo tratamiento dogmático de la tipicidad a las acciones ulteriores a la subsunción legal, pecan por exceso en su afán de innovación. En efecto, en la medida en que se entiende que acontecimientos sucesivos a la consumación pueden continuar la proyección de menoscabo al bien jurídico, es necesario en esta concepción fundamentar las consecuencias jurídicas que se le atribuyen a estos acontecimientos. Y se ha visto como HAU señala que la extensión de la punibilidad es afirmada en base a la costumbre.

(75) No necesariamente tiene que entenderse la consumación como un punto, puede ser concebida, como hace BITZILEKIS, como un periodo en cierta clase de tipos. Sin embargo, aun cuando sea entendida de esta última forma, la terminación sigue teniendo relevancia, designando el momento en el que concluye la consumación. Así lo han entendido en España COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN (*Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 558). También opta por este concepto de consumación RODRÍGUEZ MOURULLO (en CÓRDOBA RODA, Juan-RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo-CASABO RUIZ, José Ramón, *Comentarios al Código penal*. Tomo I, cit.; p. 79).

Aquí se utiliza preferentemente la expresión de consumación para designar un punto temporal del *iter criminis*, mientras que lo que estos autores entienden como periodo consumativo o consumación prolongada en el tiempo, es contemplado como ulterior realización del tipo. La diferenciación es simplemente terminológica en estructuras como el delito permanente u otras similares, pero tiene su razón de ser en los delitos de consumación anticipada, como se pondrá de manifiesto en la tercera parte de este trabajo.

No hay que realizar un gran esfuerzo argumentativo para llegar a la conclusión de que esta tesis es insostenible en el moderno Derecho Penal. La aceptación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* es tan evidente y universal que no existe hoy por hoy autor que niegue su vigencia. En este sentido, ninguna costumbre puede, en materia de Derecho Penal, establecer la fundamentación de la punibilidad a hechos que caen fuera de la subsunción legal (76).

Han existido intentos de suavizar la inaceptable tesis de HAU, afirmándose que la conducta ulterior a la consumación ha de ser abarcada por el tipo, pero sin que esto signifique que la adecuación a la descripción legal tenga que ser expresada formalmente por el tenor literal de dicho tipo, siendo suficiente el que esta subsunción se derive del sentido de la prohibición inherente a la norma punitiva (77). En definitiva, bajo el prisma de esta formulación, se trataría de un problema de interpretación, en el que se tendría que dilucidar si el acontecimiento postconsumativo se haya abarcado por la descripción legal de la figura delictiva o no.

Tampoco se puede aceptar semejante concepción, ni su ofrecido criterio en relación con la determinación de la fase de conclusión del delito. La alusión al «sentido de la prohibición inherente a la norma penal» para establecer si el hecho en cuestión se ha de incluir en el tipo, es demasiado vaga e inexacta para garantizar el cumplimiento de las exigencias del principio de legalidad, y más aún cuando se trata de supuestos en los que se extiende la punibilidad (78). Esa falta de definición de la fórmula señalada conduce también a inseguridades que tienen su reflejo en la difusa distinción entre interpretación y analogía prohibida. No son, en muchas ocasiones, circunstancias del tipo legal las que se interpretan, sino que con ese «sentido de la prohibición inherente a la norma», se sustituyen dichas circunstancias típicas por otras que realmente se hayan fuera de la subsunción legal.

De hecho, las consecuencias a las que se llegan apenas difieren de la formulación de HAU, y como reiteradamente se ha puesto de manifiesto, ciertas acciones ulteriores a la consumación del hurto (auxilio al ocultamiento del botín) son consideradas como participación o coautoría (y no de encubrimiento). Y sin embargo, queda claro que esas acciones no son abarcadas por el tipo del hurto, a pesar de que se quieran incluir en el sentido de la prohibición inherente al mismo.

(76) Esta tesis de HAU ha sido abiertamente rechazada o ignorada en la totalidad de la doctrina alemana. El propio JESCHEK, director de la disertación en la que el mencionado autor expone su teoría sobre la terminación, se muestra disconforme con esta concepción en su citado trabajo que es publicado en el mismo año: JESCHECK, Hans Heinrich, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat...* cit.; p. 685.

(77) *Vid supra*, en nota 47, la opinión de JESCHECK.

(78) En este sentido se dirige la extensa crítica de BITZILEKIS, *Über der strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat...* cit.; p. 735.

En consecuencia, es necesario afirmar la existencia de una zona sucesiva a la consumación en la que se pueden desarrollar acciones de las que resultan ciertos efectos jurídicos penales. Pero esa zona postconsumativa que concluye en la terminación del delito debe ser abarcada por la circunscripción del tipo. Claro está, que habrá que acudir a la interpretación y sus reglas para la delimitación del marco definitorio de la figura legal (79).

Esta afirmación no es gratuita. No existe una lesión *material* del bien jurídico que se produzca fuera de los presupuestos definidores del marco abarcado por la norma penal. Mantener la tesis que defiende una protección supralegal del bien jurídico no sólo atenta a los principios de seguridad jurídica y legalidad, sino que implica una contradicción lógica y valorativa (80). Supondría, en definitiva, olvidar que el Derecho Penal no puede castigar todo menoscabo causal del bien jurídico, sino tan sólo aquéllos que se producen en la forma descrita por el tipo (81).

En conclusión, y en consonancia con las aquí denominadas teorías positivas limitadas, se afirma que en el desarrollo temporal de cierta clase de delitos existe una fase posterior a la consumación que también integra el presupuesto de la punibilidad en la medida en que continúa la progresión peligrosa o lesiva del bien jurídico y es abarcada por el tipo. De igual forma, junto al momento de la consumación, caracterizado por representar el punto temporal en el que se reúnen todos los elementos

(79) En ocasiones la propia interpretación literal será suficiente para determinar la subsunción legal. Pero es posible que dicha interpretación legal no sea por si sola bastante y haya que recurrir a la teleológica. Así, por ejemplo, el art. 480 del Cp castiga al «particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad». Si tuviese que ser aceptada tan sólo una estricta interpretación literal, la acción de mantenimiento del encierro de la persona no viene expresada en la letra del citado precepto. Sin embargo, una exégesis teleológica y sistemática de la norma penal conduce a la conclusión de que la conducta de vigilancia y obstaculización para evitar que la víctima vuelva a la libertad se haya dentro de la circunscripción del tipo. Esta necesidad de recurrir a la interpretación teleológica ha sido expresada por WINKLER, *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechen...* cit.; p. 36.

(80) En efecto, si la definición del bien jurídico sólo puede ser considerada en atención a la valoración que emana de la norma, para que el menoscabo producido en el mismo por la acción u omisión del sujeto determine ciertas consecuencias jurídicas, la forma en que se produce el ataque tiene que ser contemplada por esa norma. Desde el punto de vista lógico es contradictorio, pues, mantener que la conducta que se haya fuera del ámbito del precepto penal, es al mismo tiempo susceptible de lesionar el bien jurídico de forma distinta a la establecida en la ley punitiva y paralelamente atribuir a esa acción externotípica las mismas consecuencias jurídico-penales que se derivan de otras acciones que sí son subsumidas por esa ley penal. Sólo una argumentación analógica en contra de reo podría fundamentar esta forma de aplicación del Derecho.

(81) VÖGLER, Theo, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*. Vor § 22... cit.; pp. 13-34. A este respecto se ha señalado: «... Pero el menoscabo del bien jurídico comprendido por el tipo no se identifica con el menoscabo del bien jurídico comprendido por la norma: sólo en tanto que las circunstancias del menoscabo antinormativo del bien jurídico sean exigidas en la ley penal como presupuestos de la punibilidad, son al mismo tiempo circunstancias de la punibilidad y con ello, del tipo.» MAURACH, Reinhart-GÖSEL, Karl Heinz -ZIPF, Heinz, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 11. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtesfolgen...* cit.; p. 10, núm. 40.

constitutivos del tipo, se configura el momento de la terminación, que a su vez representa el punto límite a partir del cual desaparece la relevancia jurídico penal de las acciones u omisiones del sujeto activo. El concepto y los criterios de delimitación de esta categoría serán estudiados en el siguiente apartado.

III. LA TERMINACIÓN DEL DELITO: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y ESTRUCTURA

En los anteriores apartados se ha expuesto la situación actual de la teoría de la terminación en la doctrina de otros ordenamientos jurídicos (sobre todo, en Alemania, por las razones ya apuntadas), especialmente en aquello que hace referencia a la cuestión de su autonomía y propia sustantividad. Aquí se ha llegado a la conclusión preliminar de que se ha de reconocer en ciertas estructuras delictivas una fase posterior a la consumación del hecho punible la cual se extiende hasta un punto temporal denominado terminación, en donde ciertos hechos o comportamientos adquieran relevancia jurídico penal. Se ha afirmado, en definitiva, la categoría de la terminación del delito como uno más de los institutos que integran el sistema conceptual de la teoría del *iter criminis*.

El siguiente paso se dirige, en primer lugar, a la determinación del criterio en razón del cual se establece el límite de la relevancia jurídica en el ámbito penal de las actividades ulteriores a la perfección del delito, cuestión que influye implícitamente en la delimitación conceptual del término estudiado. En segundo lugar, tras esa primera delimitación conceptual, se tiene que estudiar la relación consumación/terminación en las diferentes estructuras típicas que admiten dicha distinción (delitos de consumación anticipada, delitos con estructura iterativa, delitos de intención, en su caso, etc.). Se analizan, pues, seguida y separadamente, cada uno de los dos aspectos señalados.

A) Delimitación conceptual

La doctrina penal ha intentado buscar criterios generales para establecer la delimitación de la fase que media entre la consumación y la terminación del delito. La determinación de dichos criterios es importante, porque en la medida en que se acepte el ulterior desarrollo temporal de las acciones penales con posterioridad a la consumación, el presupuesto de la punibilidad se extenderá, con todas sus consecuencias, hasta la terminación del delito. Por el contrario, los acontecimientos que se producen más allá de la terminación, carecerán de relevancia jurídico-penal, salvo que la Ley señale lo contrario (como ocurre en los supuestos de encubrimiento).

Como no puede ser de otra forma, las directrices que se utilizan para definir la extensión definitiva de la actividad antijurídica postconsumativa se encuentran en estrecha conexión con la posición adoptada en orden al entendimiento de los mecanismos jurídicos de protección del bien jurídico y los límites de la potestad sancionadora del Estado a través de la ley penal (82). Esta consideración no debe perderse de vista por su importancia en la delimitación del concepto de terminación en relación con la problemática que se plantea en orden a la sistemática adoptada en la dogmática del Derecho Penal.

Con todo, es necesario agrupar los diferentes criterios de delimitación ofrecidos por la doctrina para llegar a una mejor comprensión de la problemática señalada.

1) *Criterios subjetivos*

En un primer momento, tanto doctrina como jurisprudencia entendieron que el punto de referencia que marcaba el final «real» del delito se situaba en el momento en el que se producía la realización del fin perseguido por el autor con la perpetración del mismo. En esta línea se desarrolló en la doctrina clásica italiana el concepto de *agotamiento* del delito, prácticamente abandonado hoy en aquel país pero todavía con reminiscencias en nuestra literatura jurídica (83). En este sentido, se dice, si alguien mata a su padre para obtener una herencia, el delito se consu-

(82) En no pocas ocasiones, en el fondo de la teoría de la terminación, se haya encubierta una forma de concebir la función del Derecho Penal en relación a la protección del bien jurídico y en relación también a la propia prelación de las fuentes de ese Derecho Penal. Quienes parten de una concepción exacerbada de la defensa de los intereses jurídicos de los ciudadanos y de la sociedad, van a aceptar un menoscabo material del objeto de tutela de la norma más allá de la realización del tipo de injusto, el cual abarcaría tan sólo una parte de la realidad que supone el total acontecimiento delictivo. La protección otorgada por el Derecho Penal debe, por tanto, extenderse más allá de la estricta barrera formal que representa la subsunción en la figura delictiva descrita por el tenor literal de la Ley, y, en consecuencia, dicha protección alcanzará el estadio «posttípico» hasta el momento en el que se pueda producir la lesión «material» del concreto interés jurídico. En consonancia con esta afirmación, la Ley penal, claro está, no puede representar la única fuente de la que emanan las diferentes consecuencias jurídicas ligadas a esa zona «externotípica» (dado que la subsunción legal no puede llegar a determinados acontecimientos postconsumativos); y de ahí que se recurra a la costumbre (HAU) o a otras fórmulas que por vía indirecta, y con otros rodeos lingüísticos, llegan a la misma o parecida conclusión.

Por el contrario, para quienes contemplan la función de protección de bienes jurídicos del Derecho Penal de forma limitada, no hay otro menoscabo del objeto de tutela que el señalado por el tipo legal. La punibilidad puede extenderse más allá de la consumación en ciertas estructuras típicas, pero nunca sobrepasará, en su calidad de consecuencia jurídica, los límites que le marque el injusto típico. Esto es así porque la única fuente del Derecho Penal es la Ley.

(83) Al respecto, *vid. supra* II, B), especialmente notas 19 y 21 (para la doctrina italiana) y 30 (para la doctrina española), así como el correspondiente texto de referencia.

ma con la muerte del ascendiente mientras que se agota cuando el parrocidia logra la propiedad de los bienes heredados, es decir, cuando se ha conseguido la meta pretendida por el autor con la comisión del delito. No obstante, los pocos autores que todavía mantienen en su vocabulario el término agotamiento bajo esta acepción subjetiva, dejan toda su relevancia jurídica para el ámbito de la responsabilidad civil, salvo algún supuesto puntual señalado en el Código penal (84). Es decir, la teoría del agotamiento del delito o bien es abandonada, o bien se le niega funcionalidad alguna dentro de la dogmática del *iter criminis* por la amplitud ilimitada que supone el criterio delimitador que propone, totalmente desconectado de las categorías representadas en la teoría jurídica del delito.

Las primeras aportaciones en el ámbito de la teoría de la terminación en Alemania, también establecieron como criterio relevante de determinación de la esfera posterior a la consumación, la realización de la intención del sujeto agente. En este sentido, se ha destacado ya, WELZEL distinguía la consumación formal del delito, que según el autor se determinaba por el tipo delictivo, («el delito se consuma con la completa satisfacción del tipo»); de la consumación material, que se produciría con el logro de la pretensión criminal del autor (85). Pero, a diferencia del mencionado concepto de agotamiento que se postulaba en Italia, a las funciones atribuidas a esta consumación material del hecho penal se les quiere dotar de relevancia jurídico-penal (86). Este esfuerzo por mantener la terminación del delito dentro del ámbito punitivo ya había sido plasmado por BELING a principios de siglo, pues aun cuando el autor determinó la relevancia de ciertas acciones posteriores a la consumación (*Nachhandlungen*), éste limitó considerablemente, si bien se aceptó inicialmente, la dependencia de aquéllas respecto del ánimo del autor (87).

(84) Así, SÁINZ CANTERO (*Lecciones de Derecho Penal...* cit.; p. 800), al igual que MUÑOZ CONDE, entiende que, además de la repercusión que tiene el agotamiento en la determinación de la responsabilidad civil emanada del delito, el legislador estructura la consumación de ciertas figuras delictivas en relación a la intención del sujeto agente, como en el delito de amenazas del art. 493, 1.^º (donde la pena depende de si se ha conseguido o no el propósito del culpable) o los delitos de robo y hurto (los cuales se estructuran en torno al elemento subjetivo «ánimo de lucro»).

(85) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht...* cit.; p. 188.

(86) Así, tanto WELZEL (*ibidem*, pp. 188 y 189) como SCHÖNKE-SCHRÖDER (*Strafgesetzbuch Kommentar...* cit.; núm. 4, p. 332) aplican este nuevo concepto en el ámbito de los delitos patrimoniales, especialmente en el delito de estafa, que concluiría con el logro de la ventaja patrimonial pretendido por el autor. En semejantes términos se expresa LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen...* cit.; p. 147.

(87) Señalaba el profesor alemán que no toda intención del autor era decisiva para la delimitación de la esfera de realización ulterior del tipo, sino que tan sólo tenían significación aquellos momentos subjetivos que la Ley había considerado especialmente en la descripción de la figura delictiva (BELING, *Die Lehre vom Verbrechen...* cit.; p. 248).

Esta concepción subjetiva del momento de la terminación obedece, en el caso de WELZEL, a un planteamiento lógico que es consecuencia de la teoría final de la acción y del concepto personal del injusto, de cuya representación el profesor de Bonn es máximo exponente (88). En efecto, para WELZEL, como para la mayoría de los autores, la función del Derecho Penal también consiste en la protección de bienes jurídicos, pero esta protección se alcanza en la medida en que el Derecho Penal prohíbe acciones dirigidas finalmente a la lesión del valor jurídico (89). De ahí que no se castigue con base en el desvalor del resultado, que encuentra su expresión en la lesión del bien jurídico, sino con base en el desvalor del acto de la acción, que representa el declive de la conciencia jurídica respecto de los valores fundamentales. Consecuentemente, el injusto se concibe de forma subjetiva: «la antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. *Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto "personal"*» (90). Por esta razón, se afirma que todo delito doloso sea, en última instancia, realización de la voluntad (91).

Bajo estos presupuestos, la coherencia lleva al autor a mantener que, con la realización de la voluntad más allá de la consumación, se posterga la perpetración del delito, y con la satisfacción de aquélla se llegue, en definitiva, a la conclusión material del hecho doloso. Esta sería la explicación que justificaría, desde la teoría final de la acción, por qué se recurre a la voluntad como criterio decisivo para la delimitación de la terminación del hecho. En su momento oportuno, esto es, en la toma de posición, se realizarán las precisiones oportunas.

2) *Criterios objetivos*

Las teorías subjetivas han tenido escasa acogida en la doctrina de la terminación, si bien es cierto que alguna consecuencia derivada de sus postulados fundamentales, especialmente en el ámbito de los delitos contra la propiedad, ha sido tenida en cuenta por un amplio e importante sector de juristas alemanes. La realización de la intención del agente ha sido rechazado como criterio de determinación del punto temporal de la terminación del delito por representar una fórmula vaga e imprecisa, y que, en definitiva, obliga al intérprete a acudir al sustrato sobre el que se refleja la voluntad del agente. Por esta razón, la mayoría de la doctrina a recurrido a otros elementos distintos de la mera subjetividad del agente

(88) HAU, Helmut, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen...* cit.; p. 31.

(89) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht...* cit.; pp. 2 y ss, p. 5.

(90) WELZEL, cit.; p. 62 (*täterbezogenes, personales Unrecht*).

(91) WELZEL, cit.; p. 187.

para establecer un concepto de terminación independiente de la consumación. Dichos criterios de delimitación han sido agrupados bajo la rúbrica de «objetivos», por residir su fundamento en elementos ajenos a la conciencia del autor.

Sin embargo, dentro de esta concepción objetiva, la determinación del momento de la conclusión de la infracción punible se ha estructurando en torno a razonamientos de índole material, formal o teleológico. De ahí que se tengan que distinguir a su vez tres nuevos criterios: criterios objetivo-materiales, criterios objetivo-formales y criterios objetivo-teleológicos.

a) CRITERIOS OBJETIVO-MATERIALES

Hubo una época en la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, seguida por alguno de los Tribunales Superiores de los Estados federados, e incluso algún autor, intentó delimitar el concepto de terminación a través de un criterio naturalístico y puramente material (92). La teoría se fundamenta con base en las consideraciones que se examinan seguidamente (93).

Se ha afirmado que todo proceso en la realidad empírica se desarrolla, por regla general, con independencia de la propia existencia del Derecho. Ahora bien, el acontecimiento natural puede ser objeto de consideración por parte del Derecho. Sin embargo, el Derecho no tiene en cuenta todos los momentos del acontecer real, sino que lleva a cabo una selección de los mismos. Así, en el Derecho Penal se extraen las circunstancias del acontecer empírico en la medida en que éstas puedan coincidir con las circunstancias del tipo de un delito. De esta forma, se restringe el campo de actuación del aplicador de la ley, y se crea una imagen que es apropiada para la subsunción bajo los presupuestos del delito en cuestión. El acontecimiento material es unitario en sí mismo, sin fisura alguna; es el intérprete el que lleva a cabo la tarea de distinción en virtud de la cual se escinde mentalmente el hecho, produciéndose así una separación entre lo que es esencial para el Derecho Penal y lo que es irrelevante para aquél.

Trasladado a la problemática de la terminación, la consideración jurídico penal de la realidad empírica representa tan sólo una parte de ese proceso, el cual es interrumpido en el punto en el que las circunstancias

(92) Un ejemplo queda reflejado en la decisión del BGH recojida en GA (1969); pp. 348 y ss. Entre alguna sentencia de los *Länder* la resolución de la OLG de Hamburgo publicada en JZ (1961); pp. 95 y ss.

(93) Una clara exposición de la perspectiva naturalística de la terminación del delito, que es seguida aquí parcialmente, puede encontrarse en WINKLER, *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechen...* cit.; pp. 15 y ss. También KÜHL, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts...*, pp. 22 y ss.

esenciales de la Ley son cumplidas. A la Ley le es suficiente con el hecho de que todas sus circunstancias esenciales encuentren una correspondencia en el sector de la realidad empírica que subsume, y no se plantearía problema alguno si los tipos penales del texto punitivo siguen siempre la perspectiva natural del tipo individual de delito. De hecho, cuando los tipos penales no siguen esa consideración material, se afirma, es porque el Legislador ha anticipado, por razones de política criminal, la total punibilidad, produciéndose así una discordancia entre la consumación formal y consumación material del delito; anticipación, en definitiva, respecto de ese punto final de contenido natural. Pero esto no sucede siempre de la misma forma. Por el contrario, existen delitos, en los que el Legislador no ha reproducido la total representación de la infracción en la descripción del tipo, sino que se ha contentado con la descripción de uno de los grados previos del total acontecer delictivo. Se pregunta entonces porqué no debería ser apropiada la concepción natural para corregir este desfase.

Así se explicaría si se considera que el suceso continúa en la realidad empírica sin que se tenga en cuenta la cesura jurídica. En este sentido, la ley no podría ser aquí de mayor utilidad; ésta ya habría hecho su parcial juicio de valor. Si se quisiese significar, a pesar de ello, algo sobre el suceso ulterior desde el punto de vista jurídico penal, habría que recurrir entonces al pensamiento que más o menos señala que hay que encomendarse a la consideración natural. Esto rige precisamente cuando «aquella (la valoración legal) depende del extenso ámbito circunscrito a la perspectiva natural de la vida hasta la terminación material del hecho (94)».

Ya el atributo «material» denota hacia donde se dirige esta concepción. Se pone el acento en el momento final del desarrollo del acontecer fáctico, sin consideración a la escisión ideal que se produce mediante el Derecho. De ahí que la consideración natural sea concebida como un instrumento idóneo. En palabras de BINDING: si se quiere determinar «la conclusión material de la acción delictiva, se tiene que servir entonces de la consideración realística (95)».

Se ha querido determinar más exactamente la clase de instrumento que supone esta perspectiva natural y se habla de una consideración realística para mostrar lo opuesto a la consideración jurídica (96). Sin em-

(94) En este sentido el propio BGH, resolución publicada en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW); p. 1810. Alguna sentencia más se puede encontrar en el trabajo de KÜHL, *cit.*; p. 24.

(95) BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrechts*. Leipzig, 1885; p. 582.

(96) Se ha dicho, en oposición a la consideración jurídica, «que en ciertos casos no es posible una ulterior satisfacción del tipo, a pesar de que todavía no ha cesado el fenómeno». FURTNER, Georg, *Rechtliche Vollendung und tatsächliche Beendigung bei einer Straftat*. JR (1966); p. 170. El mismo autor, en otro trabajo, mantiene la misma posición: «... porque no es posible una ulterior satisfacción del tipo, aun cuando desde la consideración natural y la forma de exteriorización el hecho todavía no haya conclui-

bargo, la concepción material de la terminación ha encontrado serias dificultades para mostrar una explicación que traduzca fielmente el oscuro significado de la denominada «perspectiva natural». KÖNIG (97) se ha esforzado por establecer la diferenciación entre consumación y terminación en la contraposición entre tipo legal y el «concreto acontecimiento de la vida», sin que tampoco se haya determinado más específicamente el contenido de ese «concreto acontecimiento de la vida». En su momento se harán el resto de consideraciones críticas que han llevado al casi total abandono por parte de doctrina y jurisprudencia de esta tesis en los términos que se han señalado anteriormente.

b) CRITERIOS OBJETIVO-FORMALES

Un sector de la doctrina ha intentado delimitar el espacio de la terminación (esto es, la zona que media entre la consumación y la conclusión final del delito) con base en la relación existente entre el hecho penal y la lesión del bien jurídico considerado. En ocasiones, la consumación del delito no representa todavía la total desvalorización de la conducta prohibida por la norma incriminadora, quedando así cubiertos tan sólo parcialmente los presupuestos de aquélla. Con posterioridad a la consumación, pues, existe un espacio en ciertas estructuras típicas en el cual puede continuar todavía la lesión al bien jurídico.

La relación entre el ulterior menoscabo del bien jurídico y la terminación del delito la ha expuesto claramente KÜHL (98). Según señala el mentado autor, esta consideración de la terminación del delito es especialmente seria porque «parte de la esencia del Derecho Penal y en especial, del sentido de los tipos penales». La argumentación se dirige, en este sentido, a determinar la función primordial del Derecho Penal, que según opinión prácticamente unánime consiste, en primer lugar, en la protección de bienes jurídicos que son de esencial interés para los particulares o para la comunidad. El delito, en especial el injusto, se concep-túa en atención a su esencia como lesión de tales bienes jurídicos. Y en la medida en que se concibe el injusto material en la lesión del bien jurídico, se puede deducir que el final de la lesión determina de manera decisiva la consumación material equivalente a la terminación y su momento en el desarrollo temporal del delito (99).

do» (*Verhältnis von Beihilfe und Begünstigung. Monatschrift für deutsches Recht* —MDR— (1965); p. 431).

(97) KÖNIG, Herbet, *Die Unterscheidung von juristischer Vollendung und faktischer Beendigung und ihre Bedeutung für Teilnahme und Begünstigung*. Diss. Köln, 1938; p. 6.

(98) KÜHL, *Die Beendigung...* cit.; pp. 29 y ss.

(99) En este sentido se expresa también WINKLER, *Vollendung und Beendigung...* cit.; p. 27.

Hasta este punto, la concepción puede considerarse formal en la medida en que fundamenta su argumentación con base en criterios que derivan directamente de la norma penal y de su valoración bajo el prisma de la Ciencia del Derecho Penal. Sin embargo, la posición que tiene presente la ulterior lesión del bien jurídico desemboca, según el entendimiento de algunos autores, en un tratamiento material de la problemática de la terminación.

En efecto, algún autor ha mantenido que hasta el momento de la terminación existe injusto material aun cuando el tipo objetivo ya no comprenda el acontecimiento lesivo (100), aunque también es cierto que esta concepción externotípica no ha tenido muchos partidarios.

En alguna ocasión (101) se ha entendido que la tesis que sitúa el momento de la terminación en la conclusión de la lesión del bien jurídico, es el resultado de una determinada sistemática del Derecho Penal, que pone el acento en el desvalor del resultado, frente a otras sistemáticas que considerarían como relevante el desvalor de la acción. No obstante, como se ha ido manifestando a lo largo del presente trabajo, en realidad la determinación del criterio de definición del momento de la terminación, ha sido consecuencia más bien de posiciones de política criminal, aunque los fundamentos dogmáticos nunca pueden ser despreciados (102).

Pese a que algún autor (103) ha mantenido todavía que el único criterio para la delimitación del punto final del delito es el que hace referencia a la total lesión del bien jurídico, cierto es que la mayoría de la doctrina, aun reconociendo la enorme utilidad que aporta mentada regla, combinan esta directriz formal con otras fórmulas, normalmente de índole subjetiva. Toda la problemática se traslada, en definitiva, al estudio de los criterios mixtos y la propia toma de posición.

(100) Esta ha sido la posición de SCHÖNKE-SCHRÖDER en las primeras ediciones de su *Kommentar* donde tratan el problema de la terminación. «Las acciones del autor, que contribuyen a la producción de la terminación, son todavía perpetración del delito, aun cuando aquéllas ya no satisfagan ningún elemento del tipo». SCHÖNKE, Adolf. SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*. 15.^a Edic. Munchen, 1970; 2, vor § 43. También entiende que la fase de la terminación puede quedar fuera del tipo legal, LACKNER: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen...* cit.; p. 146.

(101) En este sentido, HAU: *Die Beendigung...* p. 32.

(102) En consonancia con HAU, ha declarado WINKLER: «Esta separación entre consumación y conclusión de la lesión del bien jurídico marca una ulterior finalización del delito tras la consumación. Cuando el desvalor del resultado de un hecho (referido al bien jurídico) se realiza completamente después de la consumación, el injusto material sobrevive al momento de esa consumación, dando ello lugar a que se aplique este factor como criterio de la terminación. La ulterior (esto es, más allá de la consumación) lesión del bien jurídico puede señalar el «espacio de la terminación» (esto es, el tiempo entre consumación y terminación), puede fijar la propia terminación en el final de la lesión del bien jurídico. WINKLER... cit.; p. 20.

(103) En palabras de MAYER: «....Por ello tenemos que diferenciar entre consumación y terminación. Se ha producido esta última cuando el bien jurídico protegido se lesionó realmente, y esta lesión ha llegado a su conclusión». MAYER, Helmut: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Stuttgart, 1967. P. 141.

c) CRITERIOS OBJETIVO-TELEOLÓGICOS

La original posición de HAU adoptada en toda la teoría de la terminación que él mismo formula, se refleja también en el momento de establecer el criterio de determinación de la fase de la terminación.

El punto de partida del autor, se sitúa en el reconocimiento, dentro de los delitos en los que la estructura del tipo permite marcar una discordancia entre consumación y terminación, de que el Legislador, no en todos los casos, ha establecido la pena correspondiente a la consumación en base a que se haya producido el total contenido material de desvalor, sino que se prohíbe la conducta en atención a la fijación de un fin políti-cocriminal en el tipo de injusto, que no representa todavía el punto más grave de la lesión del bien jurídico. De esta confrontación entre la caracterización jurídica del delito y la consideración extrapenal se sigue, que el hecho penal se termina «cuando se realiza el total contenido material de desvalor, que responde al motivo fundamental de la normativización de la ley penal (104)».

Esta afirmación presupone que la forma de consideración extrapenal del delito es precisamente el punto de enlace para la circunscripción del injusto en el tipo. De ahí que se diga que el Legislador quiere prohibir el total de la conducta, y que la anticipación de la punibilidad no debe significar que el acontecimiento posterior, que todavía pertenece a la realización del injusto, quede por ello impune. El ámbito parcial legalmente normativizado del hecho penal no requeriría necesariamente, por tanto, que la punibilidad deba limitarse exclusivamente a esta parte, sino que tiene su razón de ser en el hecho de que tan sólo se marca el punto en el que el Legislador atribuye, por diversas razones, la pena a la consumación del delito, sin que se pronuncie sobre la punibilidad con posterioridad a esa consumación (105).

La posición de HAU en este punto, si bien es cierto que explica con coherencia la relación entre punibilidad y desarrollo temporal de la acción penal, como su tesis en orden a la afirmación de la teoría de la terminación, es minoritaria y con escaso eco en el resto de la doctrina (106). Por la misma razón que hoy en día es rechazada en materia de interpretación la tesis que apunta como criterio rector a la voluntad hipotética del Legislador; tiene que ser negada la fórmula de determinación de la consumación material del delito en base a esa *ultima ratio* que conforma la normativización jurídica penal. Y tiene que ser rechazado semejante criterio puesto que no es el fin o motivo del Legislador lo que determina la terminación del hecho penal, sino, como se señala más adelante, el

(104) HAU: ... cit.; p. 36, siguiendo a SCHMIDHAUSER.

(105) HAU: ... *ibidem*.

(106) Una idea muy semejante en orden a la justificación de la teoría de la terminación puede encontrarse en WESSELS, Johannes: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufgabe*. 21.^a Edic. Heidelberg, 1991. P. 77.

propio tipo de injusto. De nuevo la forma de argumentación utilizada por el autor acude a cauces que están más cerca de la aplicación analógica del Derecho Penal que del respeto al principio *nullum crimen sine lege*. Como han señalado MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, «no es el trasfondo de la norma lo que decide sobre el menoscabo jurídico penal del bien jurídico, sino tan sólo la Ley penal (107)».

3) *Criterios mixtos*

Las reglas expresadas en los subapartados anteriores resultan, según cierta opinión, insuficientes por si solas para ofrecer una fórmula apta en la delimitación del espacio de la terminación. De ahí que se haya recurrido a más de un criterio en esa determinación de la fase postconsumativa.

En este sentido, definía ya STRATENWERTH la terminación en base al resultado que se sitúa en la dirección de protección del respectivo tipo en tanto que éste se ha llevado a cabo en correspondencia con la realización del plan del autor (108). El autor recurría, de un lado, a una directriz objetiva y formal (el resultado como realización del tipo) y, de otro lado, a una directriz subjetiva y extrajurídica (como es la realización del plan del autor). Se persigue con esta concepción, sin duda, mantener un criterio material que ofrezca una nota de distinción con el carácter formal que define a la terminación, pero sin abandonar totalmente semejante categoría del tipo, en atención a las garantías que dicho concepto representa.

Con posterioridad, otros autores han recurrido a una doble fundamentación para determinar el concepto de terminación del delito. Así WINKLER señala que la voluntad o dolo que se dirige al resultado situado más allá de la consumación, sea típico o no, solo es relevante en la medida en que aquél se refiere al bien jurídico ya atacado por la consumación y, en este sentido, la voluntad de lesión sucesiva a la consumación correspondería en su caracterización subjetiva con la ulterior lesión del bien jurídico que representaría el lado objetivo (109). En definitiva, el autor traslada los mismos criterios que fundamentan la punibilidad de la tentativa, al ámbito de la terminación: elemento subjetivo correspondiente a la ideación criminal y peligro al objeto de tutela se trasforman en realización del plan del autor y final de la lesión del bien jurídico (110).

(107) MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; p. 11, núm. 40.

(108) STRATENWERTH, Gunter: *Urteilsanmerkung zu OLG Hamm. JZ (1961)...* pp. 95 y 97.

(109) WINKLER: ... cit.; pp. 23 y 25.

(110) «Cuando la lesión del bien jurídico o el objeto de protección que corresponde con la voluntad sucesiva de lesión, va más allá de la consumación, comienza el estadio de la terminación del delito. Por regla general, la terminación del delito se produce

En términos semejantes se define KÜHL. Para este autor, el criterio objetivo que atiende al definitivo menoscabo del interés jurídico protegido por la norma penal, es un buen punto de partida para delimitar el concepto de terminación; pero no suficiente (111). De ahí que sea necesario, si se quiere determinar el último grado del desarrollo temporal del delito, un complemento subjetivo. «El sucesivo menoscabo del bien jurídico sólo puede adquirir relevancia jurídicol penal, pues, cuando dicho menoscabo es abarcado por una voluntad lesiva en consonancia con éste».

4) *Toma de posición*

Tras esta exposición, es necesario realizar una análisis personal de cada una de las teorías presentadas y fundamentar la propia toma de posición.

La tesis subjetiva de determinación de la fase de la terminación, en su versión inicial expresada como «agotamiento», no tiene ninguna repercusión en el ámbito del Derecho Penal, aun cuando en algunos casos pueda tener importancia en la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito.

La tesis subjetiva en su sentido estricto, propugnada por WELZEL, si bien es cierto que intenta limitar su extensión al ámbito del Derecho Penal, sigue siendo insuficiente para ofrecer un criterio válido de delimitación de la teoría de la terminación. Pues, de una lado, la mera referencia a la realización del plan del autor, es demasiado vaga e imprecisa para que pueda quedar en el ámbito jurídicol penal. Y, de otro lado, la fórmula se muestra incompleta en la medida en que la voluntad del agente necesita en su realización de una referencia a elementos objetivos, que muestran una mayor solidez frente a la mera subjetividad.

Dentro de los criterios objetivos, la perspectiva naturalística del acontecimiento, tampoco consigue ofrecer una respuesta adecuada a la cuestión que surge cuando el intérprete pretende buscar el momento en que cesa la actividad delictiva. Y no ofrece respuesta convincente porque, en primer lugar, se reconoce por sus propios partidarios que la consideración material del fenómeno delictivo queda fuera de la circunscripción típica, y con ello, del ámbito jurídico, presupuesto que no se puede aceptar por razones que ya fueron señaladas con anterioridad (113). Pero, en segundo

con la conclusión de la total lesión del bien jurídico, tal como ésta ha sido asumida por el autor con su voluntad». WINKLER: ... cit.; p. 28.

(111) En su opinión, la tesis objetiva que atiende a la definitiva lesión del bien jurídico, fracasa cuando se aplica a los delitos de intención. KÜHL: *Die Beendigung des vorätzlichen...* cit.; p. 31.

(112) KÜHL: *Die Beendigung...* cit.; p. 30.

(113) Cuando aquí se ha afirmado la categoría de la terminación del delito, se han aceptado las tesis positivas limitadas, señalando en consecuencia que no se puede hablar de fase postconsumativa si ésta no viene abarcada por el tipo de injusto. Y desde otra

lugar, tampoco los autores que intentan describir la fase postconsumativa en base a criterios materiales y naturalísticos, determinan con más exactitud en qué consiste esa base realística del hecho penal. Tan sólo se rechaza la consideración jurídica de la terminación, pero no se ofrece una regla que pueda solucionar los problemas que se originan tras el primer momento consumativo del delito.

El criterio que ha gozado de mayor aceptación en la doctrina científica ha sido el que ofrece una fórmula mixta en virtud de la cual el momento de la terminación se determina en base a la definitiva lesión del bien jurídico en la medida en que dicha lesión se corresponde con la realización del ánimo del autor. El ejemplo más claro que se suele señalar lo proporciona el delito de detenciones ilegales, que se consumaría cuando se priva la libertad a una persona por medio de la detención y el encierro, mientras que el delito cesa cuando el autor deja a la víctima en libertad. En este sentido, el punto temporal de la terminación coincide con el momento en el que culmina el menoscabo al bien jurídico protegido por la norma concreta (libertad ambulatoria), que correspondería a su vez con el instante en el que se produce el logro de la intención del autor (toma de decisión de consentir la liberación).

Sin embargo, tampoco se puede admitir esta posición. Es cierto que todo delito cuyo tipo de injusto se extienda más allá del primer momento consumativo va a cesar cuando finalice el ataque al objeto formal del mismo. Pero más dudosa resulta esa afirmación que establece que dicha lesión del bien jurídico debe corresponder con el plan ideado por el autor. En algunos supuestos ocurrirá de esta forma, pero en muchos otros se puede afirmar que el momento de la terminación no coincide con la realización de la intención del sujeto. Siguiendo el ejemplo examinado, la detención ilegal también se puede decir que ha terminado cuando la liberalización de la víctima se ha producido por la intervención de un tercero o porque el secuestrado ha logrado por si solo escapar de su encierro, y nadie podrá afirmar, sin embargo, que la finalización del injusto coincida con la voluntad del agente (114).

El único elemento definitorio que siempre perdura en la terminación del delito, es el menoscabo del bien jurídico, sea o no reflejo de la pretensión del autor. En consonancia con lo expuesto, se puede comprobar

perspectiva, la terminación del delito representa, en última instancia, el límite reflejado en la circunscripción del tipo. Véase, al respecto, *infra*, II, C, d), en relación a nuestra toma de posición.

(114) Se pueden ofrecer muchos supuestos donde se demuestra claramente esta discordancia entre la realización del ánimo del autor y el cese de la actividad antijurídica. En los delitos de incendios, por ejemplo, puede ocurrir que el agente quiera arrasar con su acción pirómmana todo un bosque, y sin embargo, por efecto de cambios atmosféricos tan sólo se queme la mitad o por el contrario se propague el incendio incluso más allá del lugar tomado como objetivo. La terminación del delito no va a depender de la voluntad del sujeto, sino del menoscabo del objeto material del delito, reflejo a su vez del ataque al bien jurídico.

que habrá fase postconsumativa siempre que sea posible la continuación del ataque al bien jurídico, aun cuando ya hayan estado presentes todos los elementos constitutivos del tipo. Se puede decir, entonces, que el momento de la terminación del delito viene representado por el punto temporal en el que cesa esa actividad antijurídica, de tal forma que la conclusión del hecho penal debe imposibilitar una ulterior progresión de la lesión del bien jurídico conforme marca la circunscripción del tipo de injusto.

En definitiva, se opta por un criterio objetivo formal en la determinación del momento de la terminación, cual es el que viene delimitado por el cese de la progresión del contenido del injusto legal (115). La fórmula mixta, que tanto éxito ha tenido en Alemania (116), queda rechazada por ser incompleta en tanto que no es válida para determinar el momento de la terminación en toda figura delictiva cuya estructura típica admite una discordancia temporal y espacial entre consumación y terminación (117).

Para finalizar este apartado, tiene que prestarse una mínima atención a una distinción, que puede ser muy clara a primera vista, si bien es cierto que, con frecuencia, ocasiona muchas confusiones. Dicha distin-

(115) Se ha señalado que algún autor (KÜHL) rechaza el criterio objetivoformal, porque, según su opinión, dicho criterio fracasa en los delitos de intención, en los que la terminación se establece en base a la realización del ánimo del autor. A esta afirmación se le oponen dos órdenes de consideraciones. En primer lugar, reiteramos una vez más, no se puede aceptar en determinados delitos de intención, el que la terminación coincida con el logro de la meta pretendida por el autor, porque este momento se sitúa fuera del tipo de injusto, rechazándose entonces cualquier virtualidad del mismo para asignarle consecuencias jurídicopenales (salvo casos de encubrimiento). Y, en segundo lugar, cuando la satisfacción del elemento subjetivo coincide con el cese de la actividad antijurídica del delito en el límite de la figura legal, su aceptación no depende tanto de que sea realización de la voluntad del agente, como de que la propia Ley penal haya fundamentado el injusto en base a ese factor anímico. Es decir, que en este supuesto se tiene en cuenta el elemento subjetivo, más como un elemento formal del tipo que incide en la lesión del bien jurídico, que como mero componente interno, psicológico y extrajurídico que representa la culminación del plan del autor.

(116) La razón de que el criterio mixto de determinación de la terminación del delito, haya tenido tanto éxito en Alemania, reside en las favorables consecuencias políticocriminales que se derivan de su aplicación en los delitos de intención. En efecto, en la mayoría de los delitos contra la propiedad, el criterio mixto explica con bastante acierto, aparentemente, el momento de la terminación en los tipos de hurto, robo o estafa, ofreciendo posibilidades jurídicas de justificar la conducta violenta del titular de la cosa cuando todavía no ha perdido la propiedad de la misma (posibilidad de la legítima defensa entre consumación y terminación). Pero ya se ha señalado en otras ocasiones que esta tesis viola el propio principio de legalidad al subsumir supuestos que claramente se hayan fuera de la descripción del tipo. Los problemas en el derecho alemán se podrían solucionar con semejantes consecuencias jurídicas y sin violar principio penal alguno, si en tema de consumación de los delitos contra la propiedad de apropiación se abandonase la antigua tesis de la *aprehension* (prácticamente unánime en ese país), y se adoptase, como ocurre en nuestro derecho, la teoría de la disponibilidad potencial. No obstante, en su momento se harán las precisiones oportunas respecto a la terminación en los delitos de intención.

(117) También se rechaza la tesis teleológica, por los argumentos que se señalaron en la exposición de la misma destacada líneas atrás.

ción se refiere a la diferenciación entre la fase y el momento de la terminación, de un lado; y, de otro lado, aquella otra que separa la terminación del hecho penal de la terminación del delito.

En cuanto a la primera, cuando los autores emplean el término terminación, utilizan indistintamente dos sentidos que actúan en realidades paralelas, que no pueden ni deben ser confundidos. Pues, en ocasiones, se emplea el mentado vocablo para designar la fase del desarrollo temporal del hecho penal con posterioridad a la consumación (118), y en tal caso se está haciendo referencia al *último grado de ejecución del delito*. Por el contrario, se utiliza el mismo sustantivo para designar el punto temporal en el que cesa toda la antijuridicidad penal de ese hecho penal en los términos señalados líneas atrás, y entonces se designa *el momento del delito en el que éste adquiere su máxima gravedad lesiva*, y al mismo tiempo, *el último punto en el que la actividad postconsumativa aún goza de relevancia jurídicopenal*.

En segundo lugar, se debe distinguir entre terminación del hecho penal y terminación del delito. Se parte de la idea de que, aun cuando en muchas ocasiones se puedan utilizar como sinónimos, los conceptos de *hecho penal* y *delito*, pueden mostrar una connotación diferente.

Siguiendo parcialmente a HRUSCHKA (119), se entiende por «hecho penal» (*Straftat*) el concreto complejo de factores que constituye el sustrato fáctico subsumido por el tipo de una ley penal. Por el contrario, cuando se hace referencia a delito (*Delikt*), se está aludiendo a una configuración general de hechos penales, separable de los concretos supuestos que designa (a pesar de que pueda realizarse en uno de éstos), que se circscribe en un tipo legal. Se está distinguiendo, en fin, entre la materia objeto de la valoración (hecho penal), y la figura legal que es portadora de esa misma valoración (delito) (120).

Trasladado al ámbito de nuestro estudio, se afirma que existen delitos cuya estructura típica admite el binomio consumación-terminación, y otros en los que sólo es posible el primer término de ese binomio. A este respecto, en el delito de detenciones ilegales, la propia consideración como delito permanente determina *siempre* la existencia de esos dos momentos; mien-

(118) Sin embargo, en países en los que no se ha introducido la teoría de la terminación con mucho éxito, como España e Italia, algunos autores denominan a esta fase con el término *consumación*. *Vid supra* nota 71.

(119) HRUSCHKA emplea la distinción para desarrollar su sistemática en el ámbito de los delitos permanentes. Sin embargo, la precisa aclaración del autor puede ser utilizada perfectamente en el espacio teórico de la terminación del delito. HRUSCHKA, J.: *Die Dogmatik der Dauerstrafaten und das Problem der Tatbeendigung...* cit.; p. 195.

(120) Simplemente se trata de explicar, para evitar confusiones, las relaciones del binomio consumación-terminación en dos planos diferentes: de una parte, en el ámbito abstracto, valorativo y general de la figura delictiva (dimensión lógico-valorativa del tipo de injusto); y de otro, en el plano concreto, material y puntual del correspondiente hecho penal (dimensión fáctica del tipo de injusto). Sobre las diferentes dimensiones del tipo de injusto, con meridiana claridad, COBO DEL ROSAL - VIVES ANTON: *Derecho Penal. Parte General...* cit.; pp. 241 y ss.

tras que, v. g., el delito de injurias, puede quedar consumado en un sólo instante, imposibilitando la existencia de una ulterior fase de terminación del delito. Ahora bien, puede ocurrir que de un delito, del que no se predica necesariamente la existencia en su desenvolvimiento dinámico de una fase postconsumativa (siguiendo el ejemplo, delito de injurias, que puede quedar agotado con una única expresión verbal), en una manifestación concreta del mismo, aparezca dicha fase postconsumativa (por ejemplo, los insultos a una persona constitutivos del delito de injurias que se plasman por escrito y con publicidad en una pared situada en una vía pública transitada). En tal supuesto, nos hallamos ante un hecho penal en el que concurre la categoría de la terminación, aunque el delito del que es concreción no se estructure necesariamente con base en ésta consideración (121). Existirá, por tanto, terminación de un delito, cuando todas las imaginables concreciones del mismo comporten un hecho permanente en el que también se distinga esa terminación. Pero esta afirmación no permite su formulación inversa, es decir, que no necesariamente todo hecho penal con fase postconsumativa procederá de un delito con estructura típica paralela, tal y como se ha demostrado líneas atrás (122). En el siguiente apartado se pondrá de manifiesto la utilidad de esta distinción.

B) La fase de la terminación del delito en las diferentes estructuras típicas

Tras la delimitación conceptual tanto del momento, como de la fase de la terminación, procede examinar, si bien brevemente, las diferentes estructuras típicas en las que se puede distinguir una fase en el de-

(121) Como se ha destacado, esta distinción ha sido propuesta por HRUSCHKA y es utilizada para distinguir el hecho permanente del delito permanente. El ejemplo que se suele señalar parte del delito de lesiones, sobre el que existe unanimidad en cuanto a su configuración como delito no permanente. Sin embargo, pueden existir hechos penales (que no delitos) de lesiones que si gocen de la calificación de permanentes, como sería el caso de las constantes heridas, con el consiguiente continuo menoscabo de la integridad física, que sufre la víctima ocasionadas por unas fuertes ataduras. HRUSCHKA: *Ibidem*.

(122) En muy pocas ocasiones ha tenido presente la doctrina esta clara distinción. Y se ha establecido una definición para la terminación del delito, cuando en realidad se conceptualiza la terminación del hecho penal. En este sentido, cuando MANTOVANI señala que se produce la terminación (aunque el emplea otro vocablo), cuando el delito consumado ha alcanzado su máxima gravedad concreta, ~~esta~~ determinando la conclusión del hecho penal, y no del delito. El ejemplo que ofrece es muestra de esta confusión: consumación y terminación pueden coincidir, dice el autor, por ejemplo, en la lesión personal inferida por un sólo golpe de arma; o no, como sucedería en las lesiones producidas por varios golpes, de donde resultaría que el delito se consuma con el primer golpe y termina con el último. MANTOVANI: *Diritto Penale...* cit.; p. 404.

Semejante trasposición de planos se encuentra bastante generalizada en un sector de la doctrina italiana. Prueba de ello es la definición del delito eventualmente permanente, que viene a ser caracterizado como aquél que admite, en ocasiones, que en su concreción se comporte de la misma forma que un delito necesariamente permanente, aun cuando aquél (por ejemplo, lesiones) tiene naturaleza distinta a éste (por ejemplo, detenciones ilegales). Sobre esta crítica volveremos al analizar dicha estructura típica.

sarrollo temporal del delito que se extiende más allá del primer momento consumativo. Para llegar a este punto, es preciso recurrir al criterio objetivo-formal previamente determinado, el cual, se recordará, determinaba la actividad postconsumativa con relevancia jurídico penal con base, exclusivamente, en la ulterior lesión del bien jurídico siempre y cuando dicha lesión viniese abarcada por la circunscripción del tipo. De esta forma, se seleccionan, dentro de la pluralidad y diversidad de delitos atendiendo a su estructura típica, aquéllos que van a mostrar un conjunto de condiciones, ya exigidas conceptualmente en su momento oportuno, que permiten un desarrollo temporal de los mismos más allá de la primera realización constitutiva del tipo. Y esta selección es importante porque, en la medida en que con posterioridad se van a determinar las consecuencias jurídicas derivadas de la distinción entre las categorías de la consumación y la terminación, es necesario proporcionar previamente las diferentes figuras delictivas de las que se pueden derivar tales consecuencias jurídicas. El orden del examen de los diversos contenidos (delimitación conceptual, estructura típica y consecuencias jurídicas), lejos de ser fruto de la casualidad o del arbitrio, guarda una necesaria relación lógica en el desarrollo expositivo.

De igual forma, aquí, por obvias razones, no se puede tener presente la terminación en el hecho penal, como es de suponer, sino tan sólo la terminación en el delito en los términos señalados con anterioridad. Esta opción vendría impuesta por la propia naturaleza del objeto de investigación, pues las formas en que se puede presentar ese hecho penal son de tal diversidad que impediría cualquier tipo de criterio clasificatorio con interés dogmático por imposibilidad de configuración y falta de funcionalidad del propio objeto de investigación (123). Estos inconvenientes no se presentan cuando se trata de la determinación de las diferentes clases de delitos en atención a la realización del tipo con posterioridad a la consumación. Pues semejantes estructuras típicas son limitadas y la acuñación de la fase de la terminación va a tener importantes repercusiones en ciertos puntos jurídico-penales; justificándose así su tratamiento.

Para no romper con el esquema clásico marcado por la reciente doctrina de la terminación, seguiremos parcialmente la clasificación establecida por JESCHECK en 1974 (124).

1) *Delitos de consumación anticipada*

En la posición de JESCHECK, existen una serie de delitos cuyo contenido del injusto no se agota con la mera realización de todos los

(123) HAU acepta la distinción entre hecho penal y delito en los términos expuestos por HRSCHKA. Sin embargo, entiende el autor que dicha distinción no tiene funcionalidad alguna. HAU, *Die Beendigung...* cit.; pp. 41 y ss.

(124) JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat...* cit.; pp. 685 y ss.

elementos constitutivos de la respectiva figura legal, sino que, por el contrario, la consumación formal representa un estadio previo al total menoscabo del bien jurídico protegido por la norma penal. Si el legislador ha asignado a la conducta la total punibilidad en el marco penal abstracto antes de que se produzca la máxima gravedad del ataque representado por ésta, ello ha sido porque ha adelantado la barrera de protección del bien jurídico atendiendo a determinadas razones de política criminal. Se produciría, en casos específicos, un adelantamiento de la Línea de defensa del Estado reflejada en el traslado a un momento anterior de la consumación formal del delito. Desde ese punto, hasta este otro en el que el injusto adquiere su máxima gravedad, queda una postzona (*Nachzone*) que correspondería con la denominada fase de la terminación (125). El autor señala como ejemplos claros de estas categorías los delitos de intención, los delitos de peligro y los delitos de empresa. A ello, y para adecuar la clasificación a nuestra tradición jurídica, habría que añadir los delitos de consumación anticipada *stricto sensu*.

a) DELITOS DE INTENCIÓN

Dentro de la categoría de delitos que se estructuran en torno a elementos subjetivos del injusto, se encuentran los denominados delitos de intención. En ellos, el contenido del injusto se fundamenta con base en circunstancias anímicas que concurren en el autor en el momento de perpetrar el hecho, de tal forma que la mera comprobación de la existencia de la intención en la línea de dirección expresada en el tipo, junto con la exteriorización de la conducta, es suficiente para la afirmación de la infracción punible, aun cuando esa intención no llegara a realizarse (126).

La consideración de los delitos de intención como delitos de consumación anticipada, vendría impuesta por el hecho de que el correspondiente tipo legal no exigiría, para alcanzar el estadio de la consumación, que el ánimo ilícito del agente llegase a su realización. La completa punibilidad que representa la consumación se situaría, de esta forma, en

(125) JESCHECK, *Ibidem*. Esta idea la repite el autor, si bien de forma mucho más concisa que la expresada en el texto, en *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil...* cit.; p. 465.

(126) La categoría de los delitos de intención fue ya afirmada por BINDING, quien distinguió dentro de este género los delitos mutilados de dos actos y los delitos de resultado cortado. BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*. Tomo 1. Nueva reimpresión de la 2.^a edición de Leipzig 1902. Aalen, 1969; pp. 11 y 12. En España, al igual que en Alemania, las distintas clases de tipos en atención a los diferentes elementos subjetivos del injusto es aceptada pacíficamente. A título de ejemplo: COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General...* cit.; pp. 309 y ss. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; pp. 279 y ss. RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; pp. 409 y ss. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* cit.; pp. 564 y ss.

una fase anterior al total menoscabo del bien jurídico que comportaría la realización de la voluntad del sujeto. Con ese adelantamiento de la punibilidad a un momento anterior, el legislador dotaría de una mayor protección a específicos bienes jurídicos.

En este contexto, la doctrina de la terminación señala que en los delitos de robo y hurto, por ejemplo, la consumación se produce cuando el sujeto se apodera de la cosa mueble ajena con ánimo de lucro, mientras que la conclusión material del hecho llegaría en el momento en que los objetos muebles entran en la esfera patrimonial del agente, el cual actúa como si fuese el auténtico propietario o, finalmente, se entiende que el hurto concluye cuando se llevan a cabo actos dirigidos al aseguramiento del botín (127).

Estructurada en estos términos la teoría de la terminación en los delitos de intención (128), se van a afirmar ciertas consecuencias jurídicas que guardan coherencia con este planteamiento y que adquieren gran relevancia práctica. En este sentido, el propietario puede aplicar medios violentos en la persona del ladrón para recuperar la cosa en tanto y en cuanto el delito no se haya terminado, manteniéndose así todavía presente la exigencia de la actualidad del ataque en la legítima defensa. De igual forma, las actuaciones de terceros que no intervienen en la apropiación de la cosa, pero que tienen lugar con anterioridad a la conclusión del hurto, son calificadas bajo la normativa de la coautoría o participación y no en el encubrimiento. A estas consecuencias se les pueden añadir otras como las que atañen al plazo de prescripción, que comenzaría a transcurrir a partir del momento en que la cosa entrase en la esfera de

(127) JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 686. En otro pasaje del mismo trabajo, señala el profesor alemán: «... el hurto se consuma con la apropiación... Por el contrario, el hurto termina generalmente cuando el autor ha realizado el ánimo de lucro mediante una situación de dominio exteriorizadora del poder de señorío equiparable a la que goza el mismo propietario...» (pp. 692 y 693). En semejante sentido se manifiestan HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 104 («el delito termina cuando el autor realiza su ánimo de lucro») WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufgabe...* cit.; p. 178. LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen...* cit.; p. 147. ESER, Albin en *Strafgesetzbuch kommentar*, por SCHÖNKE-SCHRÖDER. 24.^a Edic... cit.; p. 332, núm. 5. La jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán también mantiene esta tesis en las resoluciones BGHSt 20, 194 y BGHSt 4, 132.

(128) La doctrina alemana no sólo ha aludido al supuesto de hurto como delito de intención en el que es posible diferenciar un momento de la terminación independiente de la consumación. Así, para el delito de estafa, se dice que el mismo se consuma cuando se produce el perjuicio del ofendido, mientras que concluye el hecho cuando se realiza el ánimo de lucro, esto es, cuando el agente obtiene la ventaja patrimonial pretendida. De igual forma, en el delito de falsedad documental, se señala, el tipo queda constituido con la realización de la falsedad en dicho documento, mientras que termina el hecho cuando el sujeto introduce en el tráfico jurídico el documento falsoado (JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 692). En España, es muy ilustrativa e interesante la referencia jurisprudencial que realiza FARRE TREPAT para los delitos de estafa y hurto (*La tentativa de delito...* cit.; p. 236). Sin embargo, para no complicar demasiado la exposición, centraremos las referencias únicamente en el delito de hurto, aunque las mismas puedan ser trasladadas a estas figuras delictivas sin ningún problema.

disposición del agente; o la provocación del delito, que sería impune hasta ese momento, frente a la doctrina tradicional que mantenía dicho privilegio tan sólo cuando el agente provocador permitía el desarrollo de la acción en una fase anterior a la consumación, y nunca después de ésta (129).

Esta formulación, sin embargo, no puede ser aceptada bajo las coordenadas que marca el derecho positivo español y nuestra tradición jurídica, como seguidamente se podrá observar.

En Alemania, la doctrina mayoritaria mantiene la teoría de la aprehensión (*Apprehensionstheorie*) para determinar cuándo se produce la consumación en el delito de hurto. Y se establece que el delito de hurto se consuma cuando se lleva a cabo la apropiación que es requerida para constituir la custodia sobre la cosa por parte del sujeto agente (130), o lo que es lo mismo, cuando se quiebra el poder de disposición del actual titular de la custodia sobre la cosa y se constituye una nueva (131). A este respecto, se ha definido *custodia* como «una relación material de dominio abarcada por una voluntad de señorío (132)».

En este sentido, la tesis de la aprehensión, se ha dicho, entiende consumada la apropiación con el apoderamiento del objeto, con su aprehensión material. Esto significa, según sus partidarios, que no será suficiente, de un lado, ni el mero contacto con la cosa mueble (*teoría de la contrectatio*), ni que, de otro lado, sea necesario afirmar el desplazamiento material de la cosa (*teoría de la ablatio*) o requerir el que se coloque lo sustraído a buen recaudo (*teoría de la illatio*) (133). Con todo, los criterios establecidos en el país germánico se han considerado insuficientes para resolver el problema de la determinación de ese concepto base que gira en torno a la constitución de una nueva custodia, es decir, sobre la cuestión de situar con más exactitud el momento de la consumación en los delitos de hurto y robo. Y por ello se afirma casi con total unanimidad, que para decidir sobre esta cuestión, habrá que acudir a los criterios que ofrece la realidad del tráfico jurídico y la propia experiencia que aporta la vida cotidiana (134).

(129) Esta relación entre la doctrina de la terminación en los delitos contra la propiedad y las ulteriores consecuencias jurídicas derivadas de su aceptación, ha sido explicada con meridiana claridad por OTTO, si bien, como se señala más adelante, desde una perspectiva material y crítica. OTTO, *Schadenseintritt und Verjährungsbeginn*. Festschrift fur Karl Lackner... cit.; p. 717.

(130) En este sentido, ESER en *Strafgesetzbuch Kommentar...* cit.; § 242, núm. 37. También, DREHER, Eduard-TRÖNDLE, Herbet, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 45.^a Edic. Munchen, 1991; p. 1298, § 242, núm. 14.

(131) Siguiendo la tradicional doctrina del BGH, RUB, Wolfgang, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar...* cit.; § 242, núm. 75.

(132) LACKNER, *Strafgesetzbuch...* cit.; § 242, núm. 3. Sin embargo, sobre la determinación de este concepto existe mayor controversia. En cuanto a las diferentes interpretaciones, puede acudirse a SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Besonderer Teil...* cit.; § 242, nur. 18.

(133) ESER, *Ibidem*. DREHER-TRÖNDLE, *Ibidem*. RUB, *Leipziger...* cit., núm. 40.

(134) Es este otro punto común que aparece reiteradamente en todos los textos dedicados al tema. A título de ejemplo, pueden señalarse los autores y las obras citados en las notas precedentes.

La gran indeterminación sobre el momento de la realización del tipo, y el recurso a la arcaica regla de la *apprehensio* (135), han llevado tanto al BGH, como a cierto sector doctrinal en Alemania, a buscar una cómoda salida político-criminal que han encontrado en la teoría de la terminación.

En efecto, aun cuando la teoría de la aprehensión en dicho país no llegue en la actualidad a las exageraciones históricas que la situaban cercana a la teoría de la *contrectatio*, se afirma que el hurto se consuma cuando el sujeto se apodera (desde el punto de vista jurídico) del objeto, lo que significa que se mantiene esta doctrina entre la mera *contrectatio* y la *ablatio*. Como la consumación se sitúa en un punto temporal muy temprano, las posibilidades de calificar la participación o la legítima defensa en estos hechos contra la propiedad, son menores y, en algún caso, se piensa que injustificadamente. Si, por ejemplo, se dice que un robo se ha consumado ya cuando el ladrón transportaba a otro lugar la mercancía recién sustraída, el propietario que descubre en un estadio tan temprano este hecho, no podría aplicar violencia en la persona del autor para recuperar la cosa a efectos de legítima defensa, puesto que el hecho calificado como ya consumado no puede ser entendido como constitutivo de un «ataque actual». Para evitar esta y otras consecuencias de la misma índole, recurre la doctrina alemana a la teoría de la terminación. Y, a pesar de que el delito se estime ya consumado, en tanto no se haya realizado el ánimo de lucro, se entiende que la perpetración del hecho todavía prosigue hasta la terminación, siendo previsible así la actualidad del ataque; y con ello, la posibilidad de aplicación de la legítima defensa por parte del dueño de la cosa, o la afirmación de la participación de un tercero con posterioridad a la apropiación, pero antes del total aseguramiento del botín.

Pero si se reflexiona con detenimiento sobre lo aquí expuesto, se puede llegar a la conclusión de que la doctrina de la terminación en los delitos de robo y hurto, más que buscar la relevancia jurídica de ciertos factores con influencia en la determinación de la pena, pretende la extensión de la protección del Derecho Penal frente a la víctima en estos delitos contra la propiedad (136). Se persigue con ello proporcionar a la víctima mayores facultades para poder recuperar la cosa en peligro de pérdida de la propiedad, y a este respecto, aun cuando se entienda que el delito está consumado, con esta fórmula se justifica jurídicamente me-

(135) Sobre las diversas teorías que a lo largo de la historia han intentado fijar el momento de la consumación en los delitos de robo y hurto (*contrectatio*, *ablatio*, *apprehensio*, *illatio*...), RODRÍGUEZ DE VESA, José María, *Hurto*. NEJ. Tomo XI (1962); pp. 216 y ss.

(136) OTTO, *Schadenseintritt und Verjährungsbeginn*.... cit.; p. 717. El autor ha revelado, con notable agudeza, ese fin políticocriminal que busca cierto sector de la doctrina alemana, y también una clara línea jurisprudencial, con la creación de la teoría de la terminación en estos delitos.

diante la legítima defensa el empleo de la violencia por parte del titular para recuperar la cosa.

Pero ya señalamos en su momento que la derivación de consecuencias jurídicas penales de los hechos que se realicen con posterioridad a la consumación, requería ineludiblemente de una subsunción por parte del tipo correspondiente de delito. En este sentido, no se aceptaba fase de terminación alguna que no fuese abarcada por la descripción de la respectiva figura legal. En la medida en que los propios partidarios de la aplicación de la doctrina de la terminación al hurto y al robo, reconocen que la zona posterior a la consumación caería fuera del tipo de injusto (137); se rechaza esta tesis en tanto que viola el principio de legalidad en los términos que reiteradamente se han señalado a lo largo de la presente investigación. En Alemania también se ha rechazado por un sector de la doctrina penal la relevancia jurídica de la fase de la terminación en los delitos de robo y hurto por razones de constitucionalidad (se entiende que se viola el principio de determinabilidad y legalidad de la conducta, sancionado en el art. 103, II de la GG) y de seguridad jurídica (no se observa ninguna regla general para determinar cuando ha concluido el delito de hurto) (138). No hay que olvidar que aquí se ha reconocido el

(137) Así, el propio JESCHECK ha señalado: «El hurto se consuma con la apropiación, esto es, según la teoría dominante de la aprehensión, con la constitución de una, todavía no necesariamente asegurada, custodia. Por el contrario, el hurto termina fundamentalmente cuando el autor ha realizado el ánimo de lucro a través de una situación de dominio exteriorizadora del poder de señorío equiparable al propietario. *La situación de dominio del poder de señorío sobre la cosa equiparable al propietario ya ha dejado de ser típicamente una apropiación, pues ésta ya ha concluido en el momento de la consumación.*; Sin embargo, aquélla está en estrecha comunicación con la apropiación, que encuentra expresión en una consolidación y aseguramiento de la custodia de la cosa». JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; pp. 692 y 693. (El subrayado es nuestro). HAU, al respecto, señala: «Tan sólo en los delitos permanentes se realiza continuamente el tipo. El delito se consuma de nuevo en cada instante. Sin embargo en otros delitos no es este el caso. Así, el § 242 StGB (*que tipifica el delito de hurto*) se consuma con la constitución de una nueva custodia, pero no necesariamente termina ahí, porque no todas las acciones que pertenecen a dicha constitución, sirven al aseguramiento de la misma. *Tras la consumación ya no se cumple ningún elemento del tipo. Pues todo lo que sucede a la constitución de la custodia, ya no puede ser, lógicamente, apropiación. La custodia sobre la cosa apropiada sólo puede ser asegurada, pero nunca constituida ... No se tiene que perder de vista el principio según el cual no siempre el hecho penal termina cuando ya no existe una conducta que cumple el tipo de una ley penal.* De esta forma, se ven así también las acciones que tan sólo tienden al aseguramiento de la custodia, como acciones típicas en el sentido del § 242 del StGB, a pesar de que el tipo del hurto expresamente prohíbe sólo la apropiación, por tanto, la ruptura de una custodia ajena y la constitución de una nueva». HAU, *Die Beendigung der Straftat...* cit; pp. 46 y 47. (El subrayado es nuestro).

(138) Recordemos algunos autores que niegan la posibilidad de una fase posterior a la consumación en los delitos de hurto y robo: GÖSSEL, Karl Heinz, *Über die Vollendung des Diebstahls*. ZStW nr. 85 (1973); pp. 646 y 647, núm. 3. HRUSCHKA, Joachim, *Zum Beispielen einer Schul3waffe beim Raub*. JZ (1983); p. 218. ISENBECK, Helmut, *Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl*. NJW (1965); p. 2327. KUPER, Wilfried, «*Sukzessive Tatbeteiligung vor und nach Raubvollendung*. BGH NJW 1985, 814. Juristische Schullung (JuS) 1986; pp. 869 y RUDOLPHI, *Die zeitlichen Grenzen der zukzessiven Beihilfe...* cit.; p. 560. Sigue esta doctrina, rompiendo con una continua interpretación en sentido contrario, la

estadio de la terminación siempre y cuando, a pesar de la existencia de la previa consumación delictiva, subsiste posteriormente la conducta dentro del tipo penal (139).

De otra parte, en nuestro país, la problemática de la determinación del momento de la consumación en los delitos de robo y hurto, se ha solucionado con bastante coherencia y uniformidad tanto por parte de la doctrina como por el propio Tribunal Supremo. Se afirma entonces que estos delitos se consuman cuando el sujeto que se apodera de la cosa mueble ajena goza de cierta disponibilidad sobre el objeto de la sustracción, aun cuando esa disponibilidad no se haya llegado a realizar y tan sólo se presente de forma potencial o abstracta (140). Pese a que en ocasiones la jurisprudencia de los tribunales afirme que se sigue la teoría de la *illatio*, en realidad se trata de una tesis intermedia que se sitúa entre la mentada *illatio* y la *ablatio*, pues se exige algo más que el mero desplazamiento fáctico de la cosa sustraída, aunque no se llega al requisito de un acto de plena disponibilidad para estimar que se ha perfeccionado el delito de robo o de hurto.

Como se podrá observar, el momento consumativo en los delitos contra la propiedad de apoderamiento, se sitúa en un estadio temporal posterior en comparación con el postulado por la doctrina y jurisprudencia alemana (que ubicaba la consumación bajo los presupuestos de una tesis intermedia entre las de la *contrectatio* y la *ablatio*, si bien mantene-

rio, la resolución del Tribunal Supremo alemán comentada en el mentado trabajo de HRUSCHKA, de 10 de agosto de 1982 (1 StR 416/82).

(139) En este sentido, MAURACH-GÖSSEL-ZIPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil...* cit.; p. 10, núm. 41. OTTO, *Grundkurs Strafrechts...* cit.; p. 269. RUDOLPHI, *SK...* cit.; vor § 22, núm. 9. VOGLER, *LK...* cit.; vor § 22, núm. 34.

(140) Esta formulación es hoy mantenida sin discusión por nuestra doctrina: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987; p. 33, núms. 44 y ss. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*. 8.^a Edic. Valencia, 1990; p. 221. RODRÍGUEZ DEVEZA, José María, *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 13.^a Edic. puesta al día por SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Madrid, 1990; p. 421. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador en COBO DEL ROSAL, Manuel-VIVES ANTÓN, Tomás Salvador-BOIX REIG, Javier-ORTS BERENGUER, Enrique-CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*. 3.^a Edic. Valencia, 1990; p. 806. Sin embargo, este mismo autor, en la primera Edición de la nueva Parte Especial (Valencia, 1993, con los mismos autores que en la obra citada, salvo COBO DEL ROSAL que es sustituido por GONZÁLEZ CUSSAC), sugiere otra interpretación en esta temática, acercándose a la tesis alemana de la apprehensio. («Tal vez sería conveniente revisar una doctrina discutible en teoría y difícil de aplicar en la práctica, y entender el robo y el hurto como delitos de mera actividad, en los que no cabe la frustración...», p. 818; el subrayado es del autor).

El Tribunal Supremo también ha seguido esta doctrina de la disponibilidad potencial o abstracta en numerosas resoluciones. Se mencionan tan sólo una muestra representativa de las sentencias más recientes: SSTS de 25 de enero de 1988 (RA núm. 449), 23 de enero de 1989 (RA núm. 76), 11 de junio de 1989 (RA núm. 5.087), 7 de julio de 1989 (RA núm. 6.129), 11 de julio de 1989 (RA núm. 6.177), 30 de diciembre de 1989 (RA núm. 9.813), 21 de febrero de 1990 (RA núm. 1.591), 25 de febrero de 1991 (RA núm. 1.440) y 12 de julio de 1991 (RA núm. 5.885).

mos las lógicas reservas sobre la determinación exacta de esta tesis, por su alto grado de indefinición). De esta forma, hurtos que en aquel país se pueden entender que se han perpetrado en grado de consumación, aquí se llegan a calificar todavía como frustrados (141). Y, de forma paralela, supuestos que la doctrina germánica entiende que se hallan en la fase de la terminación, en nuestro derecho se conciben como meros hurtos en grado inminente de consumación.

Pero la gran diferencia radica en la circunstancia de que la doctrina hispánica de la disponibilidad potencial o abstracta deriva de una interpretación de los términos típicos «toman» (art. 514) o «se apoderan» (art. 500) en consonancia con los principios emanados del instituto de las formas imperfectas de ejecución (tentativa y frustración). Las consecuencias jurídicas correspondientes se pueden defender sin grandes contradicciones atendiendo a los puntos de vista que ofrece la Política Criminal en esta temática u otros principios de justicia material. Pero todo ello dentro del marco del respeto al principio de legalidad, pues partiendo de la Ley se llega en estos casos al establecimiento de una teoría con notable aceptación desde muy distintos ángulos. En Alemania, por el contrario, se recurre a una doctrina que choca en este caso frontalmente con el principio de legalidad, para salvar determinadas consecuencias jurídicas que se estiman inaceptables desde la óptica de las nuevas corrientes de la Victimología. Quizás la solución se presente en una reinterpretación de las diferentes formas imperfectas de ejecución en los delitos de intención, o, si se estima imprescindible, en una reforma legislativa, pero en ningún caso la respuesta puede encontrarse en una interpretación integradora, fuera de los límites que marca la Ley, y, además, en contra del reo.

En conclusión, en ciertos delitos de intención (robo y hurto), salvo una notable excepción (142), no se puede apreciar la distinción entre consumación y terminación del delito en los términos expresados líneas atrás.

b) DELITOS DE PELIGRO

Otra subespecie de delitos de consumación anticipada, la configuran los denominados delitos de peligro. Estos se caracterizan porque el

(141) La diferenciación en nuestro país entre tentativa y frustración en el art. 3.^º del Código penal, posibilita que se pueda mantener la existencia de un hurto frustrado incluso cuando el autor se ha apoderado ya de la cosa mueble ajena. En el StGB no existe esa distinción entre tentativa y frustración en el § 22, y a pesar de que la doctrina distinga entre tentativa acabada e inacabada, ciertamente existen más dificultades para admitir supuestos de aprehensión material como no consumados. Es explicable, entonces, que el momento de la consumación se sitúe en un punto temporal tan temprano en comparación con la ubicación establecida por la doctrina y jurisprudencia española.

(142) Nos referimos al supuesto de consumación anticipada para el delito de robo con lesiones que se haya tipificado en el art. 512 del C p, que se tratará en su momento oportuno.

contenido específico de injusto que conforma su naturaleza de infracción, consiste en una puesta en peligro de un bien jurídico y nunca en la lesión del mismo (pues entonces nos encontraríamos ante un delito de lesión) (143). Los delitos de peligro se dividen a su vez en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto (144). En los delitos de peligro concreto se tiene que demostrar, para que se pueda afirmar la tipicidad, que la acción del sujeto determina una alta probabilidad de menoscabo de bienes jurídicos presentes en el ámbito espacio-temporal en el que se desarrolla la conducta punible (ejemplo, conducción temeraria simple del art. 344 bis a) 2.^º, «... y pusiera en concreto peligro la vida y la integridad de las personas»). Es decir, en estos supuestos, el comportamiento típico implica un riesgo específico para el objeto de protección que venga designado explícita o implícitamente en el precepto legal. En los delitos de peligro abstracto, por el contrario, no es necesario esa afirmación del concreto riesgo para el objeto de protección de la norma. Es suficiente la verificación de la conducta en los términos expresados por el tipo penal para establecer el contenido propio del injusto de ese delito (ejemplo, art. 340 bis a) 1.^º del Cp «...El que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas...»). Ciertamente, como señala la propia doctrina, si en el caso puntual, en este segundo supuesto, existe una total ausencia de peligro para el bien jurídico, difícilmente se podrá decir que se cumple el requisito de la tipicidad de la conducta. Como señala MIR PUIG, en los delitos de peligro abstracto la probabilidad de lesión a determinados bienes jurídicos también sigue estando presente, si bien se encuentra en un estadio mucho más lejano (145), considerando, además, a éstos como delitos de actividad y a aquéllos como delitos de resultado. También se podría decir, a este respecto, que el peligro en esta clase de delitos radica, más en la probabilidad de que determinado tipo de conductas se generalicen (cosa que el legislador quiere impedir a toda costa), que en la capacidad potencialmente lesiva que pueda desplegar la acción en el supuesto concreto.

De esta forma, los mecanismos que el legislador ha utilizado en la forma de protección del bien jurídico, se estructuran progresivamente

(143) La afirmación de la categoría de los delitos de peligro en los términos expresados en el texto, se encuentra hoy por hoy sólidamente asentada en la Dogmática Penal. A título de ejemplo, pueden citarse COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 254. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts...* cit.; pp. 237 y 238. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; pp. 222 y ss.

(144) Clasificación que es admitida por la generalidad de la doctrina. A este respecto se pueden mencionar los autores y las obras señaladas en la nota anterior y, entre otras, en las interesantes monografías de ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos*. Barcelona, 1976; pp. 69 y ss. (que examina esta y otras clases de delitos de peligro) y GIUSINO, Manfredi Parodi, *Il reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Padova, 1990; pp. 217 y ss.

(145) En este sentido, MIR PUIG, *Ibidem*.

desde los tipos de peligro abstracto hasta las figuras delictivas cuya concreción del injusto se plasma en la lesión del objeto de la infracción. Siguiendo esta línea argumentativa, los delitos de peligro se consideran delitos de consumación anticipada en la medida en que el momento de la perfección formal del tipo no corresponde todavía con el daño que implica la ofensa, que se sitúa en un momento posterior.

Los partidarios de la teoría de la terminación señalan que el delito de peligro se consuma cuando se cumplen todos los elementos del correspondiente tipo legal, que suponen una tendencia objetiva a la realización del contenido del injusto. El hecho termina, sin embargo, cuando el riesgo pasa a convertirse en lesión o cuando cesa dicha situación de peligro (146).

A pesar de ser cierta esta aseveración, se puede decir que la categoría de la terminación no juega un papel dogmático independiente en los delitos de peligro.

En efecto, un delito de peligro cesa, bien cuando la situación de riesgo se transforma en lesión, bien cuando desaparece toda probabilidad de futura lesión al bien jurídico protegido por la norma. En el primer caso, por el principio de consunción, el delito de lesión absorverá al delito de peligro, y la terminación no tendrá ninguna función en la medida en que el delito de peligro se torna inexistente (147). En el segundo caso, el delito de peligro se caracteriza porque en él se lleva a cabo el mantenimiento de un estado antijurídico (situación de riesgo) que depende de la voluntad del autor y que cesa merced a un cambio en la dirección de esa misma voluntad o por la intervención de circunstancias ajenas al querer del agente o, finalmente, por la injerencia de un tercero. Pero, si se examina detenidamente la vida del delito de peligro en estos supuestos, tales tipos penales forman tan sólo una subespecie de los delitos permanentes (148).

(146) JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 685. HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 91. VOGLER, *LK...* cit.; vor § 22, núm. 25. SCHEUFELE, *Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten...* cit.; p. 29.

(147) Esto es predictable respecto de la mayoría de los delitos de peligro, pero no se puede generalizar. Así, en materia de delitos contra la seguridad del tráfico rodado, el art. 340 bis c) establece que «Cuando de los actos sancionados en los dos artículos anteriores se occasionare, además del riesgo preventivo, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más grave». Ciento es que en algún otro delito de riesgo es dudoso que se pueda aplicar el principio de consunción. En estos casos el momento de la lesión marca la consumación del segundo delito y la terminación del primero. Ambas infracciones se hallarán en relación de concurso. En este supuesto, sin embargo, el delito de peligro, al igual que cuando se produce el cese de la situación de riesgo, a efectos de aplicar la doctrina de la terminación, mantiene sustantividad en tanto que se trata de un delito permanente.

(148) Es muy difícil pensar en un delito de peligro (abstracto o concreto), que no constituya un delito permanente. Así, la tenencia ilícita de armas (art. 254) es una clara muestra de esta tipología, y en este sentido se manifiesta DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio, *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*. Madrid, 1987, pp. 104 y 105. Otros muchos ejemplos se encuentran en el Código (delitos contra la seguridad del tráfico, determinados delitos contra la salud pública, delitos contra el medio ambiente, etc.). Con

Ello no implica que estas dos categorías deban confundirse, pues existen delitos permanentes de lesión (si bien es cierto que en estos casos suelen afectar a bienes ideales) y delitos de peligro no permanentes. Sin embargo, hay asimismo una zona común en la que confluyen ambas estructuras típicas.

En conclusión, tampoco en los delitos de peligro considerados en sí mismos, juega un papel relevante la categoría de la terminación. Sólo en tanto que delitos permanentes, su estructura presenta una clara configuración de discordancia entre consumación y conclusión del delito. De ahí que sea en el seno de esta clase típica donde se tenga que llevar a cabo las precisiones correspondientes.

c) DELITOS DE EMPRESA

Otra categoría delictiva que viene enmarcada dentro de los delitos de consumación anticipada, es ésta que la doctrina denomina delitos de emprendimiento o delitos de empresa.

La principal característica de los delitos de empresa reside en la peculiaridad de que, en ellos, el legislador comina con igual pena la ejecución incompleta del hecho penal (sea en grado de tentativa o frustración), que la realización completa del injusto. De tal suerte que la total punibilidad predictable de la consumación, en el desarrollo temporal del delito, se anticipa a un momento anterior a la plena lesión del bien jurídico (149). Como ejemplos de delito de empresa en nuestro país se pueden citar el que proporciona el art. 142 de nuestro Cp, que castiga con la pena de reclusión mayor en grado máximo al que matare al Jefe del Estado, imponiendo igual penalidad aun cuando el delito hubiese llegado tan sólo al estadio de la tentativa o al de la frustración. De igual forma, el supuesto de cohecho activo del art. 391, que castiga igualmente tanto a los que con dádivas o presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren como a los que intentaren corromper con los mismos medios a los funcionarios públicos.

En estas figuras, la consumación formal entra en juego ya desde que se llevan a cabo los primeros actos de ejecución que ponen en peligro el bien jurídico considerado (tentativa o frustración), mientras que el delito termina cuando se ha producido la efectiva lesión del bien jurídico en su máxima gravedad concreta (cuando se produce la muerte del Jefe del

razón señala WINKLER que los delitos de peligro son una especie muy cercana a los delitos permanentes. WINKLER, *Vollendung und Beendigung...* cit.; p. 69. El autor cita en favor de esta tesis alguna resolución del Tribunal del Reich (RGSt) y la opinión del propio VON BURI. En contra de una equiparación entre delitos de peligro y delitos permanentes a estos efectos, HAU, *Ibidem*.

(149) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 336. JESCHECK, *Lehrbuch...* cit.; p. 474.

Estado o la resolución motivada por un acto de corrupción) (150). Entre estos dos puntos se desarrollará típicamente la fase de la terminación que constituirá el presupuesto para que puedan producirse ulteriormente las consecuencias jurídicas que se han señalado en reiteradas ocasiones. Aquí la teoría de la terminación aporta una nueva función que difícilmente podrían cumplir por si mismos los conceptos clásicos de consumación o delito permanente (151).

d) DELITOS DE CONSUMACIÓN ANTICIPADA EN SENTIDO ESTRICTO

Finalmente, tenemos que examinar una serie de supuestos en los que el legislador establece la plena conminación penal a acciones que tienden a la lesión del bien jurídico considerado en la respectiva norma penal, sin que se exija el efectivo menoscabo de ese bien jurídico. Son supuestos de consumación anticipada que no pueden ser incardinados exactamente en ninguno de los subgrupos anteriores, aun cuando la estructura de los correspondientes tipos penales es similar. Como señalan COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN (152), en ocasiones la razón de la anticipación de la conminación de la pena reside en la propia naturaleza de las cosas, pues, como en el caso de los delitos de rebelión del art. 214 del Cp, si el legislador tuviese que esperar para la imposición de la sanción penal al momento de la efectiva destrucción de la organización

(150) En semejantes términos, JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 689. VOGLER, *LK...* cit.; vor § 22, núm. 26.

(151) Salta a la vista que un delito de empresa no es un delito permanente. Algunas diferencias muestran las distintas estructuras que configuran a uno y otro. Así, el delito permanente, como tendremos oportunidad de apreciar en este mismo apartado, afecta a bienes jurídicos *elásticos o comprimibles*, es decir, no susceptibles de destrucción o deterioro irreversible. En los delitos de empresa, por el contrario, la acción puede afectar a bienes materiales susceptibles de destrucción (vida o integridad física). En el delito permanente, la acción se desarrolla uniformemente tras la consumación formal, mientras que en el delito de empresa la conducta despliega sus efectos antijurídicos heterogénea y progresivamente. De ahí que el concepto clásico de delito permanente, en contra de lo señalado por HRUSCHKA, sea insuficiente para comprender todo supuesto típico en el que exista una fase de la terminación posterior a la consumación.

De otra parte, el concepto de período consumativo demuestra también sus deficiencias para explicar el desarrollo del hecho penal en las categorías delictivas de los delitos de consumación anticipada. Pues aunque algún autor ha recurrido al concepto de período consumativo para explicar la extensión temporal de la acción penal en el delito permanente (así, RODRÍGUEZ MOURULLO en *Comentarios al Código penal...* cit.; p. 79), resulta más que dudoso que se pueda hablar de período consumativo en supuestos de progresión heterogénea del desarrollo de la acción penal tras la consumación. En estos casos, el delito no se consuma en cada instante (opción que se puede defender mejor en los supuestos de delito permanente), sino que el tipo continua realizándose tras esa consumación adelantada. De lo dicho se desprende que el recurso a la teoría de la terminación está más que justificado por la insuficiencia que muestran algunos conceptos para explicar supuestos muy distintos.

(152) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Ibidem*.

política del Estado, jamás podría establecerse dicha sanción penal. De ahí que en este caso se castigue ya el mero alzarse públicamente con el fin de eliminar a través de alguno de los medios señalados en ese precepto el poder estatal. En otros casos, el adelantamiento de la punibilidad se justifica en virtud de la naturaleza del propio bien jurídico, de entidad tal que ha llevado al legislador a proteger esos intereses relevantes mediante la pena en un estadio muy incipiente.

La estructura del delito en orden a la terminación es prácticamente idéntica a la estructura que corresponde a los delitos de empresa, de ahí que nos limitemos a una remisión a lo expresado en aquel lugar.

Un peculiar supuesto de consumación anticipada en el Derecho español es éste que en materia de robo con violencia viene tipificado en el art. 512 del Cp (153).

Es éste un supuesto claro de consumación anticipada, porque el legislador establece expresamente que el momento de la consumación en los delitos de robo con lesiones y robo con homicidio, se adelanta ya al punto temporal en el que se produce el resultado lesivo para la integridad física o la vida de la víctima, aun cuando no se haya producido la apropiación de las cosas muebles ajenas. Tiene que existir, como es evidente, un mínimo resultado lesivo para esa integridad corporal del sujeto pasivo, que tras la reforma operada por la LO 3/1989, de 21 de junio, se puede concretar en cualquier tipo de detrimento o menoscabo corporal que necesite, al menos, de una primera asistencia facultativa (154). Claro que, como señala BOIX REIG (155), el legislador sólo soluciona un problema técnico en la determinación del momento de la consumación del delito complejo, quedando sin respuesta la hipótesis inversa, esto es, cómo juega la consumación cuando se perfeccionan los actos contra la propiedad, sin que se lleguen a realizar completamente las acciones dolosas que tienden al menoscabo de la integridad física o la vida del ofendido. De ahí que se piense que el fundamento que explica la anticipación de la consumación al momento de la lesión corporal, se oriente fundamentalmente por razones de política criminal, en atención a la frecuencia y gravedad de este tipo de delincuencia patrimonial.

(153) El art. 512 del Cp establece: «Los delitos comprendidos en este capítulo quedan consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad propuestos por el culpable».

(154) Pues sólo mediante esta interpretación se puede entender cuándo se produce resultado lesivo para la vida o la integridad de las personas en el sentido del art. 512 del Cp, en consonancia con el art. 582 del mismo texto punitivo que marca el ámbito de la relevancia penal de las lesiones corporales. Sin embargo, algunas resoluciones del TS han mantenido un criterio mucho más amplio, incluyendo como supuestos que deban dar origen a la consumación anticipada, la causación de hematomas o meras erosiones. Una acertada crítica a esta jurisprudencia del TS, realiza VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte Especial...* cit.; pp. 826 y 827.

(155) Boix REIG, Javier, *La consumación anticipada en el robo con violencia o intimidación*. La reforma penal y penitenciaria. Santiago de compostela, 1980; pp. 560 y ss.

Tras esa consumación anticipada, el delito, claro está, continúa su desarrollo temporal, si con posterioridad al ataque personal persiste el comportamiento contra la propiedad. La realización del tipo se extiende, por tanto, hasta el punto temporal en el que el sujeto agente dispone, aun cuando sólo sea potencialmente, de la cosa sustraída. Esta fase postconsumativa sigue perteneciendo, desde luego, al tipo de injusto y coincide con los presupuestos que aquí se han asignado al estadio de la terminación (156). Las respectivas consecuencias jurídicas que se toman en consideración en el último apartado del presente trabajo, se pueden predicar también respecto de este último estadio.

2) *Delitos con estructura iterativa*

Dentro de la clasificación de los delitos en los que se puede distinguir un estadio de la terminación tras la consumación, se encuentran, según JESCHECK (157), los tipos penales con estructura iterativa. En esta categoría delictiva, no se produce una anticipación de la consumación, sino ciertas peculiaridades en el desarrollo temporal de las acciones que determinan una continuación de la conducta típica con posterioridad al primer momento consumativo. La acción o la omisión no agotan, en esta clase de tipos, el contenido del injusto en un instante, sino que la propia estructura de las diferentes figuras legales exige un recorrido temporal (de ahí que se hable de delitos de estructura iterativa) para que se entienda producida la ofensa. Y así como los delitos de consumación anticipada se oponían a los delitos de consumación normal (en los que no se producía ese adelantamiento y dissociación de la realización formal del tipo respecto de su agotamiento material), los delitos con estructura iterativa se suelen distinguir de los delitos de consumación instantánea. La descripción a una u otra categoría vendrá impuesta, en ocasiones, por la propia naturaleza del bien jurídico (158), o por la propia estructura del comportamiento típico (159). Si bien ambas exigencias se encuentran íntimamente relacionadas.

(156) Una vez más, se demuestra que sólo desde una elaboración dogmática de la teoría de la terminación se puede explicar con coherencia el desarrollo temporal de la acción penal posterior a la consumación formal y anticipada, que quedaría deficientemente fundamentado si se recurriese a los conceptos de período consumativo o delito permanente. Al respecto, *vid supra*, nota 147.

(157) JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; pp. 687 y 688.

(158) Existen bienes jurídicos cuyo menoscabo se puede producir durante un período más o menos largo de tiempo (por ejemplo, la libertad ambulatoria). Otros, en cambio, no admiten, por su propia naturaleza, una lesión continuada o progresiva en el tiempo, sino que la ofensa se realiza en un solo instante, o, como se ha señalado en más de una ocasión, en un «segundo lógico» (así, la vida de una persona).

(159) Así por ejemplo, en el art. 344 del Cp, la conducta típica viene descrita en torno a las expresiones de ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefa-

Dentro de los delitos con estructura iterativa, distingue JESCHECK (160) tres subcategorías, los delitos permanentes, los delitos de dos actos y delitos cuya conducta típica viene estructurada en torno a una pluralidad de actos. Sin embargo, para evitar confusiones y dotar de mayor claridad y fluidez a la exposición, se estudian, si bien brevemente por las razones señaladas, el delito permanente y otros delitos con estructura iterativa semejante al mencionado delito permanente (161).

a) DELITO PERMANENTE

Dentro de las diferentes clases de tipos penales, la doctrina científica suele incluir una categoría denominada delito permanente. La principal característica de estos tipos penales, marcada en su propia terminología, reside en la extensión temporal de la acción penal (permanencia). Se suele citar, como claros ejemplos de delito permanente, las detenciones ilegales, el allanamiento de morada o la tenencia ilícita de armas (162).

cientes o sustancias psicotrópicas o poseerlas con aquellos fines. La propia estructura del comportamiento prohibido en las primeras alternativas determina, en la mayoría de los casos, la extensión temporal de la acción, pues en el ejercicio del cultivo, de la elaboración o del tráfico de semejantes sustancias, se necesitarán varios actos sucesivos en el tiempo. Más claro todavía es el supuesto de las lesiones en riña tumultuaria (art. 424), en la medida en que la participación en la riña exige un acometimiento confuso y tumultuario, incompatible con una realización instantánea del tipo.

(160) JESCHECK, *Ibidem*.

(161) Se ha dicho, y con razón, que el delito permanente es un fiel «caso de escuela» de tipo penal en el que se puede distinguir una fase de la terminación distinta de la consumación (WINKLER, *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechen...* cit.; p. 60). De ahí que sea el supuesto más importante de los señalados. Si bien es cierto que en España la doctrina ha dedicado escasa atención a su estudio, en Italia, por el contrario, han sido muchos los artículos y monografías relativos a esta materia (*vid supra* nota 5). En la doctrina alemana, como se ha expuesto reiteradamente, la atención se ha puesto en la terminación del tipo penal, y el delito permanente es estudiado como un supuesto específico de esta teoría. De ahí que el estudio del delito permanente esté más que justificado. Ahora bien, se tiene que aclarar que en la presente investigación no se puede abarcar el tratamiento de toda la problemática que plantea dicha estructura típica, pues en última instancia se trata de un supuesto específico en la teoría de la terminación. El delito permanente, por si sólo, merecería en España un estudio monográfico, que, evidentemente, no puede ser desarrollado en este lugar.

Los delitos de dos actos y los tipos cuya acción se estructura en varios actos, muestran similitudes con los delitos de consumación anticipada, en un caso, y con el propio delito permanente o incluso con el delito continuado, en otro. Por ello se considera más conveniente realizar la clasificación en los términos que se establece en el texto.

(162) HRUSCHKA, J., *Die Dogmatik der Dauerstrafaten und das Problem der Tatbeendigung...* cit.; p. 193. Sin embargo, en la doctrina española el allanamiento de morada no suele ser incluido, erróneamente, entre estos tipos penales. El allanamiento de morada es, sin embargo, un delito permanente. Al respecto, BORIA JIMÉNEZ, Emiliano, *El delito de allanamiento de morada*. Tesis doctoral inédita. Valencia, 1990; pp. 313 y ss.

El concepto de delito permanente se puede definir en atención a una serie de elementos que, conjuntamente, determinan su propia estructura y esencia.

a) Así, en primer lugar, los delitos permanentes vienen caracterizados por el propio contenido del injusto, y en este sentido se afirma que sólo aquellos tipos penales cuyo bien jurídico es de naturaleza comprimible o extensible, pueden ser considerados como delitos permanentes (163). Y, vuelto por pasiva, no podrá ser calificado como delito permanente aquellos hechos penales cuyo contenido del injusto venga determinado por un menoscabo irreversible del respectivo bien jurídico que impida la reintegración de dicho bien jurídico al estado original tras el cese de dicho ataque antijurídico. Esta consideración impone el que se tenga que rechazar como integrantes de esta categoría los delitos de lesión de bienes jurídicos materiales (delitos contra la vida o delitos de menoscabo patrimonial —daños, incendios—).

(163) Ha sido la Ciencia Penal griega e italiana, fundamentalmente, quien se ha ocupado con gran rigor de este aspecto del delito permanente. MANOLEDAKIS habla en este sentido de bienes jurídicos *elásticos*, que serían aquéllos susceptibles de recuperar su estado primitivo tras el ataque a los mismos representado por la conducta prohibida (ejemplo, el patrimonio bajo ciertas condiciones o la libertad). Los bienes *inelásticos* se caracterizan, según el autor citado, por su incapacidad para volver a su integridad y determinación después de sufrir el menoscabo propio de la acción penal (por ejemplo, la vida).

También adopta un criterio material en la definición del delito permanente, ANDROULAKIS, quien estima que el fundamento de esta clase de tipo penal se asienta sobre la existencia de una tendencia natural a la anulación del estado antijurídico, de tal forma que ello obliga al autor a la continuación de dicho estado antijurídico para obstaculizar o hacer imposible la restauración de la normalidad jurídica (ejemplo, detenciones ilegales). Sobre el estado de la discusión en Grecia, Livos, Niko-laos, *Grundlagen der Strafbarkeit wegen Hochverrat, Eine rechtvergleichende Untersuchung zum deutschen und griechischen Recht*. Diss. Pfaffenweiler, 1984; pp. 347 y ss. Este mismo requisito, sin embargo, se ha relativizado por CANTERERO BANDrés (*problemas penales y procesales del delito continuado...* cit.; pp. 50 y ss.): «Por ello, otras teorías han tratado de encontrar la naturaleza jurídica en función de los bienes jurídicos a los que afecta, llegando a la conclusión de que en el delito permanente sólo tienen cabida aquellos bienes que no sean susceptibles de disminución o destrucción, sino únicamente de constricción o impedimento en su libre desarrollo. Aún siendo esta una interpretación valiosa, es, por su generalidad, imprecisa, debiendo ponerse en relación con la interpretación típica en estos delitos, que no imposibilita la prolongación futura de los mismos».

En la doctrina italiana también se requiere en el delito permanente la comprimibilidad del bien jurídico y su imposibilidad de destrucción: BETTIOL, Giuseppe, *Diritto Penale. Parte Generale*. 11.^a Edición. Padova, 1982; p. 551. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 152. RAMPIONI, Roberto, *Reato permanente*. Enciclopedia del Diritto. Tomo XXXVIII (1987); p. 857 («... el legislador, en otros términos, encuentra un límite de naturaleza ontológica en la delineación del delito permanente, reconocido en el carácter de no destructibilidad del objeto de tutela»).

Si bien es cierto que el recurso al criterio material se ha utilizado por los autores griegos para diferenciar el delito permanente del delito de estado (resultando éste insuficiente), no por ello se puede despreciar semejante aportación para la determinación del concepto de aquél, junto al resto de requisitos que se señalan en el texto.

b) En segundo lugar, el delito permanente constituye un supuesto de unidad típica de acción (164). El comportamiento típico guarda, por tanto, cierta uniformidad en su desarrollo temporal y espacial, de tal forma que no se admiten interrupciones sustanciales en esa extensión temporal de la acción penal. Si dichas interrupciones sustanciales se producen, entonces aparecen varias acciones que integran otros tantos tipos penales (165). Es este precisamente uno de los puntos de distinción entre el delito permanente y el delito continuado, pues en el último no se trata de una sola conducta, sino de varias acciones que, desde el punto de vista natural y material, son independientes entre sí espacial y temporalmente, y, sin embargo, dichas acciones u omisiones son reducidas a una unidad a efectos de determinación de la correspondiente pena (166).

(164) HAU ha señalado, con acierto, que el delito permanente es un supuesto de unidad típica de acción «... porque con ello se viene a expresar con mayor claridad que sólamente el tipo une la pluralidad de acciones en una unidad». HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 64. Precisamente, en la mayoría de los comentarios al StGB, los autores alemanes estudian el delito permanente cuando llevan a cabo el análisis del § 52 de dicho texto punitivo, que contempla los supuestos de unidad de hecho. A título de ejemplo, SAMSON, Erick en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil.* (§§ 1-79 b). Tomo 1. 5.^a edic. Neuwied-Kriestet, 1991. Vor § 52, núms. 26 y 27. STREE, Wolfrang en *SCHÖNKE-SCHRÖDER Strafgesetzbuch Kommentar.* 23.^a edic. München, 1988; p. 692, núm. 81. LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen...* cit.; p. 329.

Sobre la unidad típica de acción, véase las interesantes consideraciones de SANZ MORÁN, Angel José, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa.* Valladolid, 1986; pp. 126 y ss.

(165) Tal vez el fundamento dogmático del delito permanente resida, en última instancia, en su consideración como un supuesto de unidad de acción. Tal inclusión en esta categoría dogmática, implica necesariamente la imposibilidad de que la actividad criminal pueda quedar excindida en una pluralidad de delitos con las respectivas penas independientes. Cuestión diferente es la valoración de esa única actividad criminal que se pueda realizar desde una perspectiva juridopenal. En la medida en que el estado antijurídico suponga, en su prolongación temporal, una intensificación del contenido del injusto, el legislador puede a su vez incrementar la penalidad (como ocurre en el supuesto del art. 481 del Cp, que agrava la pena en el caso de que la detención ilegal durase más de quince días).

Este fundamento dogmático del delito permanente, que implica ciertas garantías para el reo en tanto que asegura su enjuiciamiento por una y no varias conductas, ha sido resaltado por autores como PECORARO-ALBANI, Antonio, *Del reati permanente.* Rivista italiana di diritto e procedura penale (1960); p. 430 y QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Delito permanente.* Nueva Enciclopedia Jurídica. T. VI (1954); p. 602.

(166) Con muy buen criterio reconoce HRUSCHKA que los hechos permanentes y el delito continuado no se encuentran en el mismo plano, y que un delito continuado puede venir constituido merced a la relación y dolo global de continuación por varios delitos permanentes o instantáneos. HRUSCHKA, *Die Dogmatik der Dauerstrafstaten...* cit.; p. 200. De la misma opinión, STREE, Wolfrang en *SCHÖNKE - SCHRÖDER Strafgesetzbuch Kommentar...* cit.; p. 693, núm. 86. En la doctrina italiana, se establece también esta diferencia entre delito permanente y delito continuado en base a la unidad natural de acción (en el primero) y la ficción jurídica de la continuación a efectos de determinación de la pena (en el segundo). Así, RAMPIONI, *Reato permanente.* Riv. it. dir. proc. pen... cit.; p. 864.

Los supuestos de delito continuado, por su naturaleza cercana al concurso de delitos, pues en última instancia se trata de un caso de ficción jurídica establecido en orden a la simplificación de la determinación penal, no forman parte de la tipología de estruc-

Esta unidad de acción también implica, claro está, que la acción (en sentido estricto) o la omisión se extiende más allá del primer momento consumativo, dando lugar a que se pueda distinguir entre ese punto temporal de la consumación y este otro de la terminación.

c) En tercer lugar, a efectos de añadir otra característica conceptual, se señala que en el delito permanente la conducta (activa u omisiva) origina un estado antijurídico cuyo mantenimiento depende, en cierta medida, de la voluntad del autor, y constituye, a su vez, parte integrante del tipo de injusto. El delito de detenciones ilegales, a título de ejemplo, se consuma con el encierro o detención de una persona. Sin embargo, el encierro o la detención mencionados, crean un estado antijurídico que consiste en la privación de libertad (más o menos duradera) del ofendido. El mantenimiento de la situación de secuestro depende, en cierta forma, de la voluntad del agente y se prolonga por un determinado periodo temporal. Esta situación antijurídica, claro está, forma parte del tipo de injusto de las detenciones ilegales (167).

Sin embargo, un sector de la doctrina alemana ha definido el delito permanente con base en una alternativa, bien por la creación del estado antijurídico, bien por la conducta ininterrumpida (que se extiende cronológicamente más allá de la consumación) del sujeto agente (168). También se presentan otras opiniones que determinan el concepto de delito permanente tan sólo con base en la continuidad temporal de la acción y la consiguiente progresión le-

turas delictivas con distinción entre consumación y terminación. JESCHECK, no obstante, incluye el delito continuado entre los que constituyen esta categoría, si bien apunta que las consecuencias propias de la teoría de la terminación no son aplicables a este caso concreto. JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 689. Sobre esta consideración independiente del delito continuado: BITZILEKIS, *Über der strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat...* cit.; pp. 726 y 727. También, SCHEUFELE, *Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten...* cit.; p. 57.

(167) La definición del delito permanente en torno a la existencia de un estado antijurídico que depende de la voluntad del autor, es hoy nota común, con alguna excepción, en la doctrina española, italiana y alemana. A título de ejemplo: ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 229. BITZILEKIS, *Über die Abgrenzung...* cit.; p. 726. HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 64. JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 687. KUHL, *Die Beendigung...* cit.; p. 186. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 216. PAGLIARO, *Principi de Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 517. QUINTANO RIOPOLLÉS, Antonio, *Delito permanente...* cit.; pp. 602 y 603. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General...* cit.; p. 421. ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Band I. Grundlagen der Aufbau der Verberchenslehre. München, 1992; p. 205, núm. 105. SAMSON en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil...* cit. Vor § 52, núms. 26 y 27. WINKLER, *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechen...* cit.; p. 59 (este último autor realiza una interesantísima exposición de la evolución del concepto de delito permanente en la doctrina alemana).

(168) Un detenido examen sobre esta definición del delito permanente en HRUSCHKA, *Die Dogmatik der Dauerstrafstaten und ...* cit.; p. 193. Otros autores representativos: LACKNER, *Strafgesetzbuch...* cit.; p. 329. STREE, cit.; núm. 86. VOGLER en *Leipziger Kommentar...* cit. Vor § 52, núm. 17.

siva del bien jurídico considerado (169). A pesar de estas discrepancias doctrinales, entre las distintas posiciones, no existen apenas diferencias.

En esta línea es de destacar que en la doctrina italiana, dado que se trabaja tan sólo con la categoría del delito permanente y se ignora la doctrina de la terminación, los límites de aquél se extienden, en principio, a otros supuestos de discordancia entre los momentos de la consumación y terminación. De ahí que la definición se determine (principalmente) con base en la prolongación temporal de la conducta y la sucesiva (y también progresiva) lesión del bien jurídico. Ahora bien, desde un examen estricto de los términos, en los delitos de consumación anticipada también existe extensión continuada e ininterrumpida de la acción después del momento de la consumación del delito, y nadie admite que dichas estructuras típicas sean delitos permanentes. La diferencia fundamental entre unos y otros radica, no en la mera extensión temporal postconsumativa de la actividad penal, o en la progresiva lesión del bien jurídico, (que también se produce en éstos últimos), *sino en la homogeneidad o heterogeneidad de la sucesiva realización del tipo*. Es decir, en los delitos permanentes la actividad postconsumativa se desarrolla homogéneamente, sin que satisfaga elementos nuevos del tipo penal en su progresiva proyección. En los delitos de consumación anticipada, en cambio, tras el momento adelantado de la perfección del delito (causación de lesiones, en el delito de robo violento, en relación con el art. 512), el comportamiento posterior sigue constituyendo otros elementos de la figura delictiva (por ejemplo, si tras las lesiones corporales el ladrón se apodera de la cosa hasta conseguir la disponibilidad plena o potencial sobre la misma).

Si se tiene presente esta distinción, es indiferente que se utilice una u otra expresión, pues esa nota de homogeneidad de la realización postconsumativa del tipo en el delito permanente es lo que dota a la mencionada estructura típica su concreta naturaleza específica, se denomine estado antijurídico, extensión temporal de la conducta o progresiva lesión del bien jurídico (170). Aquí se prefiere utilizar la locución «es-

(169) Otros autores hablan tan sólo de la continuidad de la conducta, y/o de la progresiva lesión del bien jurídico como elemento definitorio del delito permanente, sin referencia expresa, en el ámbito conceptual, al mencionado estado antijurídico, si bien es cierto que en los ulteriores desarrollos, las referencias al mencionado elemento nunca desaparecen por completo. Así, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 340. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 152. JAKOBS, Gunter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2.^a edic, Berlín-New York, 1991; p. 170. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 407. PADOVANI, *Diritto Penale...* cit.; p. 334.

(170) Siguiendo con el ejemplo más clásico de delito permanente, las detenciones ilegales, la sucesiva y progresiva lesión del bien jurídico postconsumativa, puede venir ocasionada indistintamente, bien por la creación de una situación antijurídica temporal (el autor encierra al secuestrado en una habitación cerrada con llave), bien mediante un constante comportamiento positivo por parte de ese autor (el agente, de gran envergadura física, impide permanentemente que el ofendido pueda recobrar su libertad ambulatoria, asíéndole con sus propias manos).

tado antijurídico» para significar esa nota de realización lineal del tipo, aunque el empleo de otra expresión pueda entenderse también como válida.

d) Intimamente relacionado con esto que se acaba de exponer, se encuentra otro requisito derivado de la propia naturaleza del delito permanente, el cual exige cierta perduración del mantenimiento del estado antijurídico para que el hecho pueda ser considerado como consumado. Si no se produce ese mínimo lapso de tiempo, existiría, si acaso, tentativa de delito, pero en ningún caso delito consumado (171).

De otra parte, las dos características anteriores determinan la estructura y naturaleza del delito permanente frente al delito de estado (denominación germánica) o también llamado delito instantáneo con efectos permanentes (expresión derivada de la doctrina italiana) (172).

En este sentido, se ha dicho que el elemento común al delito permanente y al delito de estado (o de consumación instantánea con efectos permanentes) es la creación de una situación antijurídica que se prolonga en el tiempo (173).

En cuanto a las diferencias entre ambas clases de tipos, se puede decir que en el delito permanente, tanto la constitución del estado antijurídico determinada por la consumación, como su mantenimiento, se hayan dentro del tipo de injusto; mientras que en el delito de estado sólo la creación de la situación antijurídica (merced a la realización formal del tipo) adquiere relevancia desde ese señalado punto de vista jurídico penal, quedando fuera del tipo la prolongación del estado an-

(171) Este requisito ha sido exigido tradicionalmente por la doctrina italiana: LEONE, Giovanni, *Del reato abituale, continuato e permanente*. Napoli, 1933; p. 399. PAGLIARO, *Ibidem*. RAGNO, Giuseppe, *Il reato permanente*. Milano, 1960; p. 313. RAMPIONI, Roberto, *Contributo a la teoría del reato permanente*. Padova, 1988; p. 21. SINISCALCO, Marco, *Tempus comissi delicti, reato permanente e successione di leggi penali*. Riv. it. dir. proc. pen. (1960), p. 1102.

(172) Aunque los conceptos básicos coinciden sustancialmente, de nuevo se observa que la distinción terminológica utilizada por la doctrina italiana y alemana, no es casual. La doctrina germánica, partiendo de la teoría de la terminación, estructuraba el delito permanente fundamentalmente con base en la creación del estado antijurídico, y de ahí que denominase delitos de estado a una tipología delictiva que, desde su perspectiva, también se define por una situación duradera de contradicción con el Derecho, si bien ésta resulta irrelevante para el Derecho Penal. En la doctrina italiana, que condiciona la elaboración dogmática del desarrollo temporal de la acción penal casi exclusivamente a través del delito permanente, el estado antijurídico viene a ser sustituido por la continuidad temporal de la acción y sus efectos en orden a la progresiva lesión del bien jurídico. De ahí que utilicen la locución de delitos instantáneos con efectos permanentes. No obstante, como tendremos oportunidad de ver más adelante, tanto en Italia como en Alemania, en la actualidad se desecha esta categoría y se prefiere aprovechar el concepto de delito instantáneo, el cual resulta más funcional. Se suelen mencionar como delitos de estado, no obstante, la bigamia, las falsoedades, los daños o el hurto.

En España, también equipara como idéntica realidad el delito instantáneo con efectos permanentes (denominación italiana) y el delito de estado, SANZ MORÁN, Ángel José, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. cit.; p. 116.

(173) HRSCHKA, *Die Dogmatik der Dauerstrafaten...* cit.; p. 193.

tijurídico (174). En consonancia con esta diferencia fundamental, en el delito permanente se produce una intensificación del contenido del injusto en tanto que perdure la situación antijurídica, lo que no ocurre en un delito de estado, cuyo contenido de injusto se agota en el instante de la constitución de dicho estado antijurídico (175). Como consecuencia de estas puntualizaciones, se puede decir, finalmente, que el delito permanente termina con la cesación del estado antijurídico, mientras que el delito de estado se consuma y concluye con la propia constitución de esa situación antijurídica (176).

La categoría dogmática de los delitos de estado, si tiene alguna razón de ser, ésta se concreta precisamente en esa función negativa de excluir la calificación de un tipo delictivo como delito permanente, en la medida en que guarda un punto en común cual es el estado antijurídico. Esta consideración impide que a un hecho penal definido bajo los presupuestos de un delito de estado, se le puedan atribuir las consecuencias jurídicas de la teoría de la terminación. Y, por ejemplo, si se determina que la bigamia forma parte de esta clase típica, se tendrá que admitir que el término de la prescripción comienza a transcurrir desde que se celebra el segundo matrimonio ilegal y no en un momento posterior.

Aun reconociendo esta función del delito de estado, desde hace algún tiempo, un sector doctrinal de gran relevancia tanto en Alemania como en Italia, postula por la supresión del señalado delito de estado, como categoría delictiva autónoma, en favor de su absorción por el concepto de delito instantáneo (177).

(174) HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 70. JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 687. LACKNER, *Strafgesetzbuch...* cit.; p. 329. QUINTANO RIPOLLÉS, *Delito permanente.* NEJ... cit.; p. 603. SCHEUFELE, *Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten...* cit.; p. 5. STREE en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar...* cit.; vor § 52, núm. 82.

(175) MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 408. LIVOS, *Grundlagen der Strafbarkeit wegen Hochverrat...* cit.; p. 344. En contra, WINKLER, *Vollendung und Beendigung...* cit.; p. 67.

(176) JAKOBS, Gunter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre...* cit.; p. 170, núm. 80. LIVOS, *Ibidem.* SAMSON, *LK..* cit.; vor § 52, núm. 27. HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 71.

En algún momento se ha intentado diferenciar ambas estructuras típicas en atención a la relación de dependencia del estado antijurídico de la voluntad del agente, de tal forma que en el delito permanente el querer del sujeto representaría el soporte del mantenimiento de la situación antijurídica, mientras que en el delito de estado, la prolongación del período antijurídico no dependería de la voluntad del agente. Si se atiende a esta diferencia, el hurto no podría ser calificado en ningún caso como delito de estado, pues la actuación del ladrón como si fuese propietario afirma siempre su voluntad de mantener ilícitamente en su ámbito patrimonial la cosa sustraída. Los autores, especialmente los alemanes, sin embargo, no están dispuestos a excluir de la mentada categoría al delito de hurto.

(177) A este respecto, se ofrecen tres argumentos. En primer lugar se dice que no sólo los delitos de estado, sino cualquier categoría delictiva, crea una situación antijurídica más o menos duradera (homicidio, lesiones, suplantación de la personalidad, etc), y por ello el delito de estado no aportaría nada nuevo respecto de los delitos instantáneos. En segundo lugar, en la medida en que, por definición, se admite que la situación

e) Mencionado ya en la diferenciación con el delito de estado, característico del delito permanente es el que la prolongación del estado antijurídico, o, si se quiere, de la conducta postconsumativa, determine a su vez una progresiva intensificación del contenido del injusto específico de la figura delictiva. Es decir, cada segundo transcurrido en la situación antijurídica, supone un aumento en el menoscabo o el peligro al bien jurídico protegido por la norma penal en comparación con el momento anterior.

f) Tanto la constitución como el mantenimiento del estado antijurídico depende, aun hipotéticamente, de la voluntad del agente, de tal forma que éste se halla en condiciones de occasionar el cese de dicha situación contraria a derecho, o, si se prefiere, de la acción u omisión temporal. A este respecto se ha dicho, y con razón, que la prolongación del comportamiento ilícito no se extiende cronológicamente de forma automática, sino que viene determinado por el querer del agente, bien mediante una constante actuación positiva (por ejemplo, en el delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas), bien a través de una conducta obstaculizadora que impide el retorno del estado antijurídico a la situación anterior e inicial de normalidad (por ejemplo, en el delito de detenciones ilegales, manteniendo cerrada la puerta de la habitación en la que se halla secuestrado el sujeto) (178).

g) Finalmente, se califica como delito permanente aquél cuya realización concreta en el supuesto real supone siempre la existencia de un hecho penal permanente (por ejemplo, detenciones ilegales, abandono de familia, conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas). No será, por tanto, delito permanente el tipo penal que, eventualmente, pueda perpetrarse bien de forma instantánea, bien en un arco temporal (así, el delito de injurias, en el ejemplo tantas veces citado, que puede cometerse instantáneamente, mediante un solo insulto, o de forma permanente, a través de un cartel).

Algunos autores italianos distinguen, sin embargo, entre delitos necesariamente permanentes (primer supuesto) y delitos eventualmente permanentes (segundo supuesto) (179). También en la doctrina alemana

antijurídica se haya fuera del tipo, desaparece toda relevancia jurídica de esta clase típica. Y, finalmente, dentro del mismo delito en su forma de aparición concreta, pueden surgir, o no, ese reiterado estado antijurídico, obstaculizando así cualquier posibilidad de estructurar un criterio general y científico. En esta línea, en cualquiera de las vertientes apuntadas, pero en todo caso, por la supresión de la categoría del delito de estado (o instantáneo con efectos permanentes): ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 413. HRUSCHKA, *Die Dogmatik der Straftaten...* cit.; p. 201. MANTOVANI, *Ibidem. LIVOS, Grundlagen der Strafbarkeit wegen...* cit.; p. 347. WINKLER, *Vollendung und Beendigung...* cit.; p. 68, nota 47.

(178) En términos similares se expresa RAMPIONI, *Reato permanente*. Riv. it. dir. proc. pen... cit.; p. 864.

(179) En este sentido, MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 408 (aunque entiende que los delitos eventualmente permanentes no cumplen función dogmática alguna, puesto que ésta viene derivada del concepto de consuma-

se ha llevado a cabo una distinción similar, pero con planteamientos diferentes (180).

Delito permanente, empleando correctamente los términos, es el denominado delito necesariamente permanente con el significado que le dota la doctrina italiana. No obstante, esto no quiere decir que otras estructuras típicas (delitos eventualmente permanentes, grupo intermedio de delitos, hechos permanentes) no tengan su significado para la doctrina de la terminación, muy al contrario, merecen ser tomados en consideración. Pero su tratamiento no debe situarse en el lugar que ocupan esta clase de infracciones (delitos permanentes en sentido estricto), sino en el ámbito de los delitos similares a éste que se acaba de señalar (181).

Pues bien, cuando se reunan todos los elementos y características relacionadas anteriormente en una figura delictiva, se puede decir, según nuestra opinión, que nos encontramos ante un delito permanente. De ahí que se pueda definir como delito permanente aquella estructura típica, cuya consumación requiere, además de la realización de todos los elementos constitutivos de la figura legal, una mínima extensión tempo-

ción). ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 230. RAGNO, *Il reato permanente...* cit.; pp. 311 y ss. En la doctrina española, adopta esta terminología, SANZ MORÁN, *Ibidem*.

(180) Ya se ha hecho referencia a la posición de HRUSCHKA, (*Die Dogmatik der Dauerstrafaten...* cit.; p. 201) que distingue entre delito y hecho penal, representando uno el tipo penal abstracto y el otro la concreción real de esa figura legal formal. Pues bien, para el autor citado, existe una categoría delictiva que denomina grupo de delitos intermedio (porque se hallan entre los delitos instantáneos y los delitos permanentes), que muestran como principal característica el que sus concreciones puedan derivar tanto en hechos penales permanentes como instantáneos (caso del delito de injurias). Este grupo intermedio, coincide con lo que la doctrina italiana denomina delitos eventualmente permanentes. La mentada distinción es aceptada, parcialmente, por HAU (*Die Beendigung...* cit.; p. 73) en la medida en que diferencia entre delito y hecho penal permanente, si bien no limita, como HRUSCHKA, todos los supuestos de la teoría de la terminación a tales categorías.

En similares términos, JESCHECK, (*Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 688) establece una tercera categoría de tipos penales en los que existe una discordancia entre el momento de la consumación y el momento de la terminación en atención, no ya a la estructura del delito, sino en razón de la concreta realización del tipo. De esta forma, de la formación casual de la acción en el caso concreto, aparecen supuestos en los que la ejecución del hecho penal adquiere similitud con el delito permanente, si bien el delito de base no puede ser calificado como tal, aunque reciben el mismo tratamiento jurídico (se cita el ejemplo del delito de lesiones ocasionado por una paliza, cuyo autor ejecuta la acción continua y reiteradamente mediante una pluralidad de golpes). También JAKOBS se encuentra en esta línea de pensamiento, y junto a los delitos permanentes en sentido estricto, sitúa los delitos permanentes en sentido amplio, que incluyen en su seno aquellos casos de continuación de la acción que se extiende más allá de la consumación (ejemplo, cuando el autor lanza a la víctima a un pozo, de tal forma que le ocasiona menoscabos de cierta entidad material y temporal), sin que la estructura abstracta del tipo que subsume el hecho requiera para todos los casos la extensión temporal de la acción.

De todo lo expuesto, se puede deducir que los planteamientos de la doctrina italiana y alemana difieren tan sólo en una mera cuestión terminológica.

(181) Sobre este punto, se puede recordar lo señalado en la nota 122.

ral de la acción, la cual crea a su vez un estado antijurídico dentro de la circunscripción del tipo, que se prolonga temporalmente merced a la voluntad del autor, y que incide en una progresiva y homogénea intensificación de la lesión o del peligro a un bien jurídico no destructible.

En el ámbito de la teoría de la terminación, el delito permanente presenta una fase en el desarrollo temporal del injusto con posterioridad a la consumación, que cesa cuando culmina el estado antijurídico. Dicha fase postconsumativa, claro está, se encuentra dentro del tipo y el final de aquélla implica necesariamente el cese de éste. En definitiva, el delito permanente se consuma cuando se reunen todos los elementos que configuran la correspondiente figura legal, y termina cuando cesa el estado antijurídico originado en el momento consumativo. Evidentemente, a ese periodo temporal le son asignables todas las consecuencias jurídicas de la teoría de la terminación que serán examinadas en la última parte de la presente investigación.

El contenido de este epígrafe debe finalizar con el examen de las estructuras típicas semejantes a los delitos permanentes, pero no idénticas, por faltar alguno de los elementos que se han designado en la elaboración de su concepto.

En la clasificación de JESCHECK se introduce una categoría en la que se incluyen todos los supuestos en los que la fase de la terminación se encuentra fuera del tipo. Esta categoría se rechaza en la medida en que el concepto de terminación que hemos establecido no admite transgresión alguna de los estrictos límites marcados por el tipo de injusto.

b) OTRAS ESTRUCTURAS ITERATIVAS SEMEJANTES AL DELITO PERMANENTE

Además del delito permanente, existen en el Código penal español otros delitos cuya estructura típica exige, necesariamente, una extensión temporal de la acción penal con posterioridad al momento de la consumación. Dichas estructuras típicas tienen muchos elementos en común con el delito permanente, si bien se reunen algunas características en los mismos que impiden su calificación dentro de esta clase típica.

Así, algunos de los delitos de incendios recogidos en el Capítulo VIII («De los incendios y otros estragos»), del Título XIII («De los delitos contra la propiedad») del Libro II del Código penal, describen la acción con el verbo típico «*incendia*», dado que la mayoría de las figuras delictivas que se encuentran en esa sección primera del capítulo mencionado, comienzan con la proposición «... Los que incendiaren....». Atendiendo al tenor literal del precepto, se consuman estos delitos con la conducta de incendiar, esto es, según el Diccionario, con la actividad consistente en poner fuego a una cosa para destruirla o dañarla. Toman do como base esta definición u otras similares, la doctrina española es-

tablece que los delitos de incendio, en este sentido, se consuman con la aplicación del fuego al objeto material, siendo necesario que se produzca una mínima combustión y propagación de dicho fuego, si bien no se requiere en este estadio que la cosa quede totalmente destruida o reducida a cenizas (182). Esta consideración, junto al reconocimiento de la posibilidad de la comisión por omisión en el delito de incendios originada en el principio de la ingerencia (183), son dos datos a tener presente para la admisión de la teoría de la terminación.

En efecto, la perfección del tipo exige tan sólo que el sujeto incendie, esto es, que ponga en marcha mediante la aplicación del fuego sobre la cosa propensa a arder, el proceso natural de combustión destinado a destruir o dañar a la misma. Pero, por su propia naturaleza, ese proceso de combustión que sufre el objeto incendiado, no es instantáneo, por el contrario, transcurre a lo largo de un período temporal más allá del momento en que se ha producido la ígnea acción. Surge entonces la cuestión de si se ha de considerar como típica o atípica la fase de propagación del fuego que se puede desarrollar con independencia de la voluntad del agente. Atendiendo a una estricta interpretación literal de los términos legales, se podrá decir que este ulterior estadio no forma parte del tipo de injusto, en la medida que la referencia normativa sólo se dirige a la acción inicial de incendiar y no al ulterior proceso de combustión (184). Claró está, que si se admitiese una tesis exegética tan estricta, se podría afirmar de igual forma que el mantenimiento de la situación privativa de libertad en el delito de detenciones ilegales tampoco pertenece al tipo de injusto porque este sólo expresa como acciones típicas las de «detener o encerrar», y no las de continuar ese encierro o detención; y cierto es que esta consecuencia no es aceptada por ningún autor.

Y no podía ser de otra forma si se tiene en cuenta que el criterio interpretativo gramatical y literal es uno, pero no el único, de los posibles a utilizar en la determinación de la subsunción de una conducta en la norma correspondiente. La interpretación sistemática y teleológica, no la estrictamente gramatical, como plasmación de las reglas de la lógica aplicables al fenómeno jurídico, lleva al convencimiento del jurista la

(182) En términos similares, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos...* cit.; p. 360, núm. 14. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial...* cit.; p. 367. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. T. IV. Infracciones contra la comunidad social*. Madrid, 1967; p. 181. ORTS BERENGUER, Enrique, en *Derecho Penal. Parte Especial...* cit.; p. 991. RODRÍGUEZ DEVESAS, *Derecho Penal Español. Parte Especial...* cit.; p. 393.

(183) BAJO FERNÁNDEZ, Op. cit.; núm. 15. MUÑOZ CONDE, Op. cit.; p. 368. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal...* cit.; p. 183.

(184) Algunos autores en la doctrina alemana (o que escriben en dicha lengua) han entendido que el resultado de la acción incendiaria (la reducción a cenizas de la materia en cuestión), queda fuera del tipo legal. Así, BRZILEKIS, *Über die strafrechtliche Abgrenzung...* cit.; p. 730. RUDOLPHI, SK... cit.; vor § 22; pp. 3 y 4. VOGLER, LK.. cit.; vor § 22, núm. 30. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts...* cit.; p. 465.

aceptación de que, por ejemplo, también el mantenimiento de la situación de privación de libertad pertenece al tipo de injusto del delito de detenciones ilegales. Y esto es así porque la interpretación estrictamente formal y literal de los términos típicos no se puede confundir con una interpretación con sentido, admisible, de las diferentes posibilidades de configuración del tipo de injusto. Aquella va dirigida a la determinación del primer momento consumativo, y aparece como filtro de las conductas jurí-dicopenalmente relevantes con máximo rigor. Esta otra se presenta en la determinación de la fase de realización del tipo postconsumativa (terminación) y está orientada por criterios teleológicos, y todavía formales, emanados de la peculiar consideración del bien jurídico. Recurriendo a esta distinción, diremos que quien introduce a una persona sin su consentimiento en una habitación y cierra la puerta de la misma por un lapso considerable de tiempo, su conducta coincide con los términos legales de «encerrar» y «privar de libertad»; y en este sentido *consuma* el delito de detenciones ilegales (interpretación literal, momento consumativo). Pero si cuatro días más tarde, el sujeto agente continúa impidiendo que la víctima recobre su libertad, aun cuando su comportamiento no venga descrito exactamente por ningún vocablo del texto legal que regula los delitos de detenciones ilegales (no se señala la conducta de «impedir la liberación del secuestrado»), nadie podrá negar que se continúa realizando el tipo penal del art. 480 del Cp (interpretación teleológica y sistemática, fase de la terminación).

Siguiendo esta línea argumentativa, se entiende que circunstancias típicas que configuran la acción penal correspondiente, sólo reflejan el primer momento consumativo de la conducta delictiva, como es el caso de las mentadas «encerrar o detener» (art. 480), «incendiar» (arts. 547 y ss) o «causar daño» (arts. 557 y ss). De ahí que no sea necesario en la fase de la terminación una fijación gramaticalmente estricta a los vocablos de la figura delictiva, sino, por el contrario, es suficiente la demostración de una relación de continuidad de la conducta enjuiciada con uno de los elementos del tipo que han sido realizados literalmente en la consumación; además de la subsiguiente lesión al correspondiente bien jurídico protegido (185).

Aplicado esto al delito de incendios, si se siguiese a la doctrina clásica en esta materia, se podría decir que el delito se agota con el hecho de «incendiar», quedando fuera del tipo las conductas de «mantener el

(185) Ha sido WINKLER quien ha establecido con mayor claridad la intervención de los distintos criterios de interpretación según la fase de realización del tipo que tenga lugar. Refiriéndose a la terminación del delito, ha señalado: «El «como» de esta continuación está limitado en cierta forma por medio de la circunscripción típica, no, sin embargo, por el tenor literal formal de una circunstancia típica, sino a través de las fronteras del medio de ataque que resulta de la interpretación teleológica del total del tipo». WINKLER, *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechen...* cit.; p. 37. En el ámbito de los delitos de incendio llega a la misma conclusión, pero aduciendo razones de tipo literal y material, KUPER, Wilfried, *Grenzfragen der Unfallflucht*. JZ (1981); p. 252.

incendio» o «ampliar el fuego», por no venir éstas descritas formalmente en el texto de la norma de referencia (186). Pero, desde el punto de vista que aquí se defiende, se tiene que llevar a cabo una distinción. Para la consumación, entendida como la realización de todos los elementos que constituyen el tipo, es suficiente con la conducta de aplicación del fuego al objeto material correspondiente, con cierta propagación del proceso de combustión, es decir, basta con que el sujeto «incendie» la cosa. Pero la continuación del hecho incendiario no necesariamente tiene porqué coincidir exacta y formalmente con los términos típicos de las respectivas figuras delictivas. Sin embargo, en la medida en que la interpretación sistemática y teleológica, orientada fundamentalmente por la ulterior lesión del bien jurídico, establezcan las bases suficientes para la posible incardinación de la actividad postconsumativa en la circunscripción del tipo, se puede admitir, sin violar el principio de legalidad, que dicha actividad postconsumativa continúa siendo típica. Y esto responde al criterio, que aquí ha sido reiteradamente expuesto, según el cual el espacio temporal de la terminación no se caracteriza, o no necesariamente, por la permanente consumación del delito (187). A esta conclusión conduce, en definitiva, la distinción entre consumación y realización del tipo, que llega a identificarse en los delitos instantáneos, pero que no se puede confundir en los delitos con una fase diferenciada de terminación.

Los delitos de incendios, por tanto, se consuman cuando el agente pone en marcha el proceso de combustión mediante la aplicación del fuego a la cosa, con una mínima propagación del mismo; termina, por el contrario, cuando concluye este proceso de combustión, es decir, cuando el objeto material del delito deja de arder, bien porque se apaga la cosa de forma natural o por intervención de un tercero, bien porque esta queda reducida a cenizas y existe una imposibilidad química para que continúe ardiendo. Es, por tanto, una estructura típica que muestra, junto al momento de la consumación, este otro del momento de la terminación (188).

(186) Este mismo ejemplo de dificultad subsuntiva en el delito de incendio es señalado por KÜHL, *Die Beendigung...* cit.; p. 20. Sin embargo, el citado autor, siguiendo a WINKLER, entiende que la circunscripción del tipo abarca desde otra perspectiva a esas conductas postconsumativas (p. 105). En favor de la subsunción típica se mostró ya en 1961 STRATENWERTH, Günter, *Urteilsammerkung zu OLG Hamm. JZ* (1961); p. 97.

(187) En este sentido, WINKLER, Op. cit.; p. 73.

(188) No es esta una opinión innovadora, si bien es cierto que pocos autores se han preocupado por el estudio de esta cuestión. QUINTANO muestra, en cierta medida, que en nuestro derecho positivo se puede defender la tipicidad de la fase de propagación del fuego con posterioridad a la conducta incendiaria: «... en lo que asiste razón a la jurisprudencia española, pues la tesis que aquí se propugna es la de un *resultado típico*, que es el del incendio mismo. Tampoco puede decirse que sea punto de vista revolucionario y modernista germanizante, pues GROIZARD en la antigua doctrina española (T. VIII, p. 33) y CUENCA CALÓN en la moderna (T. II, p. 860) estimaron ser elemento ejecutivo estimativo precisamente el de la posibilidad de propagación, sin llegar, claro está, a la exigencia alemana del incremento del fuego hasta no ser dominado, que es seguramente excesiva, y desde luego inadecuada a nuestra dogmática.». QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal...* cit.; p. 182.

De otra parte, es claro que los delitos de incendios no son delitos permanentes. Tienen en común la extensión temporal de la acción penal, que supera el momento marcado por la realización formal de todos los elementos del tipo (consumación).

Sin embargo, dos son las diferencias que presentan ambas estructuras delictivas. De una parte, el propio bien jurídico, que en el delito permanente nunca puede ser destructible, merced a esa condición de elasticidad que posibilita la recuperación del mismo a la situación original anterior al ataque; mientras que en los delitos de incendios el bien jurídico tiene, nunca mejor dicho, una naturaleza crematística, en virtud de la cual el objeto de protección sufre un menoscabo reflejado en un deterioro material de su propia consistencia estructural. De otra parte, la extensión temporal de la acción penal y la correspondiente intensificación del contenido del injusto en el delito permanente, necesitan de la actuación del agente, que con su voluntad coadyuva a la progresión del estado antijurídico u obstaculiza la actividad opuesta al mantenimiento del mismo. En los delitos de incendios, por el contrario, por el propio proceso natural de cremación, el desarrollo del fuego subsiguiente a la acción incendiaria del sujeto agente, puede tener lugar con independencia de la actividad del pirómano, y en ocasiones, incluso con independencia de su propio querer.

En fin, nos encontramos ante un delito, que en el desarrollo temporal de la acción presenta una fase de la terminación distinta de la propia consumación, y que no se identifica con el delito permanente. Una vez más se tiene que resaltar la necesidad de introducir en la dogmática de la Parte General del Derecho Penal el concepto de terminación, pues, ni la categoría de la consumación (frente a BITZILEKIS), ni el tipo penal del delito permanente (frente a HRUSCHKA y la mayoría de la doctrina italiana) son suficientes para ofrecer una explicación en orden a la satisfacción de determinadas funciones, en ciertas estructuras delictivas como es ésta de los delitos de incendios.

Dentro de los tipos penales con estructura iterativa semejante a los delitos permanentes, se tienen que mencionar, aun muy brevemente, una serie de infracciones que, aun cuando no siempre presentan una fase de terminación en su realización a través del correspondiente hecho penal, en determinadas concreciones, sin embargo, aparecen como estructuras impuras o híbridas periodo, que muestran elementos configuradores de hechos permanentes, continuados y similares.

Así, los denominados por la doctrina italiana delitos eventualmente permanentes, o como aquí se ha mencionado, siguiendo la propuesta de HRUSCHKA, hechos penales permanentes, como concreciones reales de ciertas figuras legales que en puridad no son delitos permanentes, constituyen diferentes supuestos de estructuras típicas con una fase de la terminación distinta de la consumación. En este sentido, unas lesiones se pueden producir de forma instantánea (un solo golpe), o a lo largo de un periodo temporal (varios golpes que no producen un menoscabo irre-

versible). En este segundo caso, si el daño corporal es susceptible de curación total, el delito se consuma con el primer acto de agresión (en el supuesto de que éste tuviese por si sólo la suficiente entidad para requerir una primera asistencia facultativa y ulterior tratamiento médico o quirúrgico) y termina con el último golpe de la agresión corporal.

Al igual que existen estructuras iterativas semejantes al delito permanente (hemos visto el supuesto del delito de incendios), también existen determinados tipos penales cuyas concreciones, es decir, cuyos hechos penales, pueden presentar, en la específica realización del tipo penal, una forma en el desarrollo temporal de la acción penal similar a aquéllos. Y bajo estos presupuestos, en los delitos de daños, que se pueden producir por un solo acto violento (lanzar el valioso jarrón al suelo) o a través de una pluralidad de actos que constituyen una sola acción (por ejemplo, derribando toda la casa golpe a golpe), también se muestra la necesidad de acudir a la teoría de la conclusión del delito. En este segundo caso, nos encontramos ante hechos penales que, sin ser hechos penales permanentes (por ausencia del requisito de elasticidad del bien jurídico), se caracterizan por la separación de momentos entre consumación y terminación. En el ejemplo citado, la casa puede quedar destruida cuando el sujeto ha privado de su funcionalidad a la misma mediante la acción de menoscabo material (consumación del delito), pero la conducta puede proseguir hasta que la vivienda quede reducida totalmente a escombros.

No obstante, esta última categoría de hechos penales, es menos importante que las anteriores respecto de la aplicación de la teoría de la terminación, por depender la formación de las diferentes fases de la ejecución del delito más de la conformación casual de la acción en la peculiar forma de aparición del hecho penal en el caso concreto, que de la propia estructura típica de la figura legal que toma por base.

Con el examen de los hechos penales quasi-permanentes, termina esta tercera parte de la investigación dedicada a la determinación del concepto de terminación y a su configuración en las diferentes estructuras típicas. Queda por examinar, en último lugar, las diferentes consecuencias jurídicas que se derivan de la distinción entre las categorías de la consumación y terminación, que constituyen el resultado evidente de la elaboración teórica realizada con anterioridad.

IV. LA TERMINACIÓN DEL DELITO: CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Una de las primeras conclusiones vertidas en la presente investigación, destacaba la necesidad de introducir dentro de los conceptos de la Parte General del Derecho Penal, éste de la terminación del delito, pues a él se le podían asignar ciertas funciones que eran incapaz de cumplir

otras categorías de la teoría jurídica del delito, como la consumación o el delito permanente. Con posterioridad, se estableció el contenido que, desde nuestro punto de vista, tenía que dibujar la propia definición y los límites de la terminación del delito, adoptándose al respecto un criterio objetivo (ulterior menoscabo del bien jurídico) y formal (la fase de la terminación debe circunscribirse al ámbito del tipo de injusto, aun cuando no sea necesario para ello una interpretación estrictamente literal) que pudiese aunar la necesidad de protección de bienes jurídicos por parte del Derecho Penal con el propio principio de legalidad. Seguidamente, se estudiaron las diferentes clases de tipos cuya estructura típica exigía ya en el desarrollo temporal del delito un momento de la terminación diferente al de la consumación, estableciéndose la relación entre esos dos momentos y la peculiar conformación del respectivo tipo de injusto (delitos con consumación anticipada, delitos permanentes y quasi-permanentes).

Tras este proceso de investigación teórica de la terminación del delito, se tienen que examinar, aun brevemente, las repercusiones jurídico-penales que se derivan de las acciones punibles que trascienden al momento de la consumación. Las consecuencias jurídicas de la terminación del delito, por tanto, representan el resultado de una elaboración dogmática que incide en la resolución de muchas cuestiones relacionadas con la teoría general del delito, e incluso, del Derecho Penal. Y es que no se puede olvidar que el concepto de terminación, como todo concepto dogmático, para que pueda ser una categoría plena de sentido, debe cumplir alguna función en la solución de las distintas cuestiones jurídicas. Por obvias razones, no podemos examinar todos los problemas que representan las diversas instituciones que van a incidir en este apartado (autoría y participación, legítima defensa, prescripción, etc.), quedando el análisis reducido a los aspectos que se relacionan con el ámbito postconsumativo de cada una de aquéllas.

Pasamos, pues, al estudio de algunas de las más importantes repercusiones jurídicas derivadas de la doctrina de la terminación.

A) Autoría y participación

La fase de la terminación del delito, se ha dicho líneas atrás, viene determinada por una postzona típica en la que la acción penal se extiende más allá del momento de la consumación, incidiendo en un incremento del peligro o en una intensificación de la lesión del bien jurídico correspondiente. La terminación del delito, en determinadas estructuras típicas, constituye un sector del desarrollo temporal del delito. La terminación del delito, en definitiva, forma parte del presupuesto de la punibilidad (189), y en este sentido va a repercutir en uno de los elementos que la determinan: la responsabilidad penal.

(189) En similares términos se expresa JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 696.

A este respecto, hay que tener presente que el art. 14 del Cp establece la consideración de autor a «los que toman parte directa en la ejecución del hecho», a los que «fuerzan o inducen a otros directamente a ejecutarlo» o a los que «cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere ejecutado». Como partícipes no autores, según el art. 16, se califican a los que «no hallándose comprendidos en el art. 14, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

Cierto es que en la mayoría de los casos, los supuestos de coautoría o participación se van a centrar casi exclusivamente en hechos cuya intervención del coautor o partícipe comienza en la consumación del delito o incluso en un momento anterior. Sin embargo, la cuestión nace respecto de los supuestos en los que la contribución del coautor o del cooperador al delito se produce con posterioridad a la consumación y a la intervención del autor principal, pero sin que el injusto típico haya llegado al momento de la terminación. Se trata así de determinar los límites de la responsabilidad criminal del coautor y partícipe sucesiva a la conducta del autor principal y a la propia consumación del delito.

Las estructuras típicas que admiten una fase de la terminación representan, como se ha señalado en varias ocasiones, supuestos de unidad típica de acción. La valoración del tipo de injusto es, a estos efectos, única (190) y no puede escindirse parcialmente según la aparición temporal de cada uno de los que, de una forma o de otra, contribuyen o auxilian a la realización del delito en cuestión.

De ahí que la referencia legal a la ejecución del hecho se tenga que identificar, necesariamente, con la realización del tipo de injusto (191), no sólo en atención a la consumación del delito, sino comprendiendo también la fase de la terminación (192).

(190) En este sentido, JESCHECK, *Ibidem*.

(191) No es este el momento ni el lugar adecuado para delimitar exactamente la naturaleza de la locución legal «ejecución de un hecho». En este apartado, interesa más el período temporal en el que se desarolla la actividad criminal, que la naturaleza valorativa o meramente fáctica del contenido de los términos empleados. Sobre la relación entre autoría y participación, de una parte, y el significado del término «hecho» en el art. 14 del Cp, véase, desde diversas perspectivas, los siguientes: DÍAZ y GARCÍA CONILLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*. Barcelona, 1991; pp. 241 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal* Madrid, 1966; p. 215. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la prensa)*. Madrid, 1977; pp. 165 y ss.

De otra parte, PEÑARANDA RAMOS (*La participación en el delito y el principio de accesoria*). Madrid, 1990; pp. 243 y ss) excluye del principio de accesoria, con acierto, el tiempo de comisión del delito; cuestión que no debe confundirse con el desarrollo temporal del injusto, que es la tratada aquí.

(192) Esta afirmación es consecuente con nuestro concepto en materia de terminación. Sin embargo, en la doctrina española se suele interpretar la locución «ejecución del hecho», a estos efectos, como contribución a la consumación del delito. En estos términos, RODRÍGUEZ MOURULLO establece la definición de coautoría sucesiva «cuando una persona toma parte en un hecho cuya «ejecución se inició» en régimen de autoría única por otro su-

Como consecuencia de todo lo dicho, se desprende la siguiente conclusión: se predica la posibilidad de aparición de coautoría o participación con posterioridad a la consumación del delito, siempre y cuando éste continúe en la realización del injusto hasta el momento de la terminación (193).

Problema diferente, que debe ser resuelto en el caso concreto, es el que determina la calificación de coautor o de partícipe según la mayor o menor intervención temporal en el hecho. A estos efectos, y aun cuando pueda existir cierta relación entre ambas categorías, se ha de señalar que

jeto, a fin de, ensamblando su actuación con la de éste, lograr la consumación» (*Comentarios al Código penal...* cit.; p. 837). Sin embargo, nuestra discrepancia es más terminológica que material, pues el propio autor establece que la posibilidad de una coautoría sucesiva cesa, conforme al art. 14, 1.^º, cuando se ha concluido ya por el primer sujeto la ejecución del hecho típico (*ibidem*); esto es, traducido según nuestra posición, cuando ha terminado el delito.

Más clara es la posición de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, quienes mantienen expresamente que en los supuestos de coautoría sucesiva el acuerdo delictivo se puede producir entre la consumación y la terminación del delito (o, como ellos la denominan, hasta la terminación de la ejecución). COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 577.

(193) BITZILEKIS (*Über die strafrechtliche Abgrenzung...* cit.; pp. 732 y 733), niega la posibilidad de autoría y participación en la fase de la terminación. Las críticas del autor van dirigidas a aquellas tesis que postulan por el entendimiento de esta fase incluso en supuestos que caen fuera del tipo. En este punto, el autor lleva razón puesto que extender la responsabilidad criminal a los niveles de autor o cómplice a quien no ha intervenido en un hecho típico, viola a todas luces el principio de legalidad. La crítica no es original, pues ya GALLAS en 1937 señalaba que la «complicidad es participación en una acción punible, esto es, en una conducta tipificada legalmente.. pero no cualquier intervención en la lesión (o en la puesta en peligro) del interés protegido por la respectiva norma penal». GALLAS, Willheim, *Urteilsanmerkung zu Reichsgericht 22. 4. 1937 (2D 10/37. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. (1937); p. 439. Otras voces críticas de la doctrina alemana por similares razones que las señaladas por el autor griego, se exponen por RUDOLPHI (*Die zeitlichen Grenzen der zukzessiven Beihilfe...* cit.; pp. 561 y ss), que suelen coincidir con los autores que se encuentran en las tesis positivas limitadas o negativas de la terminación. Vease, al respecto, *supra* I, C,a) y b).*

Sin embargo, nuestra posición parte de la consideración de la fase de la terminación bajo la circunscripción del tipo de injusto, de tal forma que la consecuencia señalada en el texto no puede ser objeto de la crítica de BITZILEKIS.

En favor de la tesis señalada en texto, se muestra la mayoría de la doctrina. Así, ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar...* cit. Vor § 22, núm. 11. HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 114. KÜHL, *Die Beendigung...* cit.; pp. 81 y ss. LIVOS, *Grundlagen der Strafbarkeit wegen Hochverrat...* cit.; p. 343. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 408. RAMPIONI, Roberto, *Contributo a la teoría del reato permanente...* cit.; p. 78 (si bien sus conclusiones se obtienen en el ámbito del delito permanente). RUDOLPHI, SK... cit. Vor § 22, núm. 7. (si bien el autor matiza, con acierto, que la coautoría y participación postconsumativa debe de tomar por base el hecho típico). Del mismo autor y con los mismos argumentos: *Die zeitlichen Grenzen...* cit.; p. 577. SCHEUFELE, *Formelle Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten...* cit.; pp. 68 y 71. WINKLER, *Vollendung und Beendigung...* cit.; pp. 123 y ss. WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* p. 77.

En el ámbito de la teoría general de la autoría y participación, pueden citarse las amplias referencias bibliográficas (tanto en favor como en contra) de JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts...* cit.; pp. 614 (nota 17) y 627 (nota 36).

lo decisivo no es el elemento cronológico sino la clase y calidad de la conducta del sujeto que toma parte en la realización del injusto (194).

Finalmente, se ha de resaltar que si la contribución se realiza con posterioridad a la terminación del hecho punible, no nos encontraremos ante un supuesto de autoría o participación, sino, en su caso, de encubrimiento en la medida en que se reunan los requisitos que marca el art. 17 del C. p., o receptación o encubrimiento con ánimo de lucro de los artículos 546 bis a) y ss. (195).

B) Circunstancias cualificativas

Con posterioridad a la consumación, pero antes de que llegue la terminación del delito, es posible que, en ciertas figuras delictivas, aparezcan determinadas circunstancias específicas de agravación que determinan una mayor sanción para el tipo de injusto de referencia. Es preciso atender en este punto, aun brevemente, a las peculiaridades del derecho positivo español, pues las características en este ámbito del derecho alemán son totalmente distintas y de imposible traslación a nuestra realidad jurídica.

Así, en ocasiones, en la medida en que la fase de la consumación en los delitos permanentes supone una intensificación homogénea del mismo injusto, el legislador puede valorar de forma diferente, a efectos de establecer la punibilidad, la duración del estado antijurídico. De esta forma, en el delito de detenciones ilegales realizadas por particular, la sanción variará según que la privación de libertad haya durado hasta tres días, entre tres y quince días o más de quince días (196). Este mismo cri-

(194) Se postula, como se señala en el texto, por la posibilidad de la coautoría o participación sucesiva a la consumación del delito. Ahora bien, esto no significa que el coautor o el partícipe sucesivo responda criminalmente de forma idéntica que el autor principal anterior. De esta forma, respecto de las circunstancias cualificativas y de los tipos agravados o atenuados, se imputarán a quienes concurran los requisitos materiales y personales que requiera el correspondiente precepto, y en ningún caso su aplicación puede ser automática.

(195) El Código penal español es bastante coherente en estos términos en relación con los supuestos de autoría y participación. El art. 17, a estos efectos, determina los supuestos de encubrimiento de forma negativa, es decir, en tanto y en cuanto, aun existiendo conocimiento de la perpetración de un hecho punible, no se ha intervenido en el mismo ni como autores ni como cómplices. Es decir, la intervención del encubridor se realiza cuando el hecho punible ya se ha ejecutado, o, lo que es lo mismo, cuando éste ha superado el momento de la terminación. En los mismos términos se expresan los artículos 546 bis a) y ss. que exigen el aprovechamiento propio o de tercero de los objetos procedentes de un hecho penal contra la propiedad, conducta que debe presuponer el conocimiento del delito de referencia y producirse con posterioridad a la comisión del mismo.

Los términos que emplea la ley de «ejecución», «perpetración» o «comisión», son sinónimos en este ámbito de aplicación y representan la total realización del tipo de injusto, incluida la fase ulterior al momento consumativo.

(196) El art. 480 del Cp establece, en su primer párrafo, la penalidad para los supuestos normales de detenciones ilegales: «El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión mayor». Sin embargo, cuando la privación de libertad dura menos de tres días y se reunen determinados re-

terio impera en las detenciones realizadas por funcionario público, dado que la penalidad varía según que la duración de la detención no exceda de tres días, se sitúe entre tres a quince días, quince días a un mes, un mes a un año y, finalmente, en aquéllas detenciones que excedan más de ese tiempo (197). Otro supuesto similar lo proporciona el art. 516 bis del texto punitivo, que establece una distinta penalidad dependiendo de si la utilización ilegítima del vehículo de motor ajeno es inferior o superior a las veinticuatro horas (198).

En otras ocasiones, la circunstancia cualificativa tiene lugar con posterioridad al momento consumativo, pero por razones distintas a la progresión homogénea del contenido del injusto. Así, en el delito de tenencia ilícita de armas, se produce la consumación en el momento que se adquiere la tenencia del arma sin la guía o licencia oportuna (199). La penalidad puede aumentar si el autor realiza alguna circunstancia de las señaladas en el art. 255, por ejemplo, altera o borra la marca de fábrica o el correspondiente número de serie (200). Del texto no se deduce que

quisitos, el mismo precepto, en su párrafo tercero, establece una atenuación: «Si el culpable diere libertad al encerrado o detenido, dentro de los tres días a su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiere al haber comenzado el procedimiento, las penas serán de prisión menor y multa de 100.000 a 200.000 pesetas». Cuando el encierro o detención dura más de quince días, el art. 481 en su núm. 2.^º establece una agravación: «El delito previsto en el artículo anterior será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo a reclusión menor en su grado medio, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurriese el culpable: ... 2.^º Si el encierro o detención hubiere durado más de quince días». Por último, algún autor ha entendido que la conducta del art. 483 («El reo de detenciones ilegales que no diere razón del paradero de la persona detenida o no acreditarle haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor») se trata de una cualificación respecto del genérico delito de detenciones ilegales en base a que la situación de privación de libertad se prolonga indefinidamente: COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, *Derecho Penal. Parte Especial...* cit.; p. 710.

(197) Art. 184 del Cp: «El funcionario público que practicare ilegalmente cualquier detención incurrá en la pena de suspensión si la detención no hubiere excedido de tres días, en las de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas si, pasando de este tiempo, no hubiere llegado a quince; en la de inhabilitación absoluta si, no habiendo bajado de quince días, no hubiere llegado a un mes; en la de prisión menor, si hubiere pasado de un mes y no hubiere excedido de un año, y en la de prisión mayor, si hubiere pasado de un año».

(198) La conducta base del delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno viene señalada en el primer párrafo del art. 516 bis: «El que, sin la debida autorización y sin ánimo de haberlo como propio, utilizare un vehículo de motor ajeno, cualquiera que fuera su clase, potencia o cilindrada, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas». Pero «cuando, en los casos previstos en los párrafos anteriores, el culpable dejare transcurrir veinticuatro horas sin restituir directa o indirectamente el vehículo, se le impondrá conjuntamente las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, aplicándose, en su caso, las de los artículos 515 o 505, respectivamente, cuando sean de mayor gravedad».

(199) El art. 254 del Cp establece: «La tenencia de armas de fuego fuera del propio domicilio, sin poseer la guía y la licencia oportunas, o en el propio domicilio, sin la guía de pertenencia, se castigará con la pena de prisión menor».

(200) El art. 255 reza de la siguiente forma: «El delito definido en el artículo anterior se castigará con prisión mayor cuando concurriere alguna de las circunstancias si-

las mencionadas agravaciones específicas tengan que aparecer con anterioridad al momento en el que se realizan todos los elementos constitutivos del tipo. Es suficiente, por el contrario, con el dato de que éstas tengan lugar antes de que el sujeto sea detenido o se regularice la situación antijurídica, esto es, antes de que se produzca la terminación del delito.

La agravación también se puede producir, en otros supuestos, no por una especial valoración de la homogénea y progresiva intensificación del injusto, como ocurría en el primer supuesto; o por otras circunstancias de política criminal, como en el segundo, sino por la aparición de ciertas condiciones que determinan un radical aumento del peligro al bien jurídico protegido. Es posible, por tanto, que un delito de abandono de familia se consume por el abandono malicioso del domicilio conyugal, dejándose de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio. Si, transcurrido algún tiempo, el autor deja de prestar incluso la asistencia indispensable para el sustento de los sujetos protegidos (por ejemplo, gastando todo el dinero de la única cuenta corriente familiar), se aplicará la agravación del párrafo segundo de ese art. 487 del Cp (201). Es, pues, una muestra más de la aparición de una circunstancia específica de agravación en la fase que media entre consumación y terminación.

Pero no sólo en los delitos permanentes se aprecia esa posibilidad de concurrencia postconsumativa de una circunstancia de agravación específica. En otros delitos con fase de terminación, pero sin que puedan ser calificados como delitos permanentes, se puede observar la presencia de una agravante específica después del momento en el que se reunen todos los elementos constitutivos del tipo penal. De esta forma, en los delitos de incendios forestales, la infracción se consuma, según establece el art. 553 bis a), cuando se incendian masas forestales o montes. Es suficiente, por tanto, con la conducta de prender fuego a este peculiar objeto material y cierta propagación del proceso de combustión para que se entienda que el tipo ya reúne todos los elementos que determinan la perfección

guientes: 1.^º Que las armas carecieren de marca de fábrica o de número, o los tuvieran alterados o borrados. 2.^º Que fueren extranjeras o hubieren sido introducidas ilegalmente en territorio español; y 3.^º Que, aun siendo españolas exportadas, hubieran vuelto a ser introducidas ilegalmente en territorio nacional». En esta agravación no se determina el momento en el que se realiza mentada conducta, por lo que se podrá admitir la agravación tanto si el autor recibe el arma con los números borrados o alterados, como si dicha conducta la realiza el reo con posterioridad a la consumación.

(201) La agravante específica del mentado precepto expresa: «Cuando el culpable dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores e incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser, respecto al último, que estuvieren separados por culpa del referido cónyuge, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas».

formal del presupuesto de la punibilidad (202). Sin embargo, si tras la consumación del delito, el fuego llega a producir consecuencias devastadoras de las señaladas en el art. 553 bis b) (203), se impondrá una mayor pena conforme al mismo precepto. El desarrollo de la fase de la terminación, pues, da lugar, en ciertas condiciones, a la aplicación de la agravación correspondiente.

Por último, también delitos que normalmente no presentan ninguna fase de terminación, pero en determinadas concreciones puede prolongarse la acción tras la consumación, posibilitan, tras ese momento, la aparición de un elemento agravatorio específico. Nos referimos a los hechos permanentes con fase de terminación, que pueden dar lugar, en supuestos concretos, a una agravante específica, si bien es cierto que no es ésta su fase de aparición (con realización prolongada del tipo) donde con más frecuencia se produzca este evento. Y en ciertos delitos de lesiones, si el agente, tras ocasionar menoscabos corporales susceptibles por sí mismos de provocar una primera asistencia facultativa y ulterior tratamiento médico o quirúrgico, en la continuada acción lesiva, emplea tortura, vera incrementada su responsabilidad criminal (204).

Otros muchos ejemplos se podrían encontrar en el Código penal. No obstante, con los supuestos analizados se considera completada una visión panorámica general en la que se ofrece, resumidamente, pero con meridiana claridad, la relación existente entre determinadas figuras delictivas que presentan una fase ejecutiva de terminación del delito; y la aparición de ciertas circunstancias específicas de agravación en esas figuras delictivas entre los momentos de la consumación y la conclusión del delito.

(202) Si no se produce esta propagación del incendio, no se aplicarán las reglas de la tentativa puesto que el art. 553 bis c) establece una figura especial: «Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 1 a 10 millones de pesetas el que prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos...».

(203) Art. 553 bis b): «Las penas señaladas en el artículo anterior se impondrán en su grado máximo cuando el incendio alcance especial gravedad atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que afecte a una superficie de considerable importancia. 2.º Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos. 3.º Que alteren significativamente las condiciones de vida animal o vegetal. 4.º En todo caso, cuando ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados».

(204) Recordemos que el tipo básico de lesiones se encuentra en el art. 420: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado con la pena de prisión menor, siempre que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico». El art. 421 establece algunas circunstancias específicas de agravación, y en su número 3.º establece ésta que señalabamos en el texto: «... Si se hubiere empleado tortura».

C) Legítima defensa

La teoría de la terminación del delito tiene también repercusiones en el ámbito de la aplicación de algunas eximentes de la responsabilidad criminal. Quizás la más característica de todas ellas, y en la que vamos a centrar nuestras consideraciones, sea la causa de justificación contenida en el núm. 4.^º del art. 8.^º del Cp (205). El aspecto a analizar reside, como es de imaginar, en el ámbito temporal de aplicación de la circunstancia de legítima defensa. Y en este sentido, la cuestión nace en orden a la determinación del momento cronológico en el que se entiende que todavía subsiste la agresión ilegítima, y por tanto, se pregunta también por el límite temporal que se le impone al defensor para repeler la agresión y seguir obrando «en defensa».

En principio, la acción de legítima defensa requiere, para que tenga virtualidad justificante, la existencia de una previa agresión ilegítima que suponga la puesta en peligro de alguno de los bienes jurídicos individuales del defensor o de un tercero. Pero es evidente que no se puede actuar «en defensa» si el ataque ha llegado a su objetivo, si el bien jurídico ha sido ya lesionado. De ahí que podría pensarse que el límite temporal de actuación del defensor en salvaguardia de un interés jurídico propio o ajeno estuviese situado en un momento anterior a la consumación, pues hasta ese punto temporal existen posibilidades de evitar el resultado de la agresión. Con posterioridad, el autor actuaría, no en legítima defensa, sino por venganza o mediante un ataque reactivo (206).

Estas consecuencias serían totalmente ciertas si el momento de la consumación supusiese, en todos los casos, el cese del riesgo para el bien jurídico protegido. De ahí que las apreciaciones realizadas líneas atrás sean predicables respecto de todos los delitos instantáneos, en los que el punto temporal consumativo coincide con el momento en el que el contenido del injusto alcanza su total y última expresión antijurídica.

(205) El art. 8.^º en su número 4.^º establece lo siguiente: «...4.^º El que obre en legítima defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:

Primer. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes; en caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor».

(206) En este sentido, señalan COBO-VIVES, «En el primer sentido, en repetidas resoluciones del Tribunal Supremo se ha afirmado que la «necesidad» de la defensa exige la actualidad de la agresión y la persistencia del riesgo para el bien jurídico. Sin embargo, el hecho de que la agresión haya acabado o el de que el riesgo haya desaparecido no determina la falta de «necesidad» de defensa sino, más bien, la falta de defensa: de quien reacciona ante una agresión que ha cesado no decimos que se defiende. No hay defensa sino ante una agresión actual. A falta de agresión actual, cabrá calificar la conducta como un ataque reactivo, pero no como una defensa» (*Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 387).

Pero precisamente los delitos con fase postconsumativa se caracterizan porque el peligro o la lesión al bien jurídico continúa con posterioridad al momento de la consumación, dado que el tipo de injusto prosigue en su realización hasta el momento de la terminación. La nota que define la agresión ilegítima es, en este sentido, el riesgo actual y no la consumación formal, aun cuando eventualmente ambas categorías puedan coincidir (207).

Por tanto, en la fase de la terminación, todavía es posible que tenga lugar la eximente de legítima defensa en la medida en que hasta el momento de la conclusión del delito subsiste un riesgo de que continúe el menoscabo del bien jurídico que ya ha sido atacado en el momento de la consumación (208). Si, por ejemplo, la víctima atracada es herida, el delito contra la propiedad resulta ya consumado conforme al art. 512 del texto punitivo. Subsiste, sin embargo, el riesgo de pérdida de la propiedad de los objetos muebles del lesionado, y subsiste en favor de éste, o de un tercero, por tanto, la posibilidad de repeler la agresión hasta el momento de la efectiva apropiación, esto es, hasta la terminación del delito. De igual forma, en el tipo penal de detenciones ilegales, pese a que la libertad del secuestrado ya ha sido privada, en tanto que prosigue la detención o encierro, existe riesgo en la continuación de dicha situación de privación de libertad ambulatoria, y con ello, se mantienen hasta el momento de la terminación del delito todos los presupuestos para la aplicación de la eximente contenida en el núm. 4.^º del art. 8.^º (209).

(207) A este respecto, importantes son las palabras, destacadas ya por COBO-VIVES, de CÓRDOBA RODA en las que se pone de manifiesto la relación entre el riesgo actual y los diferentes elementos de la eximente: «la agresión debe implicar un riesgo; la agresión es actual, subsiste, en tanto ese riesgo permanece; un tal riesgo es el determinante del estado de defensa, de la necesidad de defensa. Los requisitos formalmente separados de «en defensa», «agresión ilegítima» y «necesidad racional del medio» están, pues, íntimamente vinculados en una unidad esencial» (*Comentarios al Código penal. T. I.*, cit.; p. 244).

(208) Para LUZÓN PEÑA, la agresión ilegítima se define básicamente con base en la puesta en peligro actual del bien jurídico protegido. Y el autor demuestra que este concepto se puede mantener aun cuando el delito se haya consumado, aun cuando, incluso, haya comenzado la lesión, siempre y cuando el tipo no cese en sus efectos: «Sin embargo sólo cabe considerar que tal lesión sigue siendo agresión en tanto no esté concluida, esto es, en cuanto siga implicando ulterior riesgo o peligro para el bien jurídico protegido, pues de lo contrario habrá cesado la situación de defensa». LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona, 1978; pp. 140 y 141. Del mismo: *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo* (art. 8. 4.^º del *Cp*). Comentarios a la legislación penal dirigidos por COBO DEL ROSAL, Manuel y coordinados por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Tomo V. Vol. II; p. 232 y nota 32.

Esta conclusión se acepta también por el Tribunal Supremo, especialmente en supuestos de delitos permanentes. A estos efectos, se puede ver la obra de MAGALDI, María José, *La legítima defensa en la jurisprudencia española*. Barcelona, 1976; p. 65 y nota 92.

(209) En el derecho alemán, sin embargo, algunas voces críticas se oponen a la aplicación de la legítima defensa en la fase de la terminación de los delitos contra la propiedad, bien porque se entiende que el ataque ya ha cesado, y por tanto, deja de ser actual (BITZILEKIS, *Über der strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung...* cit.; p. 743); o por razones de política criminal, pues se entiende que la doctrina de la ter-

En definitiva, las posibilidades de actuación en legítima defensa existen no sólo hasta el momento de la consumación del delito, sino también hasta la terminación del mismo, pues este punto temporal representa el límite en el que todavía pueden persistir las posibilidades de un mayor menoscabo del bien jurídico protegido (210). La terminación del delito marca así el límite temporal de la posible vigencia de la legítima defensa; por encima de este punto, desaparecen los presupuestos de aplicación de la causa de justificación.

D) Concurso de delitos

A lo largo de la presente investigación se ha ido estudiando la fase que sucede al momento de la consumación y que se caracteriza por la continuación de la realización del mismo tipo de injusto hasta un punto que se denomina terminación. Este estadio en el que se desarrolla finalmente la conducta delictiva, puede constituir el presupuesto material y temporal en el que se lleva a cabo la ejecución de otro delito. Es decir, que bajo las condiciones fácticas y valorativas de un delito con fase postconsumativa (fase de la terminación) se puede perpetrar otra infracción punible, dando lugar a la situación legal del concurso de delitos.

No es difícil imaginar, por tanto, supuestos de concurso delictivo, especialmente cuando se trata de hechos penales con estructura iterativa.

En la mayoría de los casos, la relación entre el hecho base (delito con fase postconsumativa) y la ulterior infracción, constituirán hipótesis de concurso real de delitos, cuya regulación legal se haya en los artículos 69 y 70 del Código penal (211). De esta forma, los delitos que eventualmente se perpetren mientras perviva la situación de privación de

minación se mueve dentro de las nuevas corrientes victimológicas que postulan en favor de otorgar a la víctima mayores posibilidades de aplicación de la violencia para recuperar su derecho, estimándose esta consecuencia exagerada y peligrosa (OTTO, *Schadenseintritt und Verjährungsbeginn...* cit.; pp. 718 y 719).

Estas críticas son ciertas en la medida en que se aplican a una fase de la terminación que, como frecuentemente se ha reiterado, se encuentra fuera del tipo de injusto, y fuera de cualquier consideración. Sin embargo, dado que nuestro entendimiento de la terminación del delito es respetuoso con el principio de legalidad y se encuentra dentro del espacio de la tipicidad, estas objeciones no pueden ser trasladadas a los supuestos examinados en el texto.

(210) En similares términos parece expresarse MIR PUIG (*Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 465) cuando señala que la agresión en la legítima defensa tiene que suponer un peligro próximo, y que dicho peligro no haya desaparecido al convertirse en lesión consumada y agotada.

(211) El art. 69 establece: «Al culpable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas». Las reglas de cumplimiento de las penas de los supuestos de concurso real en sentido estricto se encuentran en el art. 70.

libertad de la víctima (lesiones, amenazas, agresiones sexuales, etc.) se encontrarán en régimen de concurso real en sentido estricto. Claro está, que estos supuestos de concurso real serán de carácter heterogéneo, pues la unidad típica de acción que suele constituir la estructura de los delitos con fase de terminación, impide o dificulta en gran medida un posible concurso real homogéneo (212).

Frecuentes pueden ser los supuestos de concurso medial, en los que el delito base es tan sólo un medio utilizado por el autor para perpetrar el delito fin que persigue (213). En lo que aquí respecta, la diferencia con el supuesto de concurso real en los términos señalados líneas atrás, radica en la existencia de una finalidad subjetiva de instrumentalización por el agente de ese delito medio, elemento que no se presenta en los supuestos de concurso real en sentido estricto (214).

El concurso de delitos se manifiesta reiteradamente entre los delitos permanentes (215). En nuestro país, ha sido muy frecuente la aplicación del concurso medial en relación con el delito de allanamiento de morada, dado que la entrada ilegítima suele ser utilizada por el culpable como paso necesario para perpetrar otros delitos. Así, durante la vigencia del estado antijurídico en el que se viola la intimidad domiciliaria ajena, se

(212) Esta consideración es manifestada también por SANZ MORÁN, *El concurso de delitos...* cit.; p. 228.

(213) El régimen legal del concurso medial se encuentra en el art. 71 del Cp, en el que se equipara, en cuanto a regulación penológica, al supuesto de concurso ideal: «Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un sólo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro...» (el subrayado es nuestro).

Como ha señalado SANZ MORÁN (*El concurso de delitos...* cit.; p. 217), la razón de la equiparación del régimen punitivo del concurso medial con el concurso ideal se fundamenta en una supervvaloración de elementos subjetivos. La voluntad unitaria del agente, determina, a efectos punitivos, que la existencia de dos sustratos fácticos reciban el mismo tratamiento que la primera hipótesis, esto es, como si de un sólo hecho se tratase.

En definitiva, y como señala el autor citado, el art. 71 en su segundo inciso recoge un caso de concurso real de delitos, equiparado penalmente al concurso ideal en atención al fin del agente (*ibidem*). Tesis idéntica en este punto había sido establecida ya por VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*. Valencia, 1981; p. 18.

(214) Requisito fundamental que determina el concurso medial frente al real, como se ha mantenido en la nota anterior. Siguiendo el ejemplo señalado en el texto, si las detenciones ilegales se realizan con la finalidad de lesionar al ofendido, nos encontraremos ante un supuesto del segundo inciso del art. 71, mientras que si dichas lesiones surgen eventualmente, pero sin preordenación antecedente, en el estadio de privación de libertad, la norma a aplicar será la contenida en el art. 69 (concurso real *stricto sensu*). Claro está, que la mera preordenación psíquica de un delito a otro no es por si misma suficiente para la existencia del concurso medial. Es necesario también, como señala CÓRDOBA RODA (*Comentarios al Código penal*. Tomo II, cit.; p. 363), un nexo objetivo exigido por el requisito de que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro.

(215) En este punto, puede examinarse la interesante obra de LIPPOLD, Reinen, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenzen*, Heidelberg, 1985.

pueden cometer los delitos contra la libertad sexual de violación (216), estupro (217) y abusos deshonestos (218) (hoy agresiones sexuales). De igual forma, el Tribunal Supremo también ha calificado como concurso medial el ingreso ilícito del autor para atacar la integridad física del morador, y en particular, aplica el art. 71 con los delitos de lesiones (219), si bien es cierto que cuando se perpetró algún hecho punible contra la vida, prefirió el Alto Tribunal calificar el supuesto correspondiente con la agravante genérica de ejecutar el hecho en morada del ofendido (art. 10.º núm. 16).

Sin embargo, es muy difícil que un delito con estadio de terminación constituya, junto con otro u otros delitos, un supuesto de concurso ideal de delitos del primer inciso del art. 71 del Código (220), pues la unidad típica que subyace en la mayoría de estos tipos dificulta los presupuestos de unidad de hecho y pluralidad de delitos, determinando en la muchas ocasiones casos de concurso de leyes.

E) El agente provocador

La doctrina de la terminación ha querido extraer consecuencias en la temática que afecta al agente provocador (221). Cuando se habla de agente provocador, se suele hacer referencia a la conducta del sujeto que provoca a otro a la comisión del delito, de forma completa o incompleta, para asegurarse con facilidad la prueba y conseguir punir al sujeto provocado (222). El agente provocador no persigue, en principio, el resultado dañoso del delito que el mismo provoca, sino que pretende servirse de éste para conseguir la prueba de un delito anterior o la incriminación del sujeto instigado.

Una de las causas de impunidad del agente provocador, venía determinada en atención a la no consideración de éste como inductor, en la medida en que se reconoce que el dolo del mismo debe abarcar la realización del hecho punible. Si esto no ocurre, es decir, si el que determina

(216) SSTS de 5 de noviembre de 1896 (JC núm. 136) y 8 de febrero de 1957 (JC núm. 134).

(217) STS de 10 de octubre de 1911 (JC núm. 55).

(218) STS de 7 de febrero de 1987 (RA núm. 1214).

(219) SSTS de 13 de abril de 1889 (JC núm. 315), 27 de abril de 1896 (JC núm. 307) y 18 de mayo de 1979 (JC núm. 616).

(220) «... Un sólo hecho constituye dos o más delitos...».

(221) No podemos analizar aquí toda la problemática que rodea a la figura del agente provocador. Sobre esta temática, puede examinarse la interesante obra de RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en Derecho Penal*. Madrid, 1982, y en algunos otros aspectos significativos esta otra monografía: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *La provocación para cometer el delito en Derecho español*. Madrid, 1986.

(222) En estos términos se expresa, siguiendo a FIORE y MANZINI, GARCÍAS PLANAS, Gabriel, *Consideraciones en torno al agente provocador*. Cuadernos de Política Criminal, n.º 17 (1982); p. 378.

la conducta del sujeto provocado quiere interrumpir el proceso ejecutivo en un estadio anterior a la consumación, el comportamiento del agente provocador es impune dado que no puede ser castigado ni siquiera como inductor, pues falta la intención de consumar el delito en cuestión (223).

En los últimos años, a partir del auge en Alemania de las teorías positivas de la terminación, se ha querido avanzar un paso más en la impunidad o impunibilidad (según se empleen los términos) del agente provocador. Y en esta línea, en tanto que en ciertos tipos delictivos la consumación formal del delito se anticipa a la efectiva lesión material del bien jurídico, se extiende la impunidad del sujeto instigador, no hasta el momento de la consumación, como establecía la doctrina clásica, sino hasta el punto temporal de la terminación en aquellos hechos punibles en los que exista esta fase (224). El argumento utilizado es análogo al que se recurre en los supuestos de inducción al delito en fase de tentativa: En la medida en que en ciertos hechos delictivos, el momento de la consumación no se identifica con la lesión del bien jurídico, y teniendo en cuenta que el agente provocador quiere y se halla en condiciones de detener el proceso ejecutivo con posterioridad a la consumación, pero antes de que se llegue al menoscabo del objeto protegido, la conducta del inductor, se dice, sólo ha puesto en peligro dicho objeto de tutela. Pero, continúa el argumento, este riesgo sólo es merecedor de pena cuando sea susceptible de transformarse en lesión, al menos subjetivamente, según la representación y voluntad del inductor. Si falta, pues, esta voluntad de lesión, quiere ello decir que el agente provocador no desea producir un auténtico peligro al bien jurídico cuando según su representación y querer no se desea que el peligro se transforme en lesión. «Este principio conduce a que, en todo hecho penal, tenga que ser decisivo el momento, en lo que respecta al dolo del inductor, en el que se pueda impedir que el peligro al bien jurídico se convierta en lesión. Hasta este grado de ejecución del tipo, que el inductor no quiere dejar superar, se ha de negar aquí el dolo, sin que se pueda hacer depender éste de la consumación formal (225)». En definitiva, el dolo decisivo para castigar la inducción, es el dolo que persigue el menoscabo del bien jurídico, y si este momento coincide con la terminación del delito, en él se debe situar el límite de la relevancia jurídica de la conducta del inductor, y no en la consumación formal. El

(223) Opinión mayoritaria en Alemania. Vease, por todos, JESCHECK, *Lehrbuch...* cit.; p. 623 y nota 15, con especial referencia bibliográfica sobre el tema. Sobre la cuestión de la punibilidad del agente provocador para el supuesto de que sólo persiga la tentativa del delito, en los diversos ordenamientos jurídicos (continental, anglosajón, antiguos países socialistas, Japón, etc.), puede examinarse también el trabajo del mismo autor: JESCHECK, Hans Heinrich, *Versuch und Rücksicht bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat*. ZStW n.º 99 (1987); pp. 134 y ss.

(224) En este sentido, SCHEUFELE, *Vollendung und tatsächliche Beendigung...* cit.; p. 79. Una exposición de la doctrina que argumenta en esta línea en BITZILEKIS, *Über die strafrechtliche Abgrenzung...* cit.; p. 744, nota 67.

(225) SCHEUFELE, *Ibidem*.

agente provocador, por tanto, dado que no quiere producir tal resultado, esto es, la lesión del bien jurídico, no puede ser sancionado si detiene el proceso ejecutivo en un momento anterior a la terminación.

Sin embargo, esta consecuencia que se quiere extraer de la teoría de la terminación, tiene que ser rechazada. Son varias las razones, que, brevemente, exponemos en favor de esta exclusión.

Sin que se pueda negar la sólida fundamentación de la impunidad de la conducta del agente provocador en determinados delitos de consumación anticipada en los términos expuestos líneas atrás, se olvida por sus partidarios que la doctrina de la terminación también se aplica a aquellos hechos penales en los que el momento de la consumación representa ya una lesión del bien jurídico protegido y la terminación tan sólo refleja el punto en que dicha lesión concluye tras haber alcanzado su máxima gravedad. Si el agente provocador incita a una persona para que secuestre a un determinado sujeto, cosa que ocurre, y tiene en mente liberarla al segundo día de encierro, su conducta es punible ya desde el primer momento en el que se produce la privación de libertad, es decir, desde que ha tenido lugar la consumación formal del delito, y no desde la terminación.

En otros supuestos, la conducta del agente provocador no será punible por circunstancias distintas que nada tienen que ver con la terminación, aunque se ha querido situar en esta categoría la razón de la falta de punibilidad. De esta forma, si se provoca la conducta de falsificación de moneda, y el provocador sabe que ese dinero nunca va a ingresar en el tráfico económico o jurídico, porque él se halla en condiciones de detener el proceso; la ausencia de responsabilidad penal no viene impuesta por la no producción de la terminación del delito, sino por la ausencia de un elemento subjetivo del injusto, inherente a todas las falsedades, que determina la atipicidad de la conducta (226).

En fin, en otras ocasiones, se llega a la conclusión señalada atendiendo a una concepción subjetiva de la terminación, semejante al concepto de agotamiento, que aquí ha sido rechazado y que implica también la negación de sus consecuencias. Porque hay que tener presente que no sólo la voluntad del agente provocador es fundamental para la ulterior determinación de su responsabilidad penal, sino también el grado de intervención de aquél en la realización del hecho.

En conclusión, la extensión de la conducta impune del agente provocador hasta la terminación del delito supone una desmesurada y recusable desprotección del bien jurídico sin cobertura legal, de una parte; o un recurso apoyado en una categoría dogmática que ya viene determina-

(226) De forma paralela, en relación a ciertos delitos patrimoniales, señala BIRZI-LEKIS (cit.; p. 746) que en los delitos de intención no es decisivo, en lo que afecta a la no punibilidad del agente provocador, la ausencia de un dolo dirigido a la lesión del bien jurídico, sino la exigencia de un elemento subjetivo de tendencia interna transcendente que tiene que estar presente según la estructura de estos delitos.

do, en cuanto a sus consecuencias, por otros conceptos jurídicos. De ahí que no sea éste uno de los resultados directos derivados de la teoría de la terminación (227).

F) Prescripción del delito. Indulto. Otros

En lo que hace referencia al problema de la determinación del momento en que debe comenzar el cómputo del plazo de la prescripción del delito, al comienzo de la presente investigación se señaló que en el derecho positivo alemán e italiano existían referencias legales que intentaban resolver los supuestos de extensión temporal de la acción penal tras la consumación del delito (228). Y, veíamos, que tanto en el art. 158 del Código penal italiano como en el § 78 a del StGB, se hacían referencias al delito permanente, en el primero, y a la terminación del delito, en el segundo, situando en este punto el comienzo del plazo de la prescripción.

En el Código penal español no existe una previsión semejante, y de ahí que surja la cuestión de cuál es el momento decisivo a efectos de inicio del transcurso del plazo de la prescripción (229). Dicho momento puede establecerse o en la consumación, o en la terminación del delito.

En general, la doctrina española no se pronuncia sobre el dilema planteado, aunque suele partir del principio, siguiendo las indicaciones del Código penal italiano, de que en el delito permanente el plazo de la

(227) Sin embargo, según mantiene RUIZ ANTÓN (*El agente provocador...* cit.; pp. 58 y 59), la ausencia de un contenido volitivo dirigido a producir el desvalor del injusto del delito afectado tiene un gran valor dogmático, no sólo en cuanto determina el dolo relevante del agente provocador, sino porque contribuye en la posible configuración del injusto de la autoría o participación que eventualmente se le pueda atribuir. Parece ser, pues, que para el citado autor pueda ser relevante la dirección del querer cuando ésta no se dirija a la consumación material del delito, aun cuando pueda admitir la consumación formal del mismo.

(228) *Vid. supra* I, A).

(229) En cuanto a la prescripción del delito, el art. 113 establece los correspondientes plazos de prescripción según la gravedad de los delitos atendiendo a su sanción abstracta. El art. 114 determina los términos en los que se tiene que desarrollar el cómputo, y a tal efecto establece: «El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito». Si el delito se comete un día determinado, no existirá problema en la determinación del momento de inicio del término. El dilema aparece cuando el delito se comete en un periodo temporal superior a un día, supuesto que parece haber olvidado nuestro texto punitivo.

Sin embargo, el Anteproyecto de Código Penal de 1992, en el número 1 del artículo 136, siguiendo también la orientación que marca el artículo 158 del Código penal italiano, establece: «Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día que se hubiere cometido la infracción. En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita».

prescripción comienza el día que cesa el estado antijurídico, es decir, el día que termina el hecho penal (230).

El comienzo del transcurso del término de la prescripción se tiene que situar en el momento en el que tiene lugar la terminación del delito. Dos tipos de consideraciones apoyan la tesis enunciada.

En primer lugar, atendiendo a la propia literalidad del art. 114, se puede entender que el delito se comete en tanto se realiza el tipo de injusto, con independencia de que se llegue a la consumación o la conducta sobrepase este momento (231). En esta línea de pensamiento, se puede llevar a cabo un argumento comparativo con los supuestos de tentativa y frustración, y en la medida en que la consumación absorbe a aquéllos a todos los efectos jurídicos penales (principio de consunción), la terminación absorvería a su vez a la consumación, entre otros, a efectos de determinación del inicio del término de la prescripción.

En segundo lugar, un argumento lógico impone la solución aquí defendida. Si el plazo de la prescripción se situase en el momento de la consumación formal del delito, se llegaría al absurdo de dejar sin castigo aquellas infracciones cuya realización del injusto excediese temporalmente del plazo establecido para la prescripción. Se llegaría, pues, a la incongruencia de beneficiar las concresciones delictivas más graves frente a aquéllas cuyo contenido del injusto fuese de menor entidad por extenderse en un periodo temporal inferior. Estas insatisfactorias consecuencias se evitan si el inicio del término de la prescripción se sitúa en el momento de la terminación del delito (232).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los delitos permanentes, y en concordancia con la doctrina científica, también ha estimado que el plazo de la prescripción comienza cuando cesa el estado antijurídico. Coherente con esta interpretación, ha aplicado la tesis enunciada especialmente al delito de abandono de familia (233), entre otros. Con buen criterio, en el delito de bigamia, dado que es calificado como delito instantáneo con efectos permanentes (esto es, delito de estado), el Alto

(230) En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 861. COBO-VIVES, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 748. DEL TORO MARZAL, *Comentarios al Código penal*. Tomo II, cit.; p. 685 y ss. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*. Granada, 1980; p. 61. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*. 2.^a Edic. Barcelona, 1983; p. 148.

(231) En varios pasajes se ha intentado demostrar que cuando el Código emplea verbos como los de «ejecutar», «perpetrar» o «cometer», hace referencia, en la mayoría de los casos, a la realización del tipo de injusto. Cosa distinta es el grado de realización que en el caso concreto se pueda alcanzar. Se puede «ejecutar», «perpetrar» o «cometer» un delito tentado, frustrado, o consumado, pero también, un delito terminado. Cada uno de los grados de realización absorverá al anterior y lo desplazará como punto de referencia de aplicación de las respectivas consecuencias jurídicas, entre las que se encuentran el cómputo del término de la prescripción.

(232) Argumento utilizado también por RODRÍGUEZ MOURULLO en el ámbito del delito permanente (*Comentarios al Código penal*. Tomo I, cit.; p. 78).

(233) SSTS de 26 y 30 de mayo de 1978 (RA núms. 2.038 y 2.048), 2 de junio de 1977 (RA núm. 2.694) y 16 de mayo de 1958 (RA núm. 164), entre otras muchas.

Tribunal ha entendido que el transcurso del término de la prescripción comenzaba a contar desde el momento de la consumación (234), salvo en una resolución, que no fue seguida por ninguna ulterior decisión, en la que calificó a la bigamia como delito permanente (235).

En conclusión, en los delitos que presentan una fase postconsumativa, el término de la prescripción no se inicia en el momento en que se produce la consumación formal, sino en este otro en el que cesa la actividad antijurídica denominado terminación.

Las mismas consideraciones son trasladables a los supuestos de indulto y amnistía. Las mentadas medidas de gracia se aplican a aquellos delitos que han cesado en su actividad antijurídica con anterioridad a la fecha que la propia medida establezca. Si, por tanto, el hecho penal ya consumado, no ha llegado al punto de la terminación en el momento en el que la normativa del indulto o la amnistía entran en vigor, los autores de las respectivas infracciones no podrán beneficiarse de estas causas de extinción de la pena (236). A este respecto, fueron importantes instrumentos normativos, en su día, el indulto general establecido por Real Decreto de 17 de marzo de 1977, que alcanzó a ciertos hechos punibles perpetrados hasta el 15 de diciembre de 1976, el cual redujo las penas privativas de libertad por tiempo no inferior a un año y todas las pecuniarias; y el Real Decreto Ley de 30 de julio de 1976 por el que se otorgó amnistía por los delitos de intencionalidad política y de opinión, siempre que no hubieran puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas, alcanzando su vigencia temporal hasta el 29 de julio de 1976. También importante fue el Decreto de 25 de noviembre de 1975, el cual, en su art. 1, concedió indulto total a los delitos que habían sido castigados con pena privativa de libertad o del permiso de conducir inferior a tres años o penas pecuniarias cualquiera que fuera su cuantía (237). Con base en esta y anterior normativa, son numerosas las resoluciones del Tribunal Supremo que aplicaron la tesis enunciada líneas atrás (238).

(234) A título de ejemplo, SSTS de 11 de junio de 1976 (RA núm. 3.033), 18 de febrero de 1960 (RA núm. 305) y 16 de noviembre de 1959 (RA núm. 3.922).

(235) STS de 15 de junio de 1953 (RA núm. 1514).

(236) El art. 112 en sus núms. 3.^º y 4.^º establece el indulto y la amnistía como causas que extinguen la responsabilidad penal. Claro está, que por exigencias constitucionales, ahora nunca pueden alcanzar carácter general.

(237) Sobre los condicionamientos políticos e históricos que motivaron la normativa mencionada, véase SOBREMONTE MARTÍNEZ, Enrique: *Indultos y amnistía*. Valencia, 1980; pp. 98 y ss.

(238) El Tribunal Supremo ha entendido, sobre todo en los delitos permanentes, que el indulto o la amnistía no alcanza a los mismos cuando la consumación sobrepuja notablemente el ámbito de vigencia de dicha normativa, y en este sentido se expresan las siguientes SSTS (algunas ya citadas): 6 de noviembre de 1980 (RA núm. 4435), 26 de junio de 1980 (RA núm. 3058), 26 de mayo de 1978 (RA núms. 2038 y 2048), 10 de marzo de 1978 (RA núm. 930), 10 de octubre de 1977 (RA núm. 3678), 2 de junio de 1977 (RA núm. 2694), 6 de mayo de 1977 (RA núm. 2198), 15 de noviembre de 1975 (RA núm. 4429) y 2 de agosto de 1935 (RA núm. 1649).

La terminación del delito tiene repercusiones en otros muchos ámbitos, como la posibilidad de desistimiento o la determinación de la competencia territorial del juzgador. Sin embargo, se prefiere no entrar en otras posibles consecuencias jurídicas bien por su alejamiento de la realidad del derecho positivo español, bien por repercutir fundamentalmente en otras disciplinas (especialmente en el Derecho Procesal). Se estima, por tanto, suficiente el tratamiento de las repercusiones jurídico-penales de la teoría de la terminación del delito dentro del marco que se ha establecido en atención a los objetivos y fines marcados con la realización de la presente investigación.

Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte (*)

JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES

Ayudante científico en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn (Prof. Günther Jakobs). Miembro del Seminario de Derecho Penal del Prof. Bacigalupo (Madrid).

SUMARIO: Presentación general del problema.—1.^a Parte. Fundamentos para un correcto tratamiento de la intervención omisiva. I.La equivalencia entre el delito de omisión y el de comisión. 1.Equivalencia acción-omisión. 2. Equivalencia entre el delito activo y el comisivo. 2.1. Libertad de organizar. 2.2. Articulación de toda interacción social. 2.3. Nuevamente: libertad de organizar. 3. Excursión. Delitos en virtud de una relación institucional: solidaridad especialmente asegurada. II.La posición de garante en los delitos activos (comisión).—2.^a Parte. La intervención omisiva. I. La prohibición de sobrevaloración del aporte en la comisión activa. 1. Planteamiento del problema. 2. Algunas de las soluciones propuestas por la doctrina. 3. Propuesta de solución. II.La prohibición de sobrevaloración del aporte en la intervención omisiva; a la vez: la intervención omisiva en general. 1. La prohibición de sobrevaloración del aporte y la «facilitación imprudente» de un plan delictivo doloso ajeno. 2. Inducción en comisión por omisión.—3.^a Parte. Opiniones discrepantes. I.Responsabilidad del omitente, como autor. II. Responsabilidad del omitente, como autor o como partícipe, según de qué tipo de posición de garante se trate. III. Responsabilidad del omitente como partícipe.—Resumen de conclusiones.

PRESENTACIÓN GENERAL DEL PROBLEMA

La delimitación de las distintas formas de intervención en el delito, siendo ya de por sí compleja en los supuestos normales en que el inter-

(*) El autor de este trabajo desea dejar aquí constancia de su agradecimiento a los profesores Bacigalupo y Jakobs, en cuyos seminarios se presentaron y discutieron las tesis que en él se incluyen. Especial reconocimiento le debo también al Prof. Montealegre Lynett (Bogotá), quien también tuvo la amabilidad de discutir conmigo el contenido del artículo y cuyas observaciones tuve muy en cuenta.

viniente actúa, alcanza un alto grado de inseguridad tanto en la doctrina científica como a nivel jurisprudencial, cuando el interviniente omite. Su calificación bien como autor, bien como partícipe, del correspondiente delito de comisión por omisión, incluso su punibilidad en general, son objeto de intrincada discusión, sin que hasta ahora se haya logrado en absoluto unanimidad.

1) La intervención omisiva plantea dos niveles de investigación. En primer lugar, hay que decidir si dicho comportamiento se debe tratar según las reglas generales que se aplican a la intervención activa, o por el contrario, la omisión de impedir el resultado conduce a la impunidad, o siempre a la punibilidad en calidad de autor o en calidad de partícipe. Las soluciones hasta ahora aportadas a esta problemática por grandes sectores de la doctrina son diversas, pero todas coinciden en algo: *las reglas de la intervención activa no son de aplicación en la omisión*; ésta se rige por sus propias reglas (ver 3.^a Parte). En contra de esta doctrina, y adelantando ya una de las tesis que se van a mantener en el trabajo, *entendemos que en los delitos de organización, la acción y la omisión son equivalentes, y por tanto, tampoco puede existir diferencia alguna en cuanto a las reglas que se apliquen para resolver la intervención comisiva u omisiva*. Esta conclusión de que el delito activo y el comisivo son equivalentes, y por tanto de que las reglas de la intervención delictiva en ambos supuestos no sufren alteraciones, se tratará de lograr en la 1.^a Parte de nuestro estudio.

2) En segundo término, y ya partiendo de que el comportamiento omisivo se debe tratar según las reglas generales de la autoría y participación, hay que determinar todavía las fronteras de esta intervención, esto es, delimitar por un lado la autoría de la participación, y por otro, decidir quién responde como coautor, como cómplice o como inductor, y en derecho español además, como cooperador necesario. Este segundo ámbito de problemas no puede ser abarcado en su totalidad en el marco del presente trabajo, por lo que tan sólo se darán algunas directrices referidas a la inducción, y a supuestos muy concretos de complicidad, y coautoría; esto se hará con base en un problema, que entendemos no ha sido hasta ahora satisfactoriamente resuelto por la doctrina.

Nos referimos a la cuestión del *encadenamiento temporal* de las realizaciones activa y omisiva, y de las pautas que se deben aplicar a esta sucesión cronológica. Lo habitual, aunque no obligado, es que la comisión preceda a la omisión (1): un sujeto dispara a otro dolosamente (acción), dejando después que muera sin socorrerlo (omisión). Por lo general, estos supuestos se presentan como no problemáticos. En nues-

(1) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona 1986, pp. 277 y s.

tro ejemplo, así sucede: cuando el sujeto dispara tiene dolo y es autor, y esto se mantiene de este modo, con posterioridad. En cambio, cuando la acción precedente y la omisión posterior no coincidan en aspectos como autoría y participación, o dolo e imprudencia, la situación no resulta tan sencilla. Así, nuestro ejemplo se complica, si el sujeto que disparó lo hizo *imprudentemente*; o, si en lugar de disparar, lo que hizo fue facilitar el arma (*complicidad*), en ambos casos dejando morir a la víctima sin prestarle ayuda; ¿y si ambos supuestos se combinan?, a saber, ¿qué sucederá si facilitó el arma (*complicidad*) sin saber que lo hacía, esto es, *imprudentemente*, y con posterioridad no impide el hecho o no socorre a la víctima tras su comisión? A modo de ejemplo: X da una bolsa a Z que contiene un arma, desconociendo esta circunstancia; X se da cuenta de su error cuando descubre que Z quiere asesinar a un tercero con el arma; de todas formas, X no hace nada por impedirlo. En estos casos, ¿responderá el interviniente (X) por la acción (de facilitar el arma) o por la omisión (de socorrer)?, y de hacerlo, ¿lo hará como autor, o como partícipe?; y como autor ¿imprudente o doloso?, o incluso, ¿como partícipe imprudente? Este círculo de problemas —que ya adelanto, llamaremos *prohibición de sobrevaloración del aporte*—, se resuelve en la 2.^a Parte, y nos servirá, a la vez, como ya se indicó, para dar alguna de las directrices sobre los límites de las distintas formas de participación entre sí, y ello, tanto en la acción como en la omisión.

3) En resumen, esta exposición se ocupará de determinar si deben aplicarse las mismas reglas para la intervención omisiva que para la comisiva (1.^a Parte), y de establecer, o al menos trazar, alguna de estas reglas generales resolviendo la problemática del encadenamiento temporal de realizaciones activas y omisivas, mediante el principio que hemos querido llamar de *prohibición de sobrevaloración del aporte* (2.^a Parte).

4) Quedan fuera de las siguientes aclaraciones los llamados delitos «de infracción de deber» o en virtud de una relación institucional, cuyo ejemplo paradigmático se encuentra en los delitos derivados de las relaciones paterno-familiares; estos serán de todas formas brevemente expuestos en forma de excuso (1.^a Parte, I.3.), al menos para establecer sus diferencias básicas con los delitos de organización. Tampoco los delitos propios de omisión, basados en un mínimo de solidaridad que se exige en Sociedad (2), serán objeto de estudio, puesto que con la doctrina mayoritaria, los consideramos como supuestos aparte.

(2) Cfr., en vez de muchos, RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español*, reed. de la duodécima ed. por SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Madrid, 1989, pp. 119 y ss., con amplias referencias jurisprudenciales (not. 6) sobre el delito de omisión propio como contrario a la solidaridad; además, SILVA, *El delito*, p. 340.

1.ª PARTE

FUNDAMENTOS PARA UN CORRECTO TRATAMIENTO DE LA INTERVENCIÓN OMISIVA

El tratamiento de la intervención omisiva es obvio que depende de dos cuestiones previas: en primer lugar, del concepto que se posea de la comisión omisiva, en segundo, del que se tenga de intervención, en otras palabras, de la forma en que se establezcan los límites entre autoría y participación —y de las distintas formas de participación entre sí—; este segundo aspecto puede ser de momento dejado de lado, puesto que como hemos apuntado, fin de este capítulo es determinar, en primer lugar, si la intervención omisiva se rige por las mismas reglas que la activa. La noción que se tenga de omisión es pues de importancia vital: resulta imprescindible establecer una concepción de la comisión omisiva para poder entrar a discutir si a los casos de intervención por omisión son de aplicación las reglas de la intervención activa. Este estudio lo emprendemos a continuación, investigando si el delito de omisión se diferencia del de comisión (*I*) y si por tanto, la posición de garante exigida por la doctrina para fundamentar la responsabilidad omisiva, también es necesaria en la comisión (*II*).

I. La equivalencia entre el delito de omisión y el de comisión

1. Equivalencia acción-omisión

La literatura antigua limitaba a movimientos corporales concretos la posibilidad de configurar el hecho, es decir, a la acción. En cambio la doctrina moderna ha señalado las grotescas consecuencias que conlleva tal intento de reconducir toda responsabilidad a un movimiento corporal (3). Lo dicho puede ser aclarado fácilmente mediante un ejemplo (4): el trabajador ha sido sustituido en las modernas fábricas por un robot y su labor ahora consiste en controlar el correcto funcionamiento del mismo. Antes de esto, cuando un producto era defectuoso, el fallo se atribuía a su trabajo incorrecto, esto es, a un actuar positivo. Pero tras la sustitu-

(3) SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen 1971, p. 283; cfr. también WELP, Jürgen, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungäquivalenz der Unterlassung*, Berlin 1968, p. 112; en sentido parecido ARZT, Gunther, *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, JA 1980 (pp. 553 y ss.; 647 y ss.; 712 y ss.), pp. 554 y ss., que habla de un parentesco entre la conducta activa y la omisiva.

(4) El ejemplo está tomado de VOLK, Klaus, *Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen*, *Tröndle-Festschrift* (pp. 219 y ss.), 1989, p. 225.

ción, su responsabilidad radica precisamente en lo contrario, a saber, en no actuar, en omitir la acción que corrija el funcionamiento defectuoso del robot. En este sentido, se habla en la doctrina alemana de unas «fronteras desdibujadas entre la acción y la omisión a través de la técnica moderna» (5), o de la «posibilidad de un intercambio entre la acción y la omisión en sistema» (6); esto, como se verá, no debe ser interpretado como si dicha equivalencia entre ambas formas de comportamiento, se refiriese sólo (¡aunque también!) a estos casos vinculados con máquinas, es decir, aquellos en que incluso la intercambiabilidad de acción y omisión no resulta problemática desde un punto de vista mecánico-naturalista. En estos casos la equivalencia se presenta con mayor claridad, lo que no nos impedirá llegar a la conclusión general, de que la equivalencia entre acción y omisión rige en cualquier forma de configuración del mundo exterior, en otras palabras, respecto de los deberes que surgen de la organización que cada ciudadano realiza de su ámbito (7). Explicado nuevamente, mediante un ejemplo (8): cuando el agua llegue a

(5) SEELMANN, Kurt, *Probleme der Unterscheidung von Handeln und Unterlassen*, JuS 1987 (5. L, pp. 33 y ss.), p. 34; EL MISMO, *Alternativkommentar, Kommentar zum Strafgesetzbuch*, ed. por R. Wassermann, tomo 1, §§ 1-21 StGB, Neuwied, 1990, not. marg. 23 del § 13.

(6) PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, Frankfurt am Main 1974, pp. 140 y ss., 144. Crítico, SILVA, *El delito*, pp. 175 y s.: si bien encuentra esta equivalencia acción/omisión como «probablemente cierta» —aunque no en todos los supuestos—, considera «en todo caso (...) obligado aceptar que la elección [entre acción u omisión] conduce a regímenes diversos en cuanto a aspectos de la teoría de la participación, de la tentativa, etc. (...) que en absoluto carecen de significación y por sí solos justificarían todo esfuerzo encaminado a una más clara diferenciación» (cfr. también, *ibid.*, pp. 200, 277). De la afirmación de SILVA se infiere que la distinción entre acción/omisión, a pesar de ser «probablemente falsa», debe mantenerse puesto que existen diversos regímenes en cuanto a la participación, tentativa, etc. Sobre esto, debemos decir: 1) La elección entre acción u omisión, si es que son equivalentes, no puede conducir a regímenes distintos en cuanto a la participación —o lo que es lo mismo: lo que hay que revisar por ser falsa es aquella teoría de la participación que establezca diferencias—. 2) Que haya distintos regímenes para la intervención activa y para la omisiva, presupone que la comisión no es igual que la omisión, pero no al revés, esto es, no que haya distintos regímenes presupone que haya que hacer una distinción o que ésta sea cierta (porque puede que la existencia de tales regímenes sea [¡es!] lo incorrecto). Por lo que respecta a la participación trato de demostrar que tales diferencias no existen.

(7) Véase, JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Gundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlin/New York, 1991, 28/14 (en adelante AT); EL MISMO, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München 1992, pp. 30 y s.; TIMPE, Gerhard, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot. Untersuchungen den §§ 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB*, Berlin 1982, pp. 171 y ss.; EL MISMO, *Die Nötigung*, Berlin 1989, pp. 89 y ss.

(8) Según PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, pp. 141 y s.; siguiéndole, TIMPE, *Nötigung*, p. 89; un ejemplo similar, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aspectos de la comisión por omisión. Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*, CPC n.º 38 (1989) (pp. 367 y ss.), p. 377 nota 42 (sin cursiva en el original): «Es idéntico estructuralmente provocar la avenida de un río sobre un pueblo rompiendo una presa (vía comisión activa = causal) que, habiéndose “comprometido” (...) a

un determinado nivel, la labor del encargado de una presa puede consistir en abrir las compuertas de desagüe, siempre y cuando no se halle nadie en las cercanías de dichas válvulas de escape. Si el encargado de la presa realiza la apertura, a pesar de la presencia de alguien allí, se comporta contra la prohibición, es un delito de comisión. Pero el supuesto se puede reformular de modo que, en lugar de una prohibición, se trate de un «mandato» equivalente: la apertura de las compuertas se produce automáticamente de forma tal, que el «mandato» consista en desconectar el mecanismo en caso de que se encuentre alguien en las cercanías. Si el encargado no cumple el mandato y no oprime el botón que evita la apertura automática, se trata de un delito de omisión. Allí donde antes la organización riesgosa consistía en apretar el botón de apertura, ahora es no apretar el botón que interrumpe dicha operación. Que el encargado en el primer supuesto apriete el botón de apertura, o en el segundo no apriete el botón de desconexión, no juega ningún papel en la valoración jurídica del suceso (9). Esta diferencia de comportamiento, en el primer caso el quebrantamiento, mediante una acción, de la prohibición de organizar riesgosamente, en el segundo el mismo quebrantamiento pero mediante una omisión —la de desconectar—, es jurídicamente irrelevante, sencillamente se rige según el casual *statu quo* de la organización (10). Por otra parte, al que sufre las consecuencias de la organización defectuosa le es totalmente indiferente si el sistema estaba organizado de forma que las consecuencias se produjeron por omisión o por acción (11). En ambos casos se trata, como a continuación veremos, de un único fundamento de la responsabilidad: de un deber de evitar los daños a esferas jurídicas ajenas, que puedan surgir de la organización que cada ciudadano hace de su propio ámbito; es un deber que se basa en las expectativas existentes para facilitar la interacción social en un Estado de Derecho.

cerrar las compuertas siempre que se produjera la crecida, no hacerlo, dando lugar, asimismo a la avenida»; entiendo, como SILVA, que esa «identidad estructural» se basa en este caso en ese «compromiso material», lo que generalizando como creo se debe generalizar no significa otra cosa que: el que organiza, el que hace uso de su libertad, se compromete a que de su organización, de su ámbito, no se deriven peligros, y en verdad siendo igual que éstos deban ser atajados activa u omisivamente (en caso contrario, la solución es bien sencilla: no organizar). Esta generalización, empero, no es sostenida por SILVA, *El delito*, passim (y especialmente p. 176). Sobre lo dicho, a continuación detallado en el texto.

(9) PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, pp. 142 y s.; JAKOBS, *La competencia como organización en el delito omisivo* (trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS), *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pp. 14 y ss.; TIMPE, *Strafmilderungen*, pp. 162 y s.; PHILIPPS demuestra además, que tampoco existe diferencia entre ambas formas de comportamiento según las reglas de la lógica.

(10) JAKOBS, *La competencia*, p. 17; FREUND, Georg, *Erfolgsdelikt und Unterlassen, zu den Legitimationsbedingungen von Schuldanspruch und Strafe*, Köln/Berlin/Bonn/Múnich 1992, pp. 79 y 103; LESCH, Heiko H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main 1992, p. 265; TIMPE, *Strafmilderungen*, p. 175.

(11) PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum*, p. 144.

2. Equivalencia entre el delito activo y el omisivo

2.1. LIBERTAD DE ORGANIZAR

Tradicionalmente se viene afirmando que en el *Estado liberal*, el omitir es un fenómeno de menor importancia en el ámbito jurídico-penal; la omisión, en este mismo sentido, se asocia a un deber de solidaridad, y por ello se la diferencia sustancialmente de la comisión. La omisión, se dice también, implica una mayor exigencia al individuo: la realización de una acción, por lo que es lógico que se apliquen otras reglas que en la comisión (12). En realidad, dicho deber existe *per se*, tan sólo en los delitos propios de omisión, así como en los delitos en virtud de una institución, que más adelante trataremos. En los demás casos de omisiones —y de acciones!—, se trata exclusivamente de evitar que la organización del propio ámbito conlleve resultados lesivos. Apretar el botón para desconectar la apertura automática de las compuertas tiene tan poco que ver con un comportamiento solidario, como apretar el botón para que se abran las mismas, a pesar de que se encuentre alguien en las inmediaciones; y, evidentemente, el nivel de exigencia que implica cumplir el «mandato» apretando el botón que impide la apertura de las compuertas es mínimo, si se compara con el nivel que se exige para cumplir con ciertas prohibiciones: en los casos de legítima defensa ante un inimputable, por ejemplo, se suele restringir la legítima defensa argumentando que, frente a tales sujetos, carece de sentido la ratificación del ordenamiento jurídico como tal y pervive por tanto tan sólo un derecho individual de defensa, esto es, sólo cabe la legítima defensa si el autor no tenía otra forma de evitar la agresión (13); abreviadamente: en ocasiones, para cumplir con la prohibición ¡se exige huir! Nuevamente, con un ejemplo (14): Si muevo un engranaje y me doy cuenta que un niño a

(12) Ya desde FEUERBACH, Paul Joh. Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen 1803, § 24; esto es hoy Doctrina generalmente asentada; cfr. por ejemplo, y sólo por citar literatura en castellano, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4.^a ed. a cargo de HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, Barcelona 1994 (en adelante PG), p. 452; SILVA, *El delito*, pp. 146 y ss.; para una perspectiva histórica sobre este punto, cfr. también HUERTA TOCILDO, Susana, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pp. 26 y ss., y, sumándose también a este carácter restrictivo del Estado social y democrático de Derecho en materia de omisión, ibíd., p. 165. Sobre la correcta interpretación que debe hacerse del rol de ciudadano en el Estado liberal y su relación con la omisión, cfr. infra 2.3 con not. 58.

(13) Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 2.^a ed., Madrid 1990, pp. 146 y ss.

(14) RÖTERING, *Über die Verbindlichkeit des Handelnden zur Abwendung eines strafrechtlichen Erfolgs aus einer selbst schuldlos erzeugten Gefahr*, GS 34 (1883), p. 207; cfr. en el mismo sentido, JAKOBS, *AT*, 28/14; EL MISMO, consecuente, *AT*, 32/33; ya antes de él, en sentido parecido, WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 114 y ss.

la vez se aproxima, debo parar; la expectativa social (no lesionar a otros) requiere una omisión de seguir moviendo el engranaje. Pero si he puesto el mecanismo en movimiento a través de una fuerza automotriz, entonces debo introducir un cambio en el mecanismo para frenar la fuerza, es decir, intervenir obrando positivamente en el mundo exterior; la expectativa social (no lesionar a otros, ergo ¡la misma!) requiere una acción, la de parar el mecanismo. El paso de un simple no hacer a una actividad positiva tiene lugar aquí de una forma imperceptible, y lo que es seguro: ese paso no tiene nada que ver ni con una mayor exigencia en el supuesto omisivo, ni con un comportamiento solidario. Del individuo que tiene que frenar el engranaje para impedir un resultado lesivo, es decir, que debe cumplir un «mandato», nadie diría que se ha comportado solidariamente con el niño, en caso de que pare la máquina: tan sólo ha cumplido con su obligación de no organizar defectuosamente; esto es, se trata de un «mandato» que es igual a la prohibición de no organizar riesgosamente. Así pues, existen «mandatos» que no presuponen un comportamiento solidario, sino que sencillamente son el coste de la libertad de poder organizar. El ciudadano tiene libertad de organizar libremente, pero como contrapartida se le exige el control, y en verdad en forma de expectativa social, sobre los peligros por él creados, o respecto de peligros, que, si bien él no ha creado, los ha asumido (15). Libertad de organizar presupone responsabilidad: si organizo, también soy responsable de hacerme cargo de las consecuencias, que no son otras, sino que de mi organización no se deriven daños en esferas de libertad ajenas.

Pero... ¿por qué hablamos de libertad de organizar?; ¿por qué añadimos que el límite de esa libertad se encuentra en el ámbito de organización (de libertad) de los demás?; ¿qué es una expectativa social?; ¿por qué nos referimos a los otros *ciudadanos* como límite?; y sobre todo ¿organizo algo, cuando omito impedir un resultado?, ¿todo resultado que no impido pertenece a mi organización? y si no ¿en qué casos?; ¿qué relevancia jurídico-penal encontramos en estos términos? Ejemplificativamente: si como consecuencia de un disparo imprudentemente hiero a una persona, a la que luego no presto ayuda, agravándose sus lesiones, ¿por qué debo responder?, ¿qué es lo que he organizado: el disparo sólo, o también me incumbe la gravedad de las lesiones por no haber prestado ayuda?, y si le socorri antes de que empeoraran las lesiones, ¿me he comportado solidariamente? o ¿estaba obligado a ello? ¿qué era esperado de mí —expectativa social—?, y, ¿coincide esto con lo que

(15) JAKOBS, *AT*, 28/14; EL MISMO, *La competencia*, pp. 12 y ss., y *passim*; TIMPE, *Strafmilderungen*, pp. 170, 176 y ss.; VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin 1993, pp. 306 y s. y 282; VOLK, *Zur Abgrenzung*, p. 236. Sobre la cuestión de la solidaridad, cfr. también, SEELMANN, *JuS* 1987, que opina inconsistente, a pesar de aceptar esta equivalencia entre el comportamiento activo y el omisivo, que de todas formas la omisión tendría algo que ver con una obligación de solidaridad.

era esperado de mí jurídico-penalmente? A continuación se aclaran estas cuestiones.

2.2. ARTICULACIÓN DE TODA INTERACCIÓN SOCIAL

1) En una sociedad tan compleja como la actual, el derecho penal no pretende sino ser un medio a través del cual sean posibles las relaciones sociales (16). Se trata de determinar qué hechos sociales, roles, instituciones etc, son de tal valor en Sociedad, que su quebranto impida la convivencia mínima; en otras palabras, qué cae dentro del ámbito de protección del derecho penal. En términos de la sociología jurídica de *Niklas Luhmann*, se trata mediante el Derecho de reducir complejidad para facilitar orientación. «Por complejidad entendemos que siempre existen más posibilidades de las que pueden ser actualizadas» (17); que en un mundo en que todo es posible (complejidad), es imposible la convivencia (la orientación), ya lo puso de manifiesto *Hobbes* (18): si todos tienen derecho a todo, estos derechos subjetivos, de todos a todo, no son más que una quimera. Si en cada momento hubiese que contar con cualquier comportamiento de otros, la orientación social resultaría imposible (19). Hay por tanto que reducir esa complejidad para poder orientarse, para poder convivir.

2) La complejidad se reduce mediante la formación de sistemas sociales: la simplificación se consigue mediante reducción. Estos sistemas, por ejemplo, el Derecho, reducen la complejidad mediante la creación de expectativas; no se espera todo de todos. ¿Quién cruzaría una

(16) Sobre el derecho penal cumpliendo una función social, esto es, «reparando el equilibrio de un sistema social perturbado por el delito», cfr. BACIGALUPO, *Principios*, pp. 9 y ss.; REYES ALVARADO, Yesid, *Fundamentos Teóricos de la imputación objetiva*, ADPCP 1992, pp. 933 y ss.; pp. 944 y s.; que califica esta función posibilitadora de relaciones sociales como «afirmación generalmente aceptada». LESCH, Heiko H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main-Bern-New York-París 1991, pp. 239 y ss.; consecuencia de ello es un concepto jurídico-penal de acción que «no es buscado *antes* de la Sociedad, sino *dentro* de la Sociedad»: véase JAKOBS, *Handlungsbegriff*, p. 12 y passim.

(17) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3.^a ed., Opladen 1987, p. 31; EL MISMO, *Normen in soziologischer Perspektive*, Soziale Welt 20 (1969), pp. 28 y ss. Sobre Luhmann y en español, informativa, *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*, de GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, Barcelona 1993, en especial, pp. 174 y ss.

(18) HOBBES, Thomas, *Leviathan*, XIV, XV; EL MISMO, De Civ. I, 11: la libertad de poder hacer todo, de tener derecho a todo, conduce a la guerra en el estado natural: «En efecto, la consecuencia de tal derecho es más o menos lo mismo, que si no hubiese absolutamente ningún derecho». Sobre esto: SCHELSKY, Helmut, *Thomas Hobbes-Eine politische Lehre*, Berlin 1981, pp. 341 y s.; EUCHNER, Walter, *Die Staatsphilosophie des Thomas Hobbes*, Fernuniversität in Hagen 1987, p. 45.

(19) JAKOBS, AT, 1/4; DUX, Günter, *Rechtssoziologie*, Stuttgart-Berlin-Köln-mainz 1978, p. 32; LESCH, *Das Problem*, pp. 240 y ss.; OTTO, Harro, *Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung*, NJW 1974, pp. 533 y s.

calle, si no pudiese esperar que los automovilistas se van a detener ante un semáforo en rojo?

Para reducir complejidad hay que reducir las posibilidades que ofrece el mundo, mediante la creación de expectativas. Toda interacción humana se encuentra estructurada con base en expectativas. Quien puede esperar algo, se orienta mejor. Pero con la reducción de complejidad mediante las expectativas no está, ni muchos menos, todo el problema planteado: si sólo se han seleccionado algunas de las posibilidades, es inevitable en ocasiones la frustración de estas expectativas, en otras palabras, que sean otras las posibilidades que se realicen *versus* las seleccionadas. Por continuar con nuestro ejemplo: se sabe que pese a la existencia de semáforos se producen atropellos. Es el problema de la *contingencia*: es factible que la conducta real no coincida con la esperada; por contingencia entendemos, pues, que las posibilidades mostradas de futura experiencia pueden suceder de distinta forma a la esperada; que lo mostrado puede engañar al remitir a algo que no es, o que, en contra de lo esperado, no es alcanzable (20). Las expectativas son pues abiertas: si son expectativas es, precisamente, porque no existe certeza, porque existe riesgo de defraudación. En ocasiones es imposible renunciar en Sociedad a este riesgo de defraudación: la no renuncia a usar el automóvil para ir a trabajar, lleva aparejado que la expectativa de no resultar atropellado pueda verse defraudada (21). Pero de todas formas, el esperar (al haber reducido complejidad), incluso aunque pueda verse defraudado (puesto que la contingencia perdura), coloca al sujeto en una situación, si no privilegiada, sí más favorable.

En lo que al Derecho se refiere, no sólo se tiene en cuenta qué ocurrirá en el mundo, sino precisamente conductas humanas. Ejemplificativamente: el Derecho no se ocupa, v. gr., de si yo puedo esperar no ser alcanzado por un rayo durante una tormenta (*Naturaleza*), sino, por ejemplo, de si se puede esperar no ser asaltado cuando se viaja solo. El problema, así, se complica: no sólo espero algo de la *Naturaleza*, sino algo humano. En Derecho se acepta al otro como *álder ego*, lo cual significa que considero al otro igual a mí. De esta forma, esperar *tan sólo su comportamiento* —al modo en que se espera de la *Naturaleza*— sería pobre por mi parte o, sencillamente, torpe para evitar conflictos; si yo tengo expectativas ¿por qué no habrían de tenerlas los otros?, ¿es que para los otros *partner* de la interacción, el mundo no es igualmente contingente y complejo? Así pues nos hallamos ante un esperar de expectativas (22), en

(20) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 31; EL MISMO, *Normen*, p. 30; aunque sin hablar de contingencia, en el mismo sentido, DUX, *Rechtssoziologie*, p. 50.

(21) Cfr. JAKOBS, AT, 7/35; EL MISMO, *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. Manuel CÁNCIO MELIÁ), Colección de Estudios n.º 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1994, p. 27.

(22) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 32 y ss.; EL MISMO, *Normen*, pp. 31 y ss.; en sentido parecido, DUX, *Rechtssoziologie*, pp. 33, 53 y s.; OTTO/BRAMMSEN, *Die Grundlagen der Strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, Jura 1985, pp. 536 y s.

otras palabras, la *contingencia* —la posibilidad de que lo esperado no coincida con la realidad— es *doble*. El comportamiento del otro no se puede considerar, desde este punto de vista, como *un algo determinado*, sino también como producto de su *selección*. Para facilitar la interacción social, no es suficiente pues con que cada uno tenga experiencia —espe-*re*, como en su trato con la Naturaleza, lo que va a ocurrir—, sino que ha de poder esperarse lo que áltro espera de cada uno. En definitiva: la conducta propia se planifica de forma más correcta si puede ser determinada (orientación), esto es, si pueden esperarse expectativas ajenas. Abreviadamente: anticipación *versus* desconcierto y defraudación; áltro espera, ego planifica (23). El que espera expectativas y no sólo comportamientos, se encuentra en mejor situación de evitar conflictos. Se incluyen las expectativas ajenas en la estructura de expectativas propia; a pesar de ello, estas expectativas ajenas no descompensan la propia expectativa, sino que la armonizan, aunque evidentemente los riesgos son mayores (la contingencia es doble) (24). Ejemplo: para evitar el «conflicto» suspenso en el «sistema» clase de derecho penal, parte general, el alumno tiene unas determinadas expectativas; el profesor, empero, también. El alumno estudia para el examen, no lo que espera que el profesor le va a preguntar (expectativas de comportamiento, esto sería demasiado poco para evitar el conflicto), sino lo que espera que el profesor espere de él (que él haya estudiado, expectativas de expectativas). Se podría alegar, que lo dicho, no deja de ser un juego de palabras: en definitiva, el alumno se acaba estudiando lo que espera que le van a preguntar; falso. Imaginemos que el profesor quiere, por los motivos que sean, suspender a un gran número de alumnos. El alumno se estudiará, si es que quiere evitar el conflicto —suspensio—, no lo que espera que le van a preguntar —lo que normalmente se pregunta, esperar aquí no basta—, sino lo que espera que el profesor espere de él (aquí: que él no se ha estudiado). Que no se trataba de un juego de palabras, resulta evidente: el alumno no estudia lo que espera que le van a preguntar, sino lo que espera que el profesor espere que no se ha estudiado. Para poder dirigir de forma más adecuada su comportamiento, atenderá a lo que se espera de él. Indudablemente que igual que las expectativas evitaban esperar todo de todos, las expectativas de expectativas son una complicación del problema: no se puede esperar en todo momento cualquier esperar (cualquier expectativa) de los otros; hay que compaginar, pues, dos planos: lo que yo espero y lo que los otros esperan de mí. La vigencia de la norma tiene como finalidad aminorar el problema que ciertamente supone la imposibilidad de hacer fáctico en todo momento y para cada expectativa, el esperar de otro, a saber, lo que se espera de mí —áltro de ego—, y, el

(23) Cfr. DUX, *Rechtssociologie*, pp. 51 y s.; LUHMANN, *Normen*, p. 32; EL MISMO, *Rechtssociologie*, p. 34.

(24) LUHMANN, *Rechtssociologie*, p. 32; siguiéndole, por ejemplo, LESCH, *Das Problem*, p. 242.

esperar propio, esto es, lo que yo espero de él —ego de álder— (25). Las expectativas de expectativas pues, se han de generalizar.

3) Las expectativas se caracterizan por estar generalizadas temporal, material y socialmente (26):

1. Temporalmente se generalizan la expectativas, cuando mediante su estabilización se les dota de resistencia frente a las defraudaciones. Según sea esta estabilización, se han de diferenciar las expectativas como normativas o cognitivas (27). La generalización temporal de expectativas responde a la cuestión, de por qué seguir confiando en una expectativa que ya ha sido defraudada. Ejemplo: si para no esperar todo —reducción de complejidad— he seleccionado como expectativa —y así: contingente— que no voy a ser atropellado cuando camino por la margen izquierda de la calzada, ¿cómo y por qué seguir confiando en esa expectativa pro futuro, en caso de ser efectivamente arrollado por un vehículo? La solución al problema es, o bien modificar la expectativa defraudada y adaptarla a la nueva realidad que nos ha defraudado —ergo: andar la próxima vez por la margen derecha—, o mantenerla y continuar viviendo en protesta contra dicha realidad defraudadora (28) —esto es, por ejemplo: imputar el atropello al automovilista—; en el primer caso llamamos a tales, cognitivas, en el segundo, normativas. Es la diferencia entre el Ser (expectativas cognitivas) y el Deber Ser (normativas). Si la expectativa es cognitiva, el expectante debe aprender de la realidad y modificar la expectativa para el futuro; si la expectativa, empero, se fijó como normativa, no debe modificarla, sino mantenerla (29). En cual-

(25) LUHMANN, *Normen*, p. 33; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 39. En realidad esta flexibilidad del esperar expectativas se produce indefinidamente al infinito: yo espero lo que álder espera; pero si espero lo que él espera, espero en realidad lo que él espera que yo espere, etc. A partir de ahora nos referimos pues con «expectativas» a expectativas, de expectativas de expectativas, etc.

(26) Sigo el esquema presentado por LUHMANN en *Soziologische Aufklärung, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Köln y Opladen 1970, pp. 121 y ss.; siguiéndole, por ejemplo, RÖHL, Klaus F., *Rechtssoziologie*, Köln-Berlin-Bonn-München 1987, pp. 394 y ss.

(27) Además hay gran número de expectativas, que al no ser casi nunca defraudadas, no prevén respuesta (ni normativa, ni cognitiva) en caso de frustración; ejemplo: que en una conversación, el contertulio mantenga una distancia prudente, esto es, ni a 100 metros, ni a 5 centímetros, se espera por todo el mundo sin pensar siquiera en la posibilidad de su defraudación; en el ámbito penal son pues inexistentes; cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 45.

(28) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 42 y ss.; excepciones (ej.: reaccionar ante la defraudación de una expectativa, aprendiendo), pp. 50 y ss.; EL MISMO, *Normen*, pp. 34 y ss.; RÖHL, *Rechtssoziologie*, pp. 239 y ss.

(29) LUHMANN, *Normen*, p. 36; EL MISMO, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, pp. 133 y ss.; EL MISMO, *Soziale Systeme, Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1984, pp. 436 y ss.; EL MISMO, *Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main 1981, pp. 114 y ss.; DUX, *Rechtssoziologie*, p. 33. JAKOBS, *AT*, 1/5 y ss. Véase además, SILVA, *El delito*, p. 92, crítico, pp. 110 y ss., tan sólo, empero, referido a los casos de omisión.

quier caso, aprender o no aprender son, funcionalmente, equivalentes: en ambos casos se trata de dar una respuesta a la defraudación; según sea el significado de la expectativa y las posibilidades que haya de sacarla adelante, se fijará como normativa o cognitiva, habrá que aprender o no (30). Los sistemas sociales no dejan una decisión tan importante como la de aprender/no aprender, sólo al mecanismo integrador de sistemas psíquicos: la decisión de aprender/no aprender, esto es, el estilo de esperar, se encuentra ya socialmente preregulado (31). Un ejemplo sencillo: cuando un turista alemán contrata con una agencia de viajes una semana de vacaciones en Mallorca, la situación reúne componentes cognitivos y normativos. Que luzca el sol durante toda la semana, conocer una guapa española, etc, podrá ser esperado cognitivamente: si conoce a una turista alemana igual que el año anterior, o si se pasa la semana entera lloviendo, será porque sus expectativas eran erróneas y deberá adaptarlas a la realidad, en otras palabras, compartir con su compatriota la semana en el hotel y no en la playa, y aprender para el próximo verano. En cambio, podrá esperar normativamente que el hotel se encuentre en primera línea de playa como especificaba su reserva, que las vacaciones duren una semana y no menos tiempo, etc; si alguna de estas situaciones no se produce a su llegada a la isla, no es él quien debe adaptarse; sus expectativas no eran incorrectas —sólo, como tales, contingentes—, no debe adaptarlas a esta realidad. La expectativa será reafirmada, y se imputará la disonancia producida a la agencia de viajes y no a un esperar equivocado por su parte.

Sólo una muy pequeña parte del esperar normativo toma forma de derecho positivo (32). Las expectativas jurídico-penales son normativas puesto que no interesa adaptarlas a la realidad (al menos, de forma constante) sino que «es primordial la seguridad y la integración social de la expectativa» (33); en otras palabras, en principio, toda expectativa jurídico-penal es normativa, pero no toda expectativa normativa está jurídico-penalmente asegurada. La norma penal incluye pues como reacción en caso de frustración, el mantenimiento de la expectativa: su estabilización por medio de la pena. No se deja al propio expectante la reacción

(30) Cfr. LUHMANN, *Normen*, p. 34; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 44; EL MISMO, *Das Recht*, pp. 133 y ss.

(31) Preregulado socialmente, y según de qué tipo de expectativa se trate, incluso institucionalizado; véase LUHMANN, *Normen*, p. 35; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 52.

(32) DUX, *Rechtssoziologie*, pp. 35, 60 y ss.; LUHMANN, *Normen*, p. 47.

(33) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 44; JAKOBS, *AT*, 1/6; además de que ya de por sí existe preferencia en general de fijar las expectativas como normativas y no como cognitivas. Por supuesto nos referimos a un primer nivel; en el nivel del proceso judicial, por ejemplo, la expectativas son cognitivas: ante el juez las partes se muesran dispuestas a aprender (cfr. LUHMANN, *Normen*, p. 46); las expectativas normativas aseguradas jurídicamente enseñan que no hay que aprender pero esto se aprende (es decir, cognitivamente) en el proceso (con la sentencia). Otro momento en que hay un aprendizaje cognitivo es cuando se producen cambios legislativos; sobre esto, en general, véase LUHMANN, *Das Recht*, pp. 77 y ss., 80.

—lo que podría llevar, a su vez, a la frustración de ulteriores expectativas, v. gr.: la víctima no puede «emprenderla» contra el autor—, sino que la propia expectativa ya posee un mecanismo contra la frustración; la pena es la estabilización contrafáctica (34) frente a la defraudación de una expectativa normativa asegurada jurídico-penalmente. «El supuesto defraudador se prevé —uno se sabe en un mundo complejo y contingente—, pero de antemano se explica como irrelevante para el esperar» (35). La estabilización necesaria para poder seguir orientándose —puesto que el conflicto ocurrido demuestra que la expectativa que se tenía del mundo y la realidad, no coinciden— se lleva a cabo mediante la atribución o imputación de la defraudación (36): se atribuye la defraudación de la expectativa no a un error del expectante, sino del delincuente; no es que el expectante esperase de forma inadecuada, sino que el autor actuó incorrectamente (37). En nuestro ejemplo: se atribuye el error al conductor, y la expectativa de no resultar atropellado cuando se camina por la margen izquierda de las calzadas se mantiene. El supuesto defraudador —atropello— se explica como irrelevante para el esperar.

La expectativa queda en entredicho, incluso cuando es defraudada sucediendo algo mejor de lo esperado. También en estos casos, se demuestra que la expectativa no era en definitiva más que una expectativa, y que por tanto, es necesaria como tal para otras ocasiones, al haberse evidenciado que efectivamente se puede obrar de otra manera. En definitiva, toda defraudación hace peligrar la continuidad de la expectativa y en verdad con independencia de la bondad del suceso defraudador: «Toda defraudación irrita la expectativa» (38); sobre esto, volveremos más adelante, al hablar de las posiciones de garantía. Con esto, nos damos por satisfechos sobre la generalización temporal de expectativas.

2. Materialmente se generalizan las expectativas mediante la identificación de su sentido y fundamento, con independencia de la situación concreta. La generalización material de expectativas es nuevamente la respuesta al problema de la doble contingencia: puesto que no se puede participar de la conciencia de álder, sólo son posibles las expectativas de expectativas, consolidando un mundo en común en el cual se

(34) JAKOBS, *AT*, 1/9 y ss.; DERKSEN, Roland, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin 1992, p. 175. Refiriéndonos claro está entonces a las normas como un factum y no como un suceso del mundo exterior causal; cfr. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Frankfurt am Main 1986, pp. 21 y s.

(35) LUHMANN, *Normen*, p. 37; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 43.

(36) Sobre otras formas de estabilización de la expectativa, no consistentes en comportamientos (sanciones) sino en aclaraciones de la defraudación, no tomar en consideración el conflicto, etc. véase JAKOBS, *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?*, Regensburg 1982, pp. 72 y s.; EL MISMO, *AT*, 13a y ss.; LUHMANN, *Normen*, pp. 38 y s.

(37) Al contrario de lo que ocurriría si la expectativa se hubiese fijado como cognitiva; véase LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 55 y ss.; LESCH, *Das Problem*, pp. 243 y ss.

(38) LUHMANN, *Normen*, p. 38; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 53.

establezcan expectativas colectivas. Mediante la generalización material, no es necesario tener presente en todo momento las expectativas de los otros, lo cual además resulta imposible en sociedades complejas. Por ello, se crean «principios de identificación» sobre los que basar la expectativa, es decir, referencias abstractas que logran que la expectativa permanezca indiferente ante las particularidades del caso concreto (39). Ejemplo (40): El que da una moneda no se para a pensar, cómo le parece o es esperada por el que la recibe, siempre y cuando se vea en él una orientación general hacia la interacción. Un comportamiento desviado todavía no es, por regla general, motivo suficiente para renunciar a la expectativa con todas las adquisiciones en ella simbolizadas. Si al que se le dio la moneda no la reconoce como tal, y se la cuelga al cuello a modo de amuleto, de todas formas, no hay que renunciar a la expectativa de que una moneda sea generalizada como forma de pago. La expectativa permanece indiferente ante las particularidades del caso: no tengo que pararme a pensar en las expectativas de álder; en si él también espera que la moneda es y significa pago.

Según sea el grado de complejidad del sistema social, hay diversas posibilidades de identificar las expectativas. El problema en general, cuando de generalización de expectativas se trata, consiste en saber qué grado de abstracción han de poseer éstas, en otras palabras, con qué plano deben ser identificadas. En derecho penal, lo habitual —aun sin hablar de expectativas— es tomar como punto de referencia la persona (41), entendiendo por tal, la persona física; como a continuación quiero demostrar, este criterio es inadecuado, y debe ser sustituido por un principio de identificación con un grado de abstracción superior, y por tanto, más adecuado: el rol (42).

(39) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 85; en derecho penal, JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 19 y ss.; OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 1985, p. 536; EL MISMO, *Grundkurs Strafrechts, Allgemeine Strafrechtslehre*, 4.^a ed., Berlin/New York 1992, p. 146 y s. (para la omisión); en sentido parecido opina DUX, *Rechtssoziologie*, p. 41 y s., que en gran número de expectativas, debido a su rutina, el emisor parte de que el receptor conoce y sigue la expectativa, de forma que ésta sólo es de nuevo activada, precisamente cuando se produce una defraudación.

(40) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 81 y s.

(41) Excepciones, por ejemplo, son: la punibilidad del garante (=rol) en la comisión por omisión, el deber de decir la verdad en virtud de una determinada posición (=rol) en algunos tipos de estafa (ej. el solicitante de un crédito (véase por todos, CRAMER en *Schönke/Schröder StGB*, § 263, not. marg. 23 y ss.)), etc; cfr. WÜSTMANN, *Rolle und Rollenkonflikt im Recht*, Berlin 1972, p. 66 yss.

(42) JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 21 y ss., y pasim; DERKSEN, *Handeln*, 179 y s.; véase también, OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 1985, p. 536 y s.; JAKOBS, *Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern*, ZStW 101 (1989), p. 518 y s.; cfr., sólo sobre la terminología, LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, p. 121; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 85 y ss.; EL MISMO, *Soziale Systeme*, p. 429 y ss. Para evitar malentendidos: se coincide con LUHMANN en parte de la terminología y en el tratamiento de la creciente abstracción entre persona y rol, nada más. LUHMANN clasifica los puntos de referencia en cuatro escalones: personas, roles, programas y valores. Respecto de estos últimos parece también acertado el tratamiento que de ellos hace Luhmann; si se estableciese

Cuando el esperar se relaciona con una persona, la expectativa queda vinculada con lo que pueda ser imputado a esa persona como su experiencia y actuar. A simple vista, esta identificación expectativa-persona podría parecer lo óptimo: si se conoce a la persona, se puede esperar con gran seguridad; el peligro de defraudación es mínimo, sin renunciar por ello a la necesidad de orientación. Sin embargo, este punto de partida es, cuando menos, ingenuo: seleccionado el punto de identificación-persona, lo anterior es cierto, pero como contrapartida no puede haber contactos sociales anónimos (43); en caso de haberlos, se está expuesto a continuas defraudaciones, por lo que la expectativa decae: hay tantos hechos que no coinciden con la expectativa, que ésta deja de servir de orientación. Para poder esperar con una cierta seguridad, hay que conocer a esa persona; la generalización es imposible de no tratarse de sistemas muy reducidos en que todos se conocen, tienen una historia de interacción común, etc. Por otra parte, las expectativas que se tengan de una persona basadas en el conocimiento que de ella se posea no pueden, evidentemente, ser transferidas a otra persona. Además de lo dicho hasta ahora, las expectativas penales tampoco pueden estar referidas al grado de abstracción-mínimo persona, puesto que de una persona *como tal* no se puede esperar, que espere, que yo espere de él, etc, el cumplimiento de la norma jurídico-penal. Se sabe que hay personas que no se motivan de acuerdo a Derecho (44); otras, que no pueden hacerlo (niños, inimputables...) (45). Respecto de ciertas personas, por ejemplo, se sabe que su

el contenido de las expectativas de forma muy abstracta no se sabrá con exactitud que hechos ponen en peligro la expectativa. En primer lugar, algo sobre el establecimiento de expectativas demasiado abstractas: en derecho penal, no son utilizables; si se fijan las expectativas con base en valores, estos son demasiado abstractos y no permiten una identificación correcta de la expectativa; pueden dar lugar incluso a expectativas, pero estos valores son tan abstractos que las expectativas no podrán ser generalizables, incluso pueden extraerse expectativas opuestas (¿qué ha de entenderse en el caso concreto por bienestar?, ¿cómo he de orientar pues mi comportamiento?, ¿y si los demás no entienden lo mismo que yo respecto de ese valor?, son cuestiones que permanecen abiertas).

(43) Sobre su necesidad, JAKOBS, *El principio de culpabilidad* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), ADPCP 1992, p. 1076; EL MISMO, AT, 6/22, 1/11.

(44) Si el punto de referencia fuese la persona y no el rol, ante el delincuente habitual, cabría el peligro de volver al derecho penal de autor (sobre éste, como "principio del autor", véase, en vez de muchas críticas, BACIGALUPO, *Principios*, p. 81 y ss.). Fijando la expectativa en el rol y no en la persona es más sencillo distanciar a la persona, como tal, de su hecho, cfr. WÜSTMANN, *Rolle*, p. 72; a la vez, empero, el rol explica porque el Derecho no ha de atender necesariamente a una distanciación material del autor respecto de los hechos (ibíd. p. 78).

(45) Por ello estos no defraudan expectativas normativas, sino simplemente cognitivas (a modo de factores perturbadores pertenecientes a la Naturaleza); sus comportamientos no son sancionados; hay que aprender, y por cierto, tomando precauciones, por ejemplo, custodiándoles en un sanatorio y procurando curarlos, si de enfermos mentales se trata, educándolos, si son niños, etc.; se trata de personas, pero no son competentes; véase JAKOBS, AT, 1/12, 17/50; EL MISMO, *Der Strafrechtliche Handlungsbegriff*, München 1992, p. 41 y s., especialmente not. 40; EL MISMO, *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?* p. 75; EL MISMO, *Schuld und Prävention*, en: *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart* 452/453, Tübingen 1976, p. 17 y s.; EL MISMO, ZStW 101 (1989),

respeto por la propiedad ajena es mínimo; si se fijasen expectativas tomando como principio de identificación la persona, además de todos los obstáculos señalados, la estabilización misma de la defraudación también resultaría, en gran medida, problemática: el ciudadano no se conformaría con una estabilización normativa (sin necesidad de aprender) sino que probablemente, y precisamente porque la expectativa se fijó de forma demasiado concreta, requerirá una estabilización cognitiva, esto es, aprendiendo para la próxima vez, lo que en todo caso, no puede compaginarse con el derecho penal; o lo que es peor, y si es que la víctima considera una estabilización normativa insuficiente: tomándose la justicia por su mano. Ya que se trata de saber -y con esto resumo lo dicho hasta ahora- qué esperan los demás de mí, para poder esperar yo también, y de esta forma orientar mi comportamiento, no podrá tomarse como punto de referencia la persona: no puede tomarse como principio de identificación y con base en ella configurar las expectativas jurídico-penales; la generalización no es factible (46).

Puesto que el derecho penal se ocupa de conflictos sociales, el principio de identificación material no ha de ser la persona, el individuo como tal, sino en su papel en Sociedad, en el rol que desempeña. De esta forma se facilitan contactos anónimos, y las expectativas se coordinan mejor mediante la anticipación (47). Por rol se entiende un haz de expectativas cuya extensión está delimitada por el hecho de que, aunque son ejecutadas por personas, no se encuentran unidas necesariamente a éstas, sino que van dirigidas al titular de una determinada posición social según lo que se espera de tal posición (48). Los roles definen qué se espera de un médico, de una secretaria, de un conductor, etc, esto es, como deben comportarse dichos sujetos. Las conexiones de expectativas en derecho penal —las propias y las que los demás tienen de mí— no se fijan entre personas, sino entre roles. El rol es lo único que podemos considerar suficientemente abstracto, esto es, relativamente constante, y por tanto, generalizable. Lo dicho nos lleva en definitiva a plantearnos la siguiente cuestión: ¿qué roles son los que entran en consideración para el derecho penal? La respuesta es: todos, o más exactamente, el rol en el que se actúa, el que está presente en el momento de hacer la imputación. Una persona desempeña tantos roles como grupos

p. 520; LUHMANN, *Normen*, pp. 43, 45, sobre la reacción, p. 62; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, p. 47.

(46) Cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 85 y s., 98.

(47) Cfr. JAKOBS, AT, 1/8; EL MISMO, *La imputación objetiva*, p. 17 y ss.; DUX *Rechtssoziologie*, p. 52 y s.

(48) Los roles son pues definidos con base en las expectativas: cfr. DAHRENDORF, Ralf, *Homo Sociologicus*, 15.^a ed., Opladen 1977, pp. 32 y s., 56; RÖHL, *Rechtssoziologie*, p. 309 y ss.; LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 86; WÜSTMANN, *Rolle*, p. 21; KISSSLER, Leo, *Recht und Gesellschaft*, Opladen 1984, 112 y s.; y también así desde la perspectiva sociológica del individualismo, cfr. en vez de muchos, WEEDE, Erich, *Mensch und Gesellschaft*, Tübingen 1992, p. 65 y ss. (algo crítico, empero, p. 70 y s.); cfr. también, OTTO, AT, p. 146; OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 1985, p. 526 y s.

(sistemas) a los que pertenezca. Así pues, hemos de reformular la pregunta de la siguiente manera: ¿qué expectativas de las pertenecientes a los roles sociales actuados (presentes) son relevantes en derecho penal? Evidentemente, y para centrar la cuestión, no todo lo que se espera de un rol puede ser relevante desde un punto de vista jurídico-penal; ejemplo: del rol de médico en el consultorio se espera, entre otras cosas, un diagnóstico correcto, que nos reciba a la hora que nos había citado, etc; esto último, empero, no tiene (así formulado el ejemplo) ninguna relevancia jurídica. Como definición provisional diremos pues, que las expectativas de que se trata en derecho penal, se dirigen, *no al no quebrantamiento del rol con que se participa en la interacción* (también se quiebra cuando el médico nos recibe media hora tarde), sino a que nadie *mediante dicho quebrantamiento lesione esferas jurídicas ajenas*.

Comencemos con el rol mínimo jurídico-penalmente relevante: no se espera de otra persona, por ejemplo, que respete mi propiedad, sino de su rol de ciudadano, esto es, de otra persona en su rol de ciudadano, o lo que es lo mismo, de una persona que ha aceptado las reglas mínimas de la interacción. En palabras de Jakobs: "la expectativa —y sólo por eso es una expectativa normativa— no se dirige al comportamiento de un Hombre como es, sino como debe ser (...), el Hombre es imaginado como portador de un rol, esto es, como ciudadano perfecto" (49). Con la fijación del punto de referencia en el rol y no en la persona, se renuncia a la garantía que supone poder esperar de quien se conoce (persona concreta), puesto que no siempre se puede conocer al *partner* de la interacción (las más veces: persona desconocida), pero se gana en poder esperar también de quien no se conoce (ciudadano). El rol, desde el punto de vista de la Sociedad, es sólo parte del comportamiento del Hombre, y en este sentido, más concreto que la persona: no se espera todo de cada persona; a la vez, empero, y desde la perspectiva del individuo, el rol puede ser desempeñado por muchos e intercambiables sujetos, y en este sentido, es más abstracto que la persona misma —facilitación de contactos anónimos—: de cada persona se espera su rol y no sus especialidades como persona. Como ya se ha señalado, el rol mínimo con el que se puede actuar en Sociedad es el de ciudadano; pero esto ya es suficiente —y en cualquier caso, cualitativamente más que la persona— como respuesta al problema de la doble contingencia: yo puedo esperar que el otro, ¡como ciudadano!, espere de mí lo mismo que yo espero de él: la no extralimitación de la esfera de libertad propia a costa de la de los demás. La determinación de la expectativa mínima es pues formulada de una forma negativa: no inmiscuirse en el ámbito ajeno. El rol de ciudadano es el mínimo pero no el único que entra en consideración en derecho penal. Sobre las consecuencias que tiene el comportarse

(49) JAKOBS, *Handlungsbegriff*, p. 39; cfr. EL MISMO, *El principio*, ADPCP 1992, p. 1076; EL MISMO, *La imputación*, p. 63 y *passim*.

o no de acuerdo a otros roles hablaremos al tratar las posiciones de garantía.

3. Por último, y con esto llegamos a la tercera forma de generalizar, la generalización social de expectativas tiene lugar mediante la institucionalización. Cuando una expectativa ha sido institucionalizada, el expectante puede partir de un consentimiento sin tener que revisar opiniones y motivos individuales (50): la expectativa goza de consenso (51). Se trata de nuevo, de dar respuesta al problema de la doble contingencia que preside toda vida en Sociedad, a saber, ¿qué esperan los demás de mí? y ¿qué puedo yo esperar de los demás?; en cualquier caso, un consenso fáctico total sobre este esperar de expectativas es imposible de lograr en un sistema complejo, incluso mediante la institucionalización, puesto que la capacidad de atención es limitada: no se puede pensar en todo momento lo que los demás esperan, y viceversa. De esta manera, el consenso, al menos, se presupone. Una de las formas de institucionalización de expectativas en derecho penal es, por ejemplo, la asunción; es el propio que asume quien reduce complejidad; el sistema reduce complejidad precisamente con base en el que asume; por ello responde de esa expectativa por él mismo creada en forma inmediata. ¿Cómo no habría de responder quien crea en un tercero la expectativa normativa de que llegado el caso va a actuar? Todavía más: el problema de la doble contingencia en estos casos se ve reducido considerablemente: el expectante puede esperar precisamente lo que está seguro que el tercero espera que se espere de él. En otros casos, la generalización suele venir determinada por el legislador.

4) El Derecho comprende la generalización en las tres dimensiones —social, material y temporal— (52). Resumiendo lo dicho, se trata de facilitar el comportamiento en un mundo complejo y contingente, generalizando expectativas. Temporalmente, se generalizan cuando a pesar de la frustración permanecen estables y ello por medio de la pena; en lo material, dotándolas de puntos de referencia lo suficientemente abstractos, a saber, los roles; de esta forma se garantiza a la expectativa una cierta identidad a pesar de la diversidad de los casos concretos; en lo social, por último, se generalizan las expectativas mediante el consenso. Para terminar como empezábamos, en palabras de *Luhmann*: "Se entiende por Derecho de un sistema social, las expectativas de conducta normativizadas y congruentemente generalizadas" (53). "El Derecho ha quedado como un medio de integración de la Sociedad en conjunto y

(50) LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, p. 122.

(51) LUHMANN, *Rechtssociologie*, p. 67 y ss. Mediante la institucionalización pues, el consenso es supuesto; se trata de "hacer el consenso esperable" (EL MISMO, *Normen*, p. 41). Por ello, "quien quiere esperar contra la institución tiene contra sí el peso de una supuesta obviedad" (EL MISMO, *Rechtssociologie*, p. 69).

(52) LUHMANN, *Rechtssociologie*, p. 100; EL MISMO, *Das Recht*, p. 131.

(53) *Ibid.*, p. 99.

representa, al menos en las fronteras territoriales de los sistemas políticos, la expectativa de cualquiera" (54).

2.3. NUEVAMENTE: LIBERTAD DE ORGANIZAR

1) En general, puede ser esperada tanto una omisión, como una acción. Formulado a *gross modo*, una acción es esperada, cuando se espera que la situación sea modificada; una omisión, cuando se espera que la situación no sea modificada. El incumplimiento de una expectativa de acción conduce, en su caso, a un delito propio de omisión; si se trata de una expectativa de omisión, empero, a un delito de comisión o de omisión, indistintamente (55). Que el incumplimiento de una expectativa de omisión (se espera que la situación no sea modificada) pueda conducir a un delito de omisión (donde se dice que se responde precisamente "porque la situación no se modificó"), puede parecer absurdo, pero es absolutamente correcto. Tan sólo la terminología es confusa y en verdad, porque *hay que distinguir entre expectativas de omisión y formas de defraudación por acción o por omisión*. Puesto que las expectativas están referidas como mínimo al rol-ciudadano, y éste viene definido en el Estado liberal en un sentido negativo —no dañar—, los delitos de organización sólo devienen de defraudaciones de expectativas de omisiones, en otras palabras, que *no se modifique la situación*, esto es, que *no se dañen esferas jurídicas ajenas* (56). Sólo: *estas defraudaciones (la modificación) pueden producirse tanto por acción, como por omisión* (57). Lo

(54) *Ibíd.*, p. 79.

(55) En caso de tratarse de una expectativa conjunta de omisión y de acción nos encontramos ante un delito de infracción de deber; ejemplo: de una madre se espera tanto que recoja a su hijo que se encuentra en la calle (acción), como que no le abandone ella misma (omisión). En cambio en los delitos de organización se espera tan sólo una expectativa de omisión —no dañar esferas jurídicas ajenas— si bien esto podrá dar lugar tanto a un delito de comisión como de omisión, según la defraudación se produzca mediante una acción o mediante una omisión, respectivamente; sobre esto, a continuación en el texto.

(56) En las normas jurídico-penales, estamos ante una determinación negativa: no dañar. La situación normal de la Sociedad no es, pues, la guerra de todos contra todos. Cuando las lesiones o el homicidio son formulados negativamente, es porque no existe ninguna Sociedad en que la situación normal sea la falta de respeto por la integridad corporal del otro, o por su vida. Así pues, lo lógico es que se formule la ley negativamente, puesto que de desviaciones se trata (cfr. DUX, *Rechissociologie*, p. 37 y ss.). Más allá de esta explicación que puede resultar incluso banal, no hay motivo para hacer diferenciación alguna de si la defraudación de una expectativa de omisión se produce mediante una acción o una omisión.

(57) Esta distinción entre expectativas de acción y de omisión, por un lado, y formas de defraudación mediante una acción o mediante una omisión, por otro, se ha pasado por alto desde FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 24, cuando se habla de una supuesta iliberalidad de la punibilidad de la comisión por omisión. Lo que quizás tenga que ver con una cierta iliberalidad del Estado es la generalización de expectativas de acción (delitos propios de omisión), pero no que las expectativas de omisión puedan ser defraudadas.

esperado es siempre el respeto a ese rol mínimo de ciudadano —expectativa de omisión—: si para cumplirlo se requiere una acción o una omisión, es absolutamente irrelevante. Esto, como ya hemos visto, depende del *statu quo* de la organización. Explicado mediante el caso que ya expusimos: del encargado de una presa puede ser esperada una acción o una omisión. (a) Una *acción* es esperada, por ejemplo, cuando se produce una situación de la que él no es garante, pero de todas formas, y con base en la solidaridad debe intervenir, v. gr., cuando camino del trabajo encuentra una persona en peligro... El incumplimiento de tal expectativa conduce a un delito propio de omisión. (b) Tan sólo, en cambio, *es una omisión lo esperado*, cuando como ciudadano en un Estado liberal, tiene libertad de organizar: *la omisión de no dañar esferas jurídicas ajenas cuando organice*, a saber, cuando conduzca un coche, juegue al tenis, trabaje, etc. Así pues, cuando trabajando debe apretar el botón que impide la apertura automática de las compuertas, para evitar daños en esferas jurídicas ajenas (porque otro trabajador se encuentra en las cercanías), y no lo hace, defrauda esta expectativa de omisión —no dañar...—, mediante una omisión (no apretar el botón). Si en cambio, el *statu quo* es así, que su labor consista en no apretar el botón, igualmente para no dañar esferas jurídicas ajenas (asimismo porque hay cerca otro trabajador), y lo hace, defrauda la misma expectativa de omisión —no dañar—, pero por acción. En realidad pues, y dejando ya de lado el ejemplo, en los delitos de omisión se responde porque se defraudó la expectativa de omisión y esta defraudación se produjo a su vez por omisión; en los comisivos, se defraudó también una expectativa de omisión, pero la defraudación se produjo por acción. Precisamente porque hemos definido el Derecho con base en las expectativas, podemos decir que la forma en que una expectativa sea defraudada (por acción o por omisión) es totalmente irrelevante. Lo que cambia es la forma de la defraudación —activa u omisiva— pero no la expectativa. La expectativa defraudada es siempre la misma. Existe esa libertad de organización de la que hablamos, pero como contrapartida hay que cuidarse de que nuestro comportamiento, es decir, que nuestro ámbito de organización, no dañe esferas jurídicas ajenas. La expectativa siempre es la misma, por cuanto se espera que mediante la regulación normativa cada ciudadano se comporte de acuerdo con esos límites: Derecho como generador de expectativas (58). La defraudación, empero, puede no ser externamente igual: unas veces se produce por omisión, otras por acción. Pero esta desigualdad tan sólo exterior de la clase de defraudación no es relevante: en ambos casos las expectativas no son satisfechas. "La conducta que interesa al Derecho

das por una omisión (delitos impropios de omisión, o mejor, delitos de omisión en virtud de un ámbito de organización). En estos casos no se trata de si el Estado es más o menos liberal, sino de cómo está determinado el *statu quo* de la organización, en otras palabras, de cómo se desenvuelve la vida en Sociedad.

(58) Cfr. JAKOB, AT, 1/4 y ss., y también BACIGALUPO, *Principios*, p. 10.

penal no es entonces una simple acción naturalística, sino una conducta que, por no cumplir las expectativas generadas por las relaciones sociales, defrauda a la sociedad..." (59). En palabras de *Luhmann*:

"No existe importación de cualidad normativa [consecuencias jurídico-penales] por parte del ambiente al sistema [al Derecho], y en verdad ni del ambiente en general (Naturaleza), ni del ambiente de dentro de la Sociedad (v. gr. la religión o la moral). Ningún sentido del ambiente es *como tal* normativamente obligatorio para el sistema jurídico (...). Cuando el sistema jurídico se remite a normas extrajurídicas (...) [por ejemplo a normas de la Naturaleza como la causalidad, ser o no causal], estas normas adquieren mediante esta remisión cualidad jurídica [pero sólo entonces] (60)". "Todos los sistemas sociales que se constituyen dentro de la Sociedad, están obligados a constituir sus elementos fundamentales como comunicaciones. También el sistema jurídico consta sólo de acciones comunicadoras que dan lugar a consecuencias jurídicas- no, por ejemplo, de sucesos físicos ni tampoco de conductas particulares aisladas, que nadie ve ni oye; sino precisamente sólo de la tematización de tales y otros sucesos en una comunicación que *los* trata como jurídicamente relevantes y que se agrega a sí misma por ello al sistema jurídico" (61).

Lo que se quiere decir es lo siguiente (62): el Derecho, como sistema, tiene su propio código y por ello no se ve afectado por su ambiente ni por otros sistemas, hasta que él, lo recibido de fuera, lo tematiza como comunicaciones mediante este código. Un código propio es lógico y necesario, si es que estamos hablando de ciencia jurídica y no, por ejemplo, de ciencias de la Naturaleza. Que en el "ambiente" exista una acción o una omisión es irrelevante, puesto que lo fundamental es la tematización que mediante su código realiza el sistema jurídico. Este código se basa en las expectativas -tengase en cuenta sobre todo lo que se dijo de los roles-; *el sistema jurídico interpreta "comunicaciones" con base en expectativas y no, acciones u omisiones*. La expectativa en el ámbito de los delitos de organización es que no se dañen las esferas jurídicas ajenas; esta expectativa, que es siempre la misma, no puede decirse que sea tan sólo dañada por acción (al modo de las ciencias naturales), puesto

(59) REYES, *Fundamentos*, ADPCP 1992, p. 951, véase además, pp. 948, 956 y ss., 967.

(60) LUHMANN, *Rechtsoziologie*, p. 357 (sin cursiva en el original, los corchetes son míos).

(61) LUHMANN, *Die Einheit des Rechtssystems, Rechtstheorie* 14 (1983), p. 137; véase también, EL MISMO, *Das Recht*, p. 124 y s.

(62) Cfr. además, LESCH, *Das Problem*, pp. 255 y ss., 265 y ss., 304; EL MISMO ZStW 105 (1993), p. 274. El propio LUHMANN, *Die Einheit*, p. 135, afirma que lo dicho tiene consecuencias en torno a un concepto jurídico de acción, a problemas de la omisión, de la imputación (=entiéndase posición de garante), etc., aunque evidentemente sin analizarlo.

que lo recibido de fuera (acción/omisión) es tematizado por el Derecho, de forma que es interpretado o no, como un daño a la esfera jurídica ajena. Ejemplos de ello, hemos visto ya suficientes. Con base en lo anteriormente expuesto, afirmamos pues que una diferenciación entre acción y omisión carece de relevancia; lo relevante será si se defraudaron las expectativas y no cómo éstas fueron defraudadas (63). Si en el caso concreto el sujeto se arrogó un ámbito de organización ajeno es indiferente que ello sea consecuencia de una acción o de una omisión; incluso cómo ya se vio en nuestro ejemplo, la víctima puede desconocer y por supuesto, no le interesa, cómo esté organizado el sistema interiormente.

2) *Pormenores.* Cuanto más automático sea el medio empleado para organizar, para configurar el mundo, así menos tendrá que hacer el poseedor de dicha organización —el que lo configuró—; esto jurídicamente significa: habrá más posibilidades de que se produzca una extra-limitación de las propias fronteras —del ámbito de organización— en la esfera de libertad de los otros ciudadanos, mediante una omisión. El sobrepasar las fronteras mediante una omisión o mediante una acción no responde como ya se ha visto a causa jurídica alguna, sino a la mera mente naturalista de cómo se configure el mundo exterior (mediante acciones propias, mediante animales, máquinas automáticas, mediante sistemas en los que cada persona tiene una función totalmente específica, de forma totalmente individual, etc). En cualquier caso esto no afec-

(63) La idea de una imputación penal centrada en el sistema social y tomando como referencia el rol de ciudadano ya aparece ocasionalmente en la literatura antigua, precisamente para explicar casos de responsabilidad por la extensión del ámbito de organización en casos de omisión; como botón de muestra, una cita:

"Todo ciudadano aspira a la contención de sus energías, esto reside en sus propios intereses y en el del Estado mismo. Igual que dos cuerpos no se pueden encontrar en el mismo espacio, así cada ciudadano tiene su esfera jurídica concreta, cuyos límites se determinan de acuerdo con la de los otros conciudadanos (...). La labor de la legislación es delimitar claramente estas fronteras, de forma que cada uno sepa lo que puede hacer, y qué es lo que se puede interdecir a los demás. Si nosotros los Hombres queremos concebir siempre correctamente los comportamientos, entonces podríamos decir: *hasta aquí y no más allá. Pero las cosas no son tan sencillas.* Muy a menudo creemos, que no hay nadie junto a nosotros, pero de pronto, nos damos cuenta que nuestro obrar pone en peligro desde hace tiempo al conciudadano, o tal vez, ya le ha dañado. *Con quedarse quieto no basta*, de lo que se trata, en cambio, es de paralizar nuestro comportamiento mediante otro comportamiento de efecto contrario. Mas ¿quién puede obligarme a mí a actuar o a no omitir una acción? Se dice también en efecto, que una omisión sólo sería entonces, una contraria al deber, por consiguiente, sólo podría ser punible, cuando excepcionalmente la ley me encomendase obrar, me exigiese, que yo dispusiese un cambio en el mundo exterior (...) *Pero con esto no basta.* Si no, el conductor de un carroaje podría omitir volver a tomar las riendas que había soltado en su derecho en caminos solitarios, cuando el carroaje se desvío a una concurrida calle, en caso de que en el código civil vigente no hubiese artículos referidos a la conducción de carros. *La coexistencia de ciudadanos es tan sólo posible, en cambio, cuando cada cual organiza en todo momento su obrar y su dejar de obrar de tal forma que los intereses ajenos no resulten dañados.*" (ROTERING, Über die Verbindlichkeit, p. 206 y s.; sin cursiva en el original).

tará a las expectativas. Con un ejemplo: si voy corriendo por un camino público y veo que un niño se encuentra en medio del mismo, mi obligación es no seguir corriendo —"reorganizar" dejando de organizar—: si no lo hago, arrollando al niño, responderé por un delito de comisión (¡seguir corriendo!); puesto que he configurado el mundo exterior por medio de mi propio movimiento corporal —correr—, sobrepaso los límites de mi ámbito mediante una acción, se trata de un delito de comisión. En cambio, también puede suceder, que haya organizado dejándome llevar por mi caballo. He organizado igualmente, pero digamos, de forma semiautomática: he "puesto en movimiento" el caballo, y es éste ahora, el que si no existe una contra orden, si no tiro de las riendas, no para. Mi comportamiento debe pues variar correspondientemente (64), en caso de que encuentre al niño en el medio del camino, para atenerme a una expectativa, *que tanto antes como ahora, es la misma*; allí donde antes sólo era necesaria una inactividad —dejar de correr—, ahora es necesaria una actividad: tirar de las riendas —también "reorganizar" dejando de organizar, puesto que tanto se organizaba antes (corriendo), como ahora (montando a caballo)—; la valoración jurídica de ambos casos es lógicamente unitaria, y en verdad, porque en los dos supuestos se trata de mi propia organización y de las expectativas que sobre ella se ciernen —en el caso: la expectativa-mínima ciudadano—. Sólo varía la forma exterior de la organización -antes organizaba corriendo, ahora corriendo con mi caballo-, y por esa variación exterior las fronteras de que antes hablábamos se quiebran ahora de distinta manera. Esta diferencia de comportamiento (seguir corriendo —acción—, no tirar de las riendas —omisión—) (65) es totalmente irrelevante: en ambos se trata de la propia organización, de la configuración que del mundo hace el sujeto, de sobrepasar o no, las fronteras de la libertad de los demás cuando se configura, de las expectativas de que esto no suceda...

3) *Consecuencias*. Por todo ello, resulta injustificada una atenuación general de la pena para los supuestos de comisión omisiva. Como se ha señalado, si se atenúa la pena en la omisión, incluso propugnada por quienes establecen una equivalencia entre [la comisión] y [la omisión+la posición de garante] ¿dónde queda esa pretendida equivalencia? (66). Desde la posición aquí sostenida, en todo caso, la posibilidad de tal atenua-

(64) Igual, por ejemplo, que cuando el caballo se encabrita y ya no es dominado por el jinete, cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal*, ADPCP 1970 (p. 35 y ss.), p. 44; WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 255 y s.

(65) ¡¿Por qué no incluso: no parar de correr —omisión—, seguir sosteniendo las riendas —acción—!?

(66) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, recensión a: Bacigalupo Zapater, Enrique, *Delitos improprios de omisión*, ADPCP 1970, p. 724 y ss., p. 726; HUERTA, *Problemas*, pp. 154 y s., 162; recientemente, en contra, PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Conciencia y Derecho Penal. Límites a la eficacia del Derecho penal en comportamientos de conciencia*, Granada 1994, p. 148 y s.

ción no es defendible. Asimismo resulta igualmente infundado calificar de delitos especiales a los delitos de comisión por omisión, ya que, en contra de lo que a veces se argumenta (67), pueden ser cometidos por cualquiera (68); puesto que todos pueden organizar con entera libertad —salvo niños, enfermos mentales, etc.— mientras no lesionen esferas jurídicas ajenas, todos pueden entonces también ser en principio sujetos del delito. Tampoco parece razonable limitar la comisión omisiva a la protección de un número restringido de bienes jurídicos (69).

Por último, una discusión sobre la posibilidad de establecer una diferencia entre la comisión y la omisión, argumentando que son conceptos pertenecientes a planos distintos, esto es, que la acción pertenecería al plano ontológico y la omisión al normativo, resulta estéril (70): en cualquier caso la acción jurídico-penalmente relevante no es la de la esfera ontológica, sino —como se indicará al hablar de la posición de garantía— la acción en sentido normativista. En este sentido ya hemos visto como el Derecho no se ve afectado por su ambiente sino que tematiza mediante su propio código lo recibido del ambiente. Por su parte, la omisión jurídico-penalmente relevante tampoco es, aun aceptando su existencia, el comportamiento pasivo de la esfera ontológica (71), sino en cualquier caso la omisión igualmente en sentido normativo. Así, y adelantando lo que se dirá a la hora de hablar de la posición de garante en la comisión, entiendo que entre los conceptos de acción y omisión, no

(67) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlin 1969, p. 208 y ss.; HUERTA, *Problemas*, p. 173; recientemente, ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, *Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADPCP 1992, p. 969 y ss., p. 970.

(68) No nos referimos, claro está, a los delitos de comisión por omisión en virtud de una institución (cfr. *infra C*) que sí habría que considerar como especiales.

(69) En contra, por ejemplo, HUERTA, *Problemas*, p. 166 y s.

(70) Otro punto de vista ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3.^o del artículo 489 bis del Código Penal*, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 24 (1984) (p. 571 y ss.), p. 573 con not. 7; cfr. además, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General* (en adelante PG), 3.^a ed., Barcelona 1990, p. 321 y s.

(71) Véase, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, ADPCP 87, p. 579 y ss. En su estudio, gana GIMBERNAT un concepto de comportamiento que "abarca tanto a los activos como a los pasivos, tanto a los axiológicamente indiferentes como a los valiosos como a los desvaliosos (dentro de estos últimos, los comportamientos jurídico-penalmente relevantes constituyen, en virtud del principio de intervención mínima, una especie numéricamente insignificante)" (ibid. p. 593 y s.). No podemos entrar aquí a discutir, lo que en un principio nos parece plausible: que existe el comportamiento pasivo también en el plano ontológico (ej. no sentarse en un sillón, no dar las gracias, no ridiculizar al tartamudo). En cualquier caso, lo que importa al derecho penal no es ese primer escalón ontológico que señala GIMBERNAT, comportamiento activo/pasivo, sino, como se señaló, la tematización que el propio Derecho hace mediante su propio código, de lo recibido: la acción/omisión en sentido normativista. Sobre la discusión, cfr. BACIGALUPO, *Delitos improprios*, p. 53 y ss.; últimamente, HUERTA, ¿*Concepto ontológico o normativo de omisión?*, CPC 17 (1982), p. 231 y ss.

se trata de *A* y no-*A* como señalase *Radbruch* (72), ni no-*A* y no-*A* como en el concepto negativo de *Herzberg* (73), sino que los conceptos jurídico-penalmente relevantes de acción y omisión son *B* y *B*, siendo *B* el comportamiento que, desde un punto de vista normativo (jurídico-penal) interesa al Derecho penal —entre otras cosas, por la existencia de una posición de garante—. Resumido: concepto normativo de acción vía concepto normativo de omisión; en otras palabras, búsqueda de un concepto normativo de acción *versus* búsqueda de un concepto ontológico de omisión (74). Todo esto será estudiado a continuación al hablar de la posición de garantía en la comisión.

Pero incluso sin hablar de la posición de garante en los delitos activos (formas de defraudación por acción) podemos ya concluir, que los "mandatos" que no tienen su base en una solidaridad especialmente asegurada, originan delitos de comisión por omisión, en los que el fundamento de la responsabilidad es el mismo que el de los delitos comisivos: la extensión del ámbito de organización de forma no permitida (75), y ello, porque se trata de la defraudación de expectativas, y no de la forma en que éstas son defraudadas.

3. *Excuso. Delitos en virtud de una relación institucional: solidaridad especialmente asegurada*

Junto a la responsabilidad en virtud de un ámbito de organización, *Jakobs* señala, como un segundo fundamento de la responsabilidad, la "incumbencia en virtud de una competencia institucional" (76). Se trata,

(72) RADRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtsystem*, Berlin 1904, p. 142.

(73) HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin/New York 1972, p. 170; lo aquí sostenido se distancia pues del concepto negativo de acción de HERZBERG.

(74) En cualquier caso no podemos extendernos más en estos breves apuntes; sobre el tema, y en las conclusiones como aquí ("[...] puede extraerse, [...], la naturaleza normativa, tanto de la acción como de la omisión"), con amplias referencias de la literatura, HUERTA, *¿Concepto ontológico...?*, p. 231 y ss., p. 254 y ss. (publicado también en *Problemas*, p. 281 y ss.).

(75) JAKOBS, AT, 28/14, 29/28.

(76) JAKOBS, AT, 29/57 y ss., 29/15 y ss., 7/70 y ss.; EL MISMO *Handlungsbegriff*, p. 31 y ss.; EL MISMO, *La competencia*, pp. 12 y ss.; LESCH, *Das Problem*, 268 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 105 (1993), p. 287 y ss. El primero en formular esta categoría fue ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Göttingen 1963, p. 352 y ss., que sin embargo, y en contra de lo propuesto en el texto, incluye la comisión por omisión en esta categoría sin realizar delimitación alguna (*ibid.*, p. 459 y ss.); sobre el estado actual de la cuestión y considerando palusible la propuesta de JAKOBS de dividir en dos el fundamento de la responsabilidad (en virtud de organización y en virtud de una relación institucional), EL MISMO, en la 5.^a ed., Berlin/New York 1990, pp. 651 y ss., 659 y ss.; cfr. también, críticos, HUERTA, *Problemas*, p. 129 y SILVA, *Aspectos de la comisión por omisión*, CPC n.^o 38 (1989), p. 387 con nota 94.

por ejemplo, de la responsabilidad de los padres derivada de sus relaciones paterno-familiares, de las relaciones del Estado con sus ciudadanos, etc. En general, la responsabilidad en estos casos se basa en que la Sociedad considera determinadas instituciones de tal peso, que al ciudadano que se encuentra inmerso en ellas (ej. como funcionario, padre, etc), se le exige una protección directa del bien jurídico, independientemente de como se haya organizado. Ejemplo: la madre que no alimenta a su hijo, de forma que éste muere de inanición, responde de la muerte en comisión por omisión, según "el deber general que incumbe a los padres frente a los hijos" (77). Todo lo referido al bien jurídico que protege la institución es, *per se*, de su incumbencia y conduce a la autoría. Ejemplo: si una madre facilita al asesino de su hijo el cuchillo con el que aquél quiere dar muerte a éste, responderá como autora a pesar de que su aporte, desde el punto de vista de lo organizado, es valorable como un aporte participativo (complicidad), y en verdad, porque responde *qua* relación institucional; en este sentido, podemos hablar de una *prohibición de minusvaloración del aporte*, cuyo desarrollo, de todas formas, sobrepasa los límites que nos hemos propuesto en este trabajo en donde tan sólo investigamos los delitos de organización (78).

II. La posición de garante en los delitos activos (comisión)

1) La comisión de propia mano conduce habitualmente a la autoría (79) o, generalizando, a la responsabilidad penal. Esta correlación entre autoría y realización de propia mano es el supuesto nor-

(77) STS 30 de junio de 1988 (A. 5387). Estos casos son reconocidos como punibles en comisión omisiva por el Tribunal Supremo Español desde hace tiempo; cfr. estudio histórico de su jurisprudencia, ALASTUEY, *Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ADPCP* 1992, p. 974 y ss. (diversos casos de infanticidio por omisión cometidos por la madre [y en algunos casos incluso ampliando la posición del garante a la abuela materna], y p. 978 y ss. (también supuestos omisivos pero de parricidio por faltar el "ánimo de ocultar la deshonra").

(78) Según este principio de prohibición de minusvaloración del aporte, se conjura la crítica que realizada GIMBERNAT en su recensión al libro de BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, en ADPCP 1970, p. 725. Cuando el especialmente obligado omite, su responsabilidad como autor en virtud de un delito de infracción de deber es, en Doctrina y Jurisprudencia, generalmente aceptada; no así, en su modalidad comisiva, esto es, cuando en aplicación del principio de prohibición de minusvaloración del aporte, la facilitación comisiva del delito conduce, pese al "aporte participativo", de todas formas a la autoría. Parece de acuerdo, HUERTA, *Problemas*, p. 60 not. 164: "un padre entrega un cuchillo a otro para que mate a su hijo... [.] la conducta del padre es calificable de autoría de parricidio en comisión por omisión y no de participación activa en el delito comisivo". Contradicторia, sin embargo, ibíd. p. 59 not. 162: "el padre que no impide, pudiendo hacerlo, que otro lesione a su hijo menor de edad, no responderá de autoría en comisión por omisión de unas lesiones del art. 420 CP, sino de una participación omisiva en dicho delito". Cfr. además JAKOBS, *La competencia*, p. 43 y ss.

(79) Cfr. JAKOBS, AT, 21/37 y ss.

mal (80) pero no el necesario; el que "realiza" de propia mano lo descrito en el tipo *suele* responder, es *normalmente* autor, pero esta consecuencia no es, ni mucho menos, obligada (81).

Aunque no se presentan con frecuencia, hay de todas formas supuestos en que esto no es así, como veremos a continuación: supuestos en los que a pesar de una "realización" de los elementos externos del tipo, no se responde (82), y ello, ni como autor, ni como partícipe.

Todo ello es la consecuencia lógica de lo expuesto anteriormente sobre la imputación con base en la defraudación de expectativas y la tematización que el Derecho hace mediante su código de lo recibido del ambiente —tematización en vez de simple recepción—. Se trata de la aplicación al delito de comisión -formas de defraudación por comisión- de criterios que en un principio se pensaron para la omisión; más exactamente, de la utilización tanto en las formas de defraudación por omisión, como en las comisivas, de un concepto hasta ahora sólo referido a los primeros: *la posición de garante*. En efecto, si bien en un principio se construyó el delito de omisión con base en el delito de comisión, actualmente se produce el movimiento contrario, empleándose en la comisión, las categorías de la omisión; y en verdad, porque se tiene conciencia en mayor o menor medida, de que lo decisivo no es ya la simple causación —naturalismo, plano fáctico (descriptivo)—, sino la imputación —normativismo, plano valorativo— (83). Este normativismo que en la comisión omisiva es una necesidad, debe presidir también, como seguidamente estudiaremos, la responsabilidad comisiva activa. Según quiero demostrar, el acercamiento de los criterios empleados en la omisión a los manejados en la comisión debe producirse ya en sus bases; en otras palabras, ¡también en la comisión es siempre necesaria una posición de garante como base de la responsabilidad! (84).

En la omisión la posición de garantía no resulta problemática, por ser aceptada, salvo contadas excepciones (85), tanto por Doctrina, como

(80) Cfr. por todos, JESCHECK, Hans-Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Berlin 1988, p. 591.

(81) Cfr. JAKOBS, *AT*, 21/17; EL MISMO, *La competencia*, p. 18 y ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 70 y ss.

(82) En cualquier caso, y si es que existe una posición de garante en virtud de una institución, ésta siempre fundamentará una responsabilidad aun cuando la posición de garante por organización no pueda ser fundamentada.

(83) Cfr., en esta dirección —aunque sin llevar la idea a sus últimas consecuencias—, TORÍO LÓPEZ, Ángel, *Límites político criminales del delito de comisión por omisión*, *ADPCP* 1984 (p. 693 y ss.), p. 696; MIR, *PG*, p. 346.

(84) Cfr. JAKOBS, *AT*, 7/56 y ss.; REYES, *Fundamentos*, *ADPCP* 1992, p. 949.

(85) LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS. Poder Judicial 2.^a época*, n.º 2 (1986), p. 73 y ss. De forma absolutamente aislada niega LUZÓN la posición de garante. Exige LUZÓN, en cambio, "que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a su realización activa" (ibid. p. 79), lo que se traduciría en que también en la comisión omisiva el peligro ha de ser producido por la omisión, esto es, la omisión debe crear la lesión del bien jurídico cuando éste no estaba en peligro, o no en ese peligro concreto de lesión. Argu-

menta LUZÓN con base en varios casos en los cuales, a su juicio, esta identidad no se produce y otros en que sí; antes de entrar a considerar la opinión de LUZÓN, ibid. p. 81 y ss., presentamos brevemente dos de estos supuestos: "Tampoco "mata" y por eso no hay comisión por omisión —dolosa o imprudente—, la conducta del vigilante o socorrista de una piscina que, malintencionadamente o por distracción, no se lanza a salvar a una persona que se está ahogando en el agua: pues lo que provoca su muerte —el origen del peligro concreto— no es la inactividad del socorrista; sino el corte de digestión o el nerviosismo del propio bañista por haber perdido pie y no saber nadar, lo que hace que se hunda". En cambio: "hay, por supuesto, casos en los que la omisión constituye comisión por omisión. Nadie niega que comete homicidio (...) el guardaguas que no cambia la aguja cuando viene otro tren por la misma vía, provocando el choque de ambos". Según LUZÓN la diferencia estriba en que en el caso del socorrista el peligro no proviene del omitente (sino del corte de digestión, p. ej.), mientras que en el del guardavías la omisión es la que "provoca un funcionamiento deficiente del sistema y, con ello, la que crea el peligro de choque de trenes o, si se considera que siempre existe de modo abstracto y remoto ese peligro, la que aumenta y concreta de modo decisivo el peligro, que escapa al control anterior". Así, aunque en ambos casos existe posición de garante, ésta carece de relevancia pues en el primer caso ("no-creación del peligro") y no hay comisión por omisión, en tanto en el segundo ("creación o aumento del peligro") sí. Ante esto, cabe decir:

1. En el supuesto del socorrista existe un peligro previo igual que en el de los trenes: igual que hay un peligro derivado del tráfico ferroviario, existe uno derivado de la piscina (probablemente sea incluso mayor el número de accidentes producidos en éstas). Si en una piscina no existiese un peligro previo a conjurar, ¿para qué habría socorristas?

2. No resulta tampoco convincente diferenciar los dos supuestos alegando que en el tráfico ferroviario se trata del correcto funcionamiento del sistema: si el tráfico ferroviario es un sistema en el cual un guardavías conjura el peligro de un posible accidente, el bañista también está inmerso en un sistema en donde el socorrista impide también la concreción de peligros. Se trata de poder orientarse en ambos casos: si no hubiese guardavías, el tráfico ferroviario se haría tan peligroso que no sería posible; sin socorristas, el baño en una piscina sería de igual forma tan peligroso, que resultaría prácticamente vedado para determinadas capas sociales: niños, ancianos, etc.

3. Señala LUZÓN repetidas veces es su artículo, que para la discusión en cualquier caso habrá que estarse a "un punto de vista social, normativo —no naturalístico—". Pues bien, nos resulta difícil encontrar un ejemplo de naturalismo más claro que el del propio LUZÓN, cuando señala que el socorrista no "mata" puesto que el origen de la muerte es un corte de digestión. Aplicando igualmente un criterio naturalista, lo que provoca el accidente de trenes no es tampoco la omisión del garante, sino el que las agujas en vez de estar en la posición A estaban en la posición B: y esto, es tan "naturalístico" como que a un bañista le de un corte de digestión.

4. Aplicando un criterio normativista, como propone LUZÓN, y que según él tan sólo obliga a afirmar en el segundo supuesto la comisión omisiva, hay que sostener indefectiblemente la punibilidad en comisión por omisión también en el primer supuesto, como es, además, la solución correcta. Los "argumentos normativistas" que LUZÓN señala como determinantes para la resolución del caso de los trenes son, en efecto, igualmente aplicables al caso del socorrista. Así, arguye este autor que *hay comisión omisiva* porque la omisión crea o aumenta de modo concreto y decisivo el peligro "cuando la posición del sujeto determina que no haya peligro o que, dada su función social absolutamente normal y habitual o específica para eso, si hay un cierto peligro abstracto (o incluso concreto), social y normativamente se considere ese peligro como perfectamente controlado, o incluso conjurado o prácticamente inexistente mientras —y sólo con que— el sujeto cumpla su función normal o específica. En estos casos, [prosigue LUZÓN] si el sujeto de pronto omite, dolosa o imprudentemente, cumplir su deber y desempeñar su función, entonces y por ello —es decir, no por ello algo diverso cronológicamente y en origen— la propia omisión crea el peligro, hasta ese momento inexistente o conjurado, puesto que, permitiendo que surja, lo desencadena y descontrola (...); o si se considera que ya había un cierto riesgo, pero controlado, la propia omisión, al descontrolarlo

por Jurisprudencia. Así, se suele argumentar: "(...) la omisión es, en esencia, una 'nada' que únicamente alcanza significado, en el terreno normativo, cuando se pronuncian determinados juicios de valor sobre dicha "nada""(86). "(...) La mera constatación de que no se está haciendo algo determinado no tiene significado penal alguno; para que lo obtenga es preciso poner a esa omisión en relación con un deber de actuar" (87). Pues bien, como va a ser demostrado, exactamente lo mismo sucede en la comisión. El resultado logrado hasta ahora, del Derecho como generador de expectativas, nos sirve para demostrar la necesidad de la posición de garante en la comisión; para ello ejemplificaremos, en primer lugar, en un ámbito reducido: el de una fábrica.

2) Que un trabajador rompa contra el suelo (acción) un valioso jarrón de cerámica (si bien con un pequeño defecto) tiene por sí, tanto o tan poco significado de un delito de daños en las cosas, como lo tiene que no evite (omisión) que un valioso jarrón, que a causa de una corriente de aire amenaza con caerse al suelo, se rompa. Sin embargo, ante dicha situación, los legos (y por tanto naturalistas) y los representantes de una dogmática penal aún no liberada por completo de criterios naturalistas, afirmarían inmediatamente, si bien con posteriores posibilidades de rectificación (v. gr. a nivel de justificación), la responsabilidad en el caso de la acción, mientras se preguntarían (¡paradoja!) en el supuesto omisivo, si el omitente era garante, como *conditio sine qua non* de una posible responsabilidad. Los más prudentes, y por tanto imbuidos en criterios normativos —¡se trata de responsabilidad jurídico-penal!—, se cuestionarían en cambio, si ese deber de actuar en la omisión, en otras palabras, si ese deber de evitar —posición de garante—, también concurría cuando el trabajador rompió el jarrón contra el suelo —deber de evi-

eleva enormemente las posibilidades de lesión". Dichos criterios son, punto tras punto, igualmente aplicables al caso del socorrista, por lo que de ser LUZÓN consecuente, debería sostener también en este caso la comisión omisiva. O: ¿es que en una piscina no hay un peligro abstracto e incluso, para ciertos grupos de personas por sus especiales deficiencias, concreto?, ¿es que la función específica del socorrista, función social, no hace que ese peligro se encuentre controlado?, ¿es que, en definitiva, cuando el socorrista no cumple con su función, eleva enormemente, al descontrolar el peligro, las posibilidades de lesión?

5. Por último, si cuando el sujeto omite cumplir su deber y desempeñar su función, "la propia omisión crea el peligro hasta ese momento conjurado, puesto que, permitiendo que surja, lo desencadena o descontrola", entonces, y evitando el juego de palabras empleado por LUZÓN, la creación es igual a no impedir el surgimiento del peligro, lo cual, evidentemente se produce tanto en el caso del socorrista, como en el ejemplo ferroviario: si en el supuesto del choque de trenes, el guardagujas "crea, permitiendo que surja", el peligro del choque (ante dos trenes que circulan por la misma vía, si el guardagujas actúa, no hay peligro de choque), cuando el socorrista no actúa ante el corte de digestión también "crea[rial], permitiendo que surja", el peligro de ahogarse (ante un corte de digestión, si el socorrista actúa, no hay peligro de ahogarse). Véase también, BACIGALUPO en: *Omisión e Imputación Ojetiva en Derecho Penal*, ed. por GIMBERT/SCHÜNEMANN/WOLTER, Madrid 1994, p. 31 y s.

(86) HUERTA, ¿Concepto ontológico... ?, CPC n.º 17 (1982), p. 243.

(87) HUERTA, ¿Concepto ontológico... ?, CPC n.º 17 (1982), p. 246.

tar, en este caso, lo realizado—. El deber de evitar en la omisión habrá de basarse en una expectativa normativa: el sujeto es garante, tiene que evitar el daño del jarrón mediante un actuar positivo. Para imputar pues hay que atender a si el sujeto se comportó dentro de su rol, si desempeñó el papel que se correspondía con la expectativa, o si, por el contrario, se arrojó un ámbito de organización ajeno al defraudar una expectativa normativa asegurada jurídico-penalmente. Si esto es así, y en esto en el campo de la omisión reina una cierta unanimidad, ¿por qué el autor no ha de tener igualmente un deber de evitación como presupuesto de la responsabilidad comisiva? ¿Por qué no preguntarnos también si defraudó o no expectativas? Imaginemos, y siguiendo con nuestro ejemplo, que el trabajador es parte de una cadena de producción en una fábrica de cerámica.

Se pueden producir algunas de las siguientes situaciones:

a) La labor del sujeto es precisamente romper los jarrones que le son enviados mediante una cinta transportadora, puesto que son defectuosos, con objeto de impedir su venta fraudulenta como no defectuosos (posibles falsificaciones). Si un jarrón es defectuoso o no, y por tanto si debe o no ser roto, es decidido por otros; él tan sólo se limita a destruir los que recibe a través de la cinta.

b) Su labor consiste en un control general de la nave de producción para evitar que se dañen jarrones a lo largo del proceso de elaboración.

c) Su cometido se centra no sólo en la evitación de daños al producto durante la fabricación (b), sino también en eliminar los jarrones que de todas formas resulten defectuosos (a).

d) El trabajador se encuentra allí para revisar, y en su caso reparar, el correcto funcionamiento de la maquinaria (ni a, ni b, ni c).

Planteadas estas posibles formas de división de trabajo, cuando el trabajador deja caer al suelo o rompe, los jarrones (el de la cinta o el que cae), la respuesta no será ni mucho menos igual en todos los casos; como se señaló al comienzo, será irrelevante que el trabajador haya actuado u omitido, siendo por el contrario sólo de interés el rol que éste debía desempeñar; en otras palabras, si ha defraudado las expectativas ligadas a su rol. Estudiemos pues detenidamente la responsabilidad del trabajador, cuando no impide la caída de un jarrón que amenaza caer al suelo por una corriente de aire, y la misma, cuando rompe un jarrón contra el suelo, y ello, atendiendo a como sea la forma en que el trabajo esté dividido en la cadena de producción (roles).

En el supuesto a) el trabajador no tiene una posición de garante en la versión omisiva, porque no se le ha confiado la custodia de los jarrones, en otras palabras, ha de hacerse una valoración normativa del suceso "omisión" ("nada"); la mera constatación de su omisión —no impedir la caída del jarrón— es jurídico-penalmente irrelevante, y en verdad, porque sin el deber previo de evitar que los jarrones resulten dañados no ha defraudado expectativa alguna; aun cuando dejó que el jarrón cayese al

suelo, se ha comportado dentro de su rol; esa parte de trabajo no le está asignada, no es garante. Del mismo modo ha de argumentarse en la versión activa, cuando el trabajador rompe el jarrón: tampoco aquí ha defraudado expectativa alguna, tampoco aquí tenía un deber de evitar, tampoco aquí, en definitiva, era garante. Si no es garante, menos aún ha podido extender su ámbito de organización de forma no permitida; la rotura no le incumbe. Se ha de realizar un enjuiciamiento del suceso en el terreno normativo con base en las expectativas existentes: siendo esa precisamente su labor, no sólo no ha defraudado, sino que se ha comportado de acuerdo a su rol. Como se observa, toda valoración del suceso basada en criterios naturalistas, y por tanto, que no tenga en cuenta las expectativas que recaían sobre el interviniente están abocadas al fracaso; en nuestro supuesto *a*, si no se realiza una valoración también en la versión comisiva, tendría que afirmarse, en principio, la tipicidad: el trabajador ha roto el jarrón = delito de daños. Las cosas son, empero, muy distintas: el trabajador no es garante aunque actúa, y si no es garante, no defrauda expectativas, ergo ¿qué se le va a imputar? *Todavía más*: incluso en el caso de que el jarrón que el trabajador rompiera y que por tanto *se encontraba en la cinta transportadora, no fuera defectuoso*, el trabajador se ha comportado de todas formas *dentro* de su rol; en caso contrario la producción se paralizaría, se obligaría al trabajador a comprobar lo que precisamente no tenía que comprobar: si los jarrones eran o no defectuosos. Se podría preguntar: ¿por qué el rol general de ciudadano no entra en consideración a pesar de que ha roto un jarrón que no se debía romper?; en otras palabras, cómo es que la expectativa ligada al rol mínimo ciudadano —esto es, no dañar esferas jurídicas ajenas— no fundamenta ya su responsabilidad; breve: ¿por qué no ha defraudado esta expectativa? La respuesta es clara: el jarrón no debía romperse, pero él *sí* debía romperlo. Si el rol de ciudadano es descrito negativamente, esto es, no son pedidas acciones solidarias (para eso ya están los delitos propios de omisión) (88), entonces es evidente que no se le puede reprochar al trabajador que cumpla con lo estrictamente a él asignado. El fallo —el jarrón sin defecto en la cinta transportadora— no puede imputársele. Si él cumple con la labor que tenía asignada, no puede ~~hablarse~~ de extralimitación en esferas jurídicas ajenas, y por tanto las expectativas ligadas al rol de ciudadano no son defraudadas. ¿Cómo podría hablarse de extralimitación por parte del que cumple con pulcritud lo que se le ha asignado: su rol social? No hay tampoco pues, respecto de esta última alternativa planteada, posición de garante (89) (y por

(88) Es decir, los delitos propios de omisión (la omisión del deber de socorro, por ejemplo) se pueden llevar a cabo, pues, tanto por omisión como por acción. Cfr., sobre esto JAKOBS, *AT*, 7/50, 7/57, 7/67, 24/21, y la nota siguiente.

(89) La importancia de lo dicho es enorme, y sobrepasa con creces la *aparente* banalidad del ejemplo; en éste, y debido a la escasa entidad de los bienes en juego, la solución no repugna; en realidad la solución no puede ser otra en los casos más problemáticos de conocimientos especiales. Si el coste que supone en ciertas ocasiones los lí-

ello, ni extensión del ámbito de organización de forma no permitida, ni incumbencia respecto de lo sucedido).

En *b*, donde la labor consiste en un control general de la nave de producción para evitar daños, la situación es la siguiente: a pesar de su deber de garante respecto de los posibles daños al producto durante el proceso de fabricación, el trabajador no evita la caída de un jarrón al suelo: responsabilidad omisiva; no ha cumplido su rol, ha defraudado las expectativas en él depositadas (garante); ha extendido su ámbito de organización de forma no permitida; la rotura pues, le incumbe. Por otra parte, y se puede —aunque no necesariamente se debe— formular así, a pesar de su deber de garante respecto de los posibles daños a los jarrones, el trabajador ha roto uno de ellos. Pero en realidad lo relevante aquí —y por eso digo "no necesariamente debe formularse así"— no es que el trabajador tuviese la labor de evitar daños —ese es un rol que afecta, como se vio, al supuesto omisivo— sino que no tenía la labor de romper los defectuosos, y por tanto se ha arrogado una competencia que no le correspondía; ha quebrantado su rol general de no inmiscuirse en esferas jurídicas ajena; esta distinción es importante: si fundamentásemos su responsabilidad por la rotura sólo con base en su labor de evitar daños, entonces —como se verá más adelante— no podríamos fundamentar una responsabilidad de un tercero cualquiera que irrumpiese en la nave y rompiese los jarrones —éste no tendría la labor de cuidar la producción y sin embargo responde—. Evidentemente, de cualquier forma, la comprobación de la posición de garante en el caso que nos ocupa resulta más sencilla apoyándonos en ese otro rol: que siendo otra su labor, no se ha comportado de acuerdo a su rol —aquí: el de ciudadano—, resulta palpable. En ambos casos ha defraudado las expectativas, en ambos era garante. Imaginemos por último, y por recoger todas la situaciones posibles, que el jarrón que *b* rompe fuese de los defectuosos, de los que precisamente debían romperse —aunque no por *b*—: la expectativa se ve igualmente defraudada, puesto que, como ya se indicó, éstas también se ven defraudadas aunque ocurra algo *mejor de lo esperado*. En este caso, de todas formas, no es necesaria la estabilización de esta expecta-

mites del rol es demasiado alto para la Sociedad, deberán redefinirse nuevamente los roles; pero precisamente antes y no después; en nuestro ejemplo: si los costes son demasiado altos —esto es, en nuestro ejemplo ocurre con frecuencia que un jarrón no defectuoso se encuentra en la cinta transportadora— deben redefinirse los roles de forma que, por ejemplo, la labor del trabajador también consista en comprobar que el jarrón enviado es defectuoso. En estos casos de conocimientos especiales es, de todas formas, de aplicación lo dicho en la nota anterior: no se descarta la aplicación de alguno de los preceptos que regulan delitos propios de omisión; en nuestro caso: si existiese un delito de omisión del deber de socorro, referido también al que no socorríese (*salvare*) la propiedad ajena en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de tercero..., sería de la misma forma aplicable si el sujeto rompe el jarrón no defectuoso que se encuentra en la cinta transportadora (acción), que cuando no salve el jarrón que está a punto de caer (omisión); sobre esto, cfr. JAKOB, *La imputación*, p. 54 y ss.

tiva defraudada —al menos jurídico-penalmente—; y no es necesaria porque, como también se estudió, no todo lo que se espera de un rol, esto es, todas las expectativas a él ligadas son tema del derecho penal, sino sólo las que no respeten al otro en Derecho (90). Pero esta defraudación nos sirve de algo: con ella se demuestra que la expectativa era eso, nada más que una expectativa, y que es necesaria para estabilizar comportamientos divergentes en otras ocasiones.

Según lo dicho, sencilla es la situación en *c*, donde el trabajador debe no sólo evitar daños al producto durante la fabricación (*b*), sino también eliminar los jarrones que de todas formas resulten defectuosos (*a*). En este caso, el sujeto se encuentra sólo en una posición de garantía en la versión omisiva, no así en la comisiva. Para el derecho penal la rotura en sí del jarrón (acción) es una "nada", igual que lo es una omisión; sólo si existe un deber de evitación del resultado, se puede hablar de responsabilidad; puesto que en este supuesto el trabajador rompe un jarrón, y según el reparto de trabajo su papel a desempeñar es la eliminación de jarrones defectuosos, se ha comportado de acuerdo, precisamente, a su rol: no hay defraudación por acción. Así pues, en *c* sólo se deriva responsabilidad del comportamiento omisivo (defraudación omisiva, ya que no impide la caída de un jarrón que no se encontraba en la cinta transportadora, esto es, un no defectuoso). Cuando no impide la caída, extiende su ámbito de organización de forma no permitida. Se trata siempre de responder a la cuestión del deber de evitación.

Interesante resulta la situación *d* por ser problemática para la concepción tradicional. Recordemos que en *d* la función del trabajador consiste en revisar la maquinaria. En el supuesto omisivo es indudable la falta de posición de garante: si el trabajador no está allí para controlar que los jarrones no se dañen, no responde; o ¿es que todos debemos estar pendientes de todo? En la versión activa, se ha de comprobar igualmente si existe un deber de evitar el resultado. Si no existiese tal deber ¿de qué respondería entonces el trabajador? Aquí es precisamente donde comienzan las confusiones. *Se argumenta que no es necesaria una posición de garante*. En realidad no es que no haga falta la posición de garantía en los delitos de comisión, sino que en la mayoría de éstos, tal posición deviene ya de la propia acción. El sujeto se suele colocar en posición de garante a causa de su propia acción, lo cual no significa, que de todas formas *siempre haya que comprobar, si se defraudaron o no* ex-

(90) Otro ejemplo: el no garante que al ver una casa deshabitada en llamas avisa a los bomberos defrauda igual la expectativa, que el garante al ver la casa en llamas no avisa a los bomberos. Ninguno de los dos se comporta de acuerdo a su rol, pero sólo el segundo al *no comportarse según su rol (al defraudar la expectativa)* daña esferas jurídicas ajenas. Formulado de otra manera: si se habla del daño en esfera jurídica ajena, ha de haber *quebrantamiento del rol*, defraudación de expectativa, se puede hablar de daño en esfera jurídica ajena. Recuérdese aquí, el caso del médico que recibe al paciente media hora más tarde: defraudación de la expectativa, sin intromisión, empero, en esfera jurídica ajena. El quebrantamiento del rol es pues el mínimo, pero no basta.

pectativas, en definitiva, si el sujeto se comportó o no de acuerdo a su rol. Así, hemos demostrado que el trabajador en *a* y *c* no defraudaba expectativa alguna a pesar de romper el jarrón (acción); incluso en la alternativa presentada en *a*, donde el sujeto rompía un jarrón que no era defectuoso, hemos comprobado igualmente que no se defraudaba ninguna expectativa, que no respondía. El hecho de que en *d* el trabajador responda, *no se debe a que actúe* —esto también sucedía en *a*, en *c* y en la alternativa *a*— sino a que hay una expectativa defraudada. El hecho de que se defraude una expectativa, *no se debe de nuevo a que el sujeto actúe* —también actuaba en *a*, en *c* y en la alternativa *a*—, sino a que no se ha comportado de acuerdo a su rol, en este caso, el de todo ciudadano de no dañar esferas jurídicas ajenas. Se podría cuestionar por qué cuando el técnico no impedía la caída del jarrón no se recurría a este deber general de ciudadano para fundamentar una responsabilidad en comisión por omisión, pero sí cuando él mismo rompe el jarrón; la solución ya la hemos expuesto: en los delitos de organización, el rol mínimo siempre está determinado negativamente, esto es, no dañar (Estado liberal). Pero de nuevo: no siempre que se actúa pues se quiebra el rol de ciudadano (y así, ni en *a*, ni en *c*, ni en la alternativa *a*).

Con todo ello se quiere decir: lo relevante no es el cambio del mundo exterior (romper el jarrón, acción en sentido naturalista, una "nada") o el no-cambio del mundo exterior (no impedir la caída del jarrón, omisión "en sentido naturalista" [¿?], también una "nada"), sino si se han defraudado las expectativas que los roles sociales llevan y que se encuentran jurídico-penalmente protegidas. Sólo el que se encuentre en posición de garante puede defraudar expectativas (sobre el no-garante no hay expectativas), y ello, indistintamente mediante una acción o por omisión. Esta defraudación se produce cuando *el garante* extiende su ámbito de organización (por acción o por omisión) de forma no permitida. Al sujeto le incumbe entonces el delito.

3) Lo dicho es generalizable, como ya se adelantó, a un sistema más complejo y que, como se exponía al principio de este trabajo, es objeto de protección penal: la Sociedad. Pruébese a sustituir v. gr. en nuestro ejemplo, fábrica, por Sociedad; favorecimiento de contactos sociales, en vez de posibilitar la producción; jarrones, por cualquier bien jurídico; división de trabajo en la fábrica, por los distintos roles actuados en la interacción social; etc. Posición de garante existe cuando la Sociedad tiene sobre el sujeto depositadas una serie de expectativas; cuando el sujeto extiende su ámbito de organización de forma no permitida, le incumbe pues el delito. La posición de garante en los delitos de comisión suele venir fundamentada, de todas formas, por la acción, porque se ha actuado, pero esto no es, como acabamos de comprobar, ni mucho menos obligado (91). A conti-

(91) Y con ello nos separamos radicalmente del concepto negativo de comisión (y de acción) de HERZBERG, que también exige posición de garante; cfr. también supra not. 73.

nuación veremos también un ejemplo en que esto no es así. En cuanto a la terminología, manteniendo la que tradicionalmente se emplea en los delitos de omisión, hablamos de posición de garante también para los delitos de comisión (92). Planteadas así las cosas, se confirma de nuevo la intrascendencia de que el agente, que no se comportó dentro de su rol, lo hiciera por acción o por omisión. Este deshacerse de criterios causal-naturalistas que evidentemente es, *per se*, una necesidad en el delito de comisión por omisión donde no existe causalidad, es también un acierto en el ámbito de los delitos comisivos, y en verdad por medio de la imputación objetiva (93). Lo decisivo no es la causación sino la imputación; imputación que por tanto se divide en imputación del comportamiento (94) —sólo se imputa lo que incumbe al sujeto y, por tanto, hace falta una posición de garante—, e imputación del resultado (95) —que falta, v. gr., en casos de ausencia de concreción del riesgo creado— (96).

4) La exigencia de tal posición de garantía en el comportamiento comisivo es normalmente pasada por alto en la doctrina mayoritaria lo cual es, tomando su propio punto de vista, sorprendente: si se identifica la posición de garante en la omisión con un deber de evitar el resultado y, si al autor de un delito de comisión no se le exige ser garante, es decir, no está obligado a evitar el resultado, ¿cómo es posible entonces que responda? Como ha sido puesto de manifiesto por *Jakobs*: entonces, si no estaba obligado a *evitar* el resultado... ¿por qué responde? (97) Este olvido de la posición de garante en los delitos de comisión es hasta cierto punto comprensible, si se tiene en cuenta que en la mayoría de los su-

(92) Esta posición de garante es independiente de que el autor tuviese dolo. Cfr. en este sentido ya *Torío, Límites, ADPCP 1984*, p. 696 (sin cursiva en el original): "La vieja idea de que causación —*incluso causación dolosa*— equivale a responsabilidad por el hecho, a tipicidad, experimenta en la doctrina actual importantes modificaciones". Un ejemplo llevando esta idea, que consideramos correcta, a sus últimas consecuencias: igual que cuando un trabajador, que no tiene asignado el control general de la producción, no responde si no evita que un jarrón caiga, y ello aunque tenga dolo; igual que un trabajador, que tiene como labor romper los jarrones defectuosos, no responde, incluso aunque al golpear el defectuoso tenga dolo; igual!, tampoco responde en la alternativa a *a*, el trabajador que debiendo romper los jarrones defectuosos que le son enviados, rompe uno, no defectuoso pero *enviado*, ¡con dolo!

(93) Cfr. *Torío, Límites, ADPCP 1984*, p. 693 y ss., p. 695 y s.; cfr. también *SILVA, El delito*, p. 121 y s., 133 con not. 790.

(94) En caso contrario no hay responsabilidad por un delito de organización (al no ser garante); una responsabilidad en virtud de algún delito propio de omisión permanece, de todas formas, abierta.

(95) En su defecto, queda de todas formas la posibilidad de una responsabilidad como tentativa.

(96) *REYES, Fundamentos, ADPCP 1992*, 961 y s.

(97) *JAKOBs, Handlungsbegriff*, p. 31; en sentido parecido, al menos en lo que respecta a su concepto de acción basado en la evitabilidad, *BACIGALUPO, Principios*, 113 y s.: "...en la medida que, en realidad, la función del concepto de acción es sólo negativa, pues sirve para la eliminación de hechos totalmente irrelevantes para el derecho penal, se formula sobre el aspecto del *poder evitar* y no sobre el del *poder dirigir*. En lo sustancial se trata únicamente de dos aspectos de la misma cuestión."

puestos tal posición no resulta problemática (98), pero en ningún caso, justificable: no se pueden aplicar criterios naturalistas a la teoría del delito. Un ejemplo relevante del callejón sin salida a que conduce la aplicación de criterios naturalistas a la teoría del delito lo encontramos en el llamado "caso del reanimador". En él nos detendremos brevemente.

5) Cuando un paciente entra en coma *irreversible* (en sentido estricto!), el médico no tiene obligación alguna de prolongarle artificialmente la vida (99). Así pues, si el enfermo ingresa en el hospital ya en situación de coma irreversible y el médico no toma medidas para prolongar *artificialmente* su vida, no se puede imputar el resultado de muerte al facultativo; su inactividad es jurídico-penalmente irrelevante, igual que lo sería, si hubiese omitido iniciar tales medidas para prolongar *artificialmente* la vida de un paciente en estado terminal mediante transfusiones de sangre, inyecciones u otras medidas semejantes (100); en ningún caso existe la —al menos en el ámbito de la omisión— unánimemente exigida posición de garantía.

Pues bien, ¿qué acontece si el paciente en coma irreversible se encuentra ya conectado a una unidad de cuidados intensivos y el médico la desconecta? ¿Se trata de un problema, que donde antes había una omisión ahora nos encontramos con una acción? Para aquellos que se basan en criterios naturalistas, efectivamente lo es; según estos, los comportamientos causales de un resultado típico son ya —si bien con algunas correcciones— motivo de imputación. Por ello habría que atribuir el homicidio al médico, pues es evidente, o al menos así se argumenta, que

(98) Aquí se puede establecer un paralelismo con la relegación que sufre la imputación objetiva, en general, en el ámbito del delito doloso frente al culposo: como ha sido señalado, REYES, *Fundamentos, ADPCP 1992*, p. 965, esto se debe a que en los delitos dolosos la creación del riesgo desaprobado es tan clara que rara vez presenta problemas, mientras que en la mayoría de los delitos culposos la imputación objetiva es un elemento de difícil determinación.

(99) El caso es absolutamente *excepcional* pero si el coma es irreversible, un mantenimiento artificial de la vida constituiría un atentado contra la dignidad de la persona; cfr. p. ej. JUANATEY DORADO, Carmen, *Participación en el suicidio y eutanasia. Comentario al artículo 149 del Proyecto de Ley orgánica del Código Penal de 1992*, *Poder Judicial* 2.^a época, n.º 28 (1992), p. 109 y ss., p. 109 con not. 1, con más referencias a la literatura española; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La responsabilidad penal del médico por omisión*, p. 964; BAJO FERÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial-Delitos contra las personas*, Madrid, 1989, p. 96 y s. (en adelante PE); MIR, PG, p. 324. De otra opinión, sólo, BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart 1968, pp. 112, 114 y s. (referido al trasplante de órganos).

(100) Cfr. por ejemplo, HIRSCH, Hans Joachim, *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, Festschrift für Karl Lackner*, Berlin 1987 (p. 597 y ss.), p. 602; ESER, Albin, *Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch aus rechtlicher Sicht*, en AUER/MENZEL/ESER, *Zwischen Heilaufruf und Sterbehilfe*, Köln-Berlin-Bonn-München 1977, p. 75 y ss., 138; absoluta doctrina mayoritaria. No puede mantenerse sin embargo, como principio general de imputación, que la vida no sea merecedora de protección cuando esté irremediablemente perdida; cfr. MONTEALEGRE LYNELL, Eduardo, *La Culpa en la Actividad Médica, Imputación Objetiva y Deber de Ciudadano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1988, p. 39; BACIGALUPO, *Principios*, p. 123.

se trata de un acortamiento de la vida del sujeto (101), esto es, de la llamada eutanasia activa —prohibida—, y no de la denominada ortotanacia, consistente en dejar que la muerte se produzca de manera natural sin aplicar medios artificiales —permitida— (102).

Para solucionar esta problemática, gran parte de la literatura sostiene que nos hallamos ante una omisión (103). Englobando estos supuestos, como pretende este sector doctrinal, allí donde en general se exige una posición de garantía para fundamentar la responsabilidad, dejan de ser problemáticos, puesto que resultaría relativamente sencillo negar la concurrencia de ésta. "Se evita así tener que castigar por homicidio (o asesinato) al que realiza o participa en la desconexión del paciente —solución inevitable si se afirma que la muerte se produce por acción positiva— (104)." A la vista de esto, más que de aportar una solución dogmáticamente convincente, parece que se trata, tan sólo, de llegar al resultado deseado. En este sentido se han intentado numerosas soluciones, sobre todo en la

(101) Cfr. por todos, STOFFERS, Kristian F., *Die Formel "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?*, Berlin 1991, pp. 386 y ss., 458. Sólo en los casos en que ya no exista una protección penal no se podrá hablar de acortamiento: no se trata de coma, sino de muerte; así por ejemplo, el art. 10 del Real Decreto de 22 de febrero de 1980, sobre la extracción y trasplante de órganos establece, como requisito para la determinación de ésta: "1) Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida de conciencia. 2) Ausencia de respiración espontánea. 3) Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotomía muscular y midriasis. 4) Electroencefalograma "plano", demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral." A este respecto, cfr. COBO/CARBONELL, en *Derecho Penal, Parte Especial*, COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, 2.^a ed. 1988, Valencia, p. 489; BAJO, *PE*, p. 26 y ss.

(102) En derecho español, cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Derecho Penal y Constitución, art. 15, Madrid 1982, p. 78 con nota 28.

(103) Mención aparte merece la opinión de SILVA, *El delito*, p. 249 y ss., 257 y ss.; EL MISMO, *La responsabilidad*, p. 966. SILVA acepta en los casos de desconexión una sucesión de ambos planos, el omisivo y el comisivo; existiría la modalidad omisiva ("desistimiento de tentativa acabada de cumplimiento de un mandato"), si bien no cabría hablar de omisión punible: pese a que el mantenimiento de la vida de esta forma, tiene como objetivo precisamente "reanimar" y por tanto debe ser considerado como un curso causal salvador, en casos de estado irrecuperable, en donde la reanimación es imposible, no puede haber "interrupción de un curso causal salvador" pues dicho curso no es precisamente capaz de salvar. Tampoco existiría tipicidad en el plano comisivo puesto que "acabar con una vida vegetativa sin conciencia ni actividad cardiorespiratoria ni cerebral autónoma no es realización típica de un homicidio activo". Lo afirmado por SILVA creo que en una interpretación dogmática correcta conduce, adelantando lo que se va a decir en el texto, a la misma solución que aquí se defiende: tanto si la desconexión se considera acción, como si se considera omisión, no hay en ningún caso posición de garante. Hablar empero de dos planos, el comisivo y el omisivo, resulta absolutamente innecesario: si no hay posición de garante (que es en definitiva lo que hay que sostener cuando, como SILVA, por un lado se argumenta que el curso causal no es capaz de salvar [en la omisión], y por otro que la desconexión no es "realización típica de un homicidio activo" [en la comisión]), si no hay posición de garante, repito, no hay expectativa alguna que pueda ser defraudada, y ello, ni por omisión ni por acción. La cuestión de la posición de garante es previa a la del modo de la defraudación (por omisión o por comisión).

(104) MIR, *PG*, p. 324.

doctrina científica alemana (105); de algunas, nos ocupamos a continuación:

Una primera construcción señala que lo relevante es el significado social de la conducta en su conjunto, lo cual permitiría hablar de omisión en estos supuestos, puesto que el aparato desconectado no deja de ser, afirman, más que una "*longa manus*" del médico (106).

Como ha sido señalado por la doctrina (107), esta solución, que no se apoya en categoría dogmática alguna, se presenta pobre, y parece más bien el intento de llegar a un resultado deseado desde un principio —la impunidad del médico—. Pero además: si el aparato es una "*longa manus*" del médico, ¿no habría que condenar, cuando el mecanismo fue conectado por un médico, pero otro lo desconecta, por ejemplo, por razones de turno de trabajo? (108).

Otro argumento de peso para intentar aclarar el problema se basaría en la llamada "omisión mediante hacer" u "omisión por comisión" (109), categoría propuesta por *Roxin* para la resolución de estos supuestos. Según él, la desconexión, que indudablemente es una acción, puede de todas formas ser considerada una omisión ateniéndose a una fundamentación específica jurídico-penal, y ello, bajo la rúbrica de la "interrupción de un curso salvador propio". Así, cuando por ejemplo un obligado al salvamento arroja una cuerda al que se ahoga, pero antes de que éste pueda agarrarla, la retira, deja la situación igual que en un principio, esto es, la misma que si no hubiese actuado. Si bien concurre una acción que es causal para el resultado —retirar la cuerda—, esta acción se dirigiría contra una prohibición, que como norma secundaria, se encontraría contenida en un mandato-norma primaria contra la que realmente se habría dirigido la omisión. Esto significa para nuestro caso en particular, continúa la deducción de *Roxin*, que el médico puede desistir de aquellas medidas de las que también antes podría haber desistido, actuando siempre por ello en el marco de una omisión impune, puesto que a causa de la situación del paciente no existiría —en ese momento anterior— la posi-

(105) Sobre la discusión del tema en Alemania, que ha dado lugar a gran número de tomas de posición por parte de la doctrina —y que no pueden ser reproducidas en el marco de este trabajo—, cfr. por todos, *STOFFERS, Die Formel*, p. 386 y ss.

(106) BAJO, *PE*, p. 96 y s.; GEILEN, Gerd, Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme. *Betrachtungen zu Göppinger, Arzt und Recht*, JZ 1968, p. 145 y ss., 151; EL MISMO, *Euthanasie und Selbstbestimmung. Juristische Betrachtung zum Recht auf eigenen Tod*, Tübingen 1975, p. 22 con nota 36; EL MISMO, *Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts*, FamRZ 1968, pp. 121 y ss., 126 nota 35.

(107) Cfr. SAX, Walter, *Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung*, JZ 1975, p. 137 y ss., p. 138; SAMSON, Erich, *Begehung und Unterlassung*, en *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin/New York 1974, p. 585.

(108) En el mismo sentido, SAMSON, *Welzel FS*, pp. 585 con not. 38 y 603 not. 92.

(109) Aquí y en lo siguiente, ROXIN, Claus, *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, *Engisch-Festschrift*, Frankfurt an Main 1969, p. 380 y ss., pp. 395 a 401.

ción de garantía, necesaria para la punibilidad de esta —y de cualquier— omisión.

Entre las diferentes críticas que se han realizado contra dicha construcción nos parece definitiva la siguiente: el argumento de que el mandato contendría en sí la prohibición que dio lugar en definitiva al resultado (110), arroja a su vez la pregunta de por qué, de todas formas, no se ha dirigido ese comportamiento contra esa prohibición a la misma vez; formulado de otra forma, por qué motivo las prohibiciones de retirar la cuerda de salvamento o de desconectar el aparato, que se dirigen en realidad contra todo el mundo (al menos según *Roxin*), no se dirigen también contra el que la lanzó o contra quien conectó el aparato (111). El otro argumento de *Roxin*, esto es, que las energías positiva y negativa se anularían, no aporta ninguna fundamentación convincente de por qué no, junto al cumplimiento del mandato no puede haber una desobediencia de la prohibición (112).

Desde la perspectiva que hemos adoptado, la solución resulta mucho más sencilla. En primer lugar, no creemos necesarias complicadas construcciones que tratan de calificar la actividad de la desconexión como un comportamiento omisivo, para obtener una —desde el principio deseada— impunidad del médico. Aun manteniendo desde el derecho penal que el comportamiento del médico en estos casos es un conducta activa (113), resulta indudable que la solución no difiere del supuesto omisivo en que el paciente está todavía por conectar. En efecto, si se parte de la perspectiva normativista aquí sostenida, el hecho de la desconexión no conlleva automáticamente responsabilidad, y en verdad porque puede que el tratamiento médico no fuera necesario. Si no existe un deber de llevar a cabo el tratamiento, no se puede hacer depender la solución del caso, como pretende un amplio sector doctrinal, de que aquél ya se hubiese iniciado, y por tanto haya que desconectar los aparatos —acción—, o de que todavía estuviese por comenzar, y entonces sólo se haya de omitir el inicio del mecanismo —omisión— (por ejemplo, porque el enfermo ingrese en el hospital ya en situación de coma irreversible).

El médico que desconecta los medios artificiales que prolongan la vida de un paciente en coma irreversible, "ejecuta de propia mano", pero no responde como autor de un homicidio porque no tiene posición de garantía (114). Y no responde, pues no es competente para el mantenimiento artificial de dicha vida, en otras palabras, *su realización de pro-*

(110) ROXIN, *Engisch FS*, p. 383.

(111) SAMSON, *Welzel FS*, p. 583; ENGLISCH, Karl, *Tun und Unterlassen*, *Festschrift für Gallas*, Berlin/New York 1973, p. 163 y ss., 183.

(112) SAMSON, *Welzel FS*, p. 583.

(113) Aunque repetimos una vez más: resulta intrascendente.

(114) JAKOBS, *AT*, 7/64; EL MISMO, *La competencia*, p. 19; en sentido parecido, FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 69 y ss.; OTTO, *AT*, p. 141.

pia mano —la desconexión— *no determina por sí misma la requerida posición de garante*. Aquí es donde radica la diferencia con aquellos sectores doctrinales que encuentran problemáticos tales casos si son calificados como comisivos. Según estos, imbuidos del pensamiento naturalista, la desconexión *per se*, determina que el sujeto, primero, sea garante, segundo, que haya extendido su ámbito de forma no permitida, y tercero por tanto, que le incumbe la muerte del paciente; la desconexión, como momento activo verificable causalmente, decide la incumbencia. Si se parte, en cambio, de que el delito de acción también exige posición de garante, no se atribuye al médico el resultado de muerte, porque no entra dentro de su ámbito de competencia prolongar artificialmente la vida (no es garante). Si el médico debe todavía continuar con las medidas mecánicas de prolongación de la vida, v. gr. porque el coma no es irreversible, decimos que tiene posición de garante. En estos supuestos, si desconecta dichos aparatos, sí extiende su ámbito de organización de forma no permitida: así, responde. Para evitar malentendidos, todavía una palabra más sobre esto: entonces, no es la desconexión en sí, empero, la que le convierte en garante —y la que determina su incumbencia—, sino que se encuentra en dicha posición porque no siendo el coma irreversible, debe continuar con el tratamiento. Así pues, y como siempre, lo relevante no es el par omisión/comisión, sino si se ha defraudado una expectativa, que en ningún caso depende de si se actúa o se omite, sino, en nuestro ejemplo, de si la situación clínica del paciente es o no irreversible. Resumiendo: se puede hablar de una falta de posición de garante y ello a pesar de que evidentemente en nuestro ejemplo la acción del médico es causal (115).

6) *Pormenores*. Allí donde el criterio naturalista y el jurídico coinciden, es decir, en la defraudación omisiva, se reclama la posición de garante; allí en cambio, donde el pensamiento naturalista —basado en la causación— conduce a una valoración positiva del suceso —positiva, en el sentido de que existe una modificación en el mundo exterior—, se tiende generalizadamente a apreciar lo mismo desde el punto de vista jurídico, como si éste —lo jurídico— fuese consecuencia necesaria de

(115) Problema parecido presenta MONTEALEGRE LYNÉT, *La Culpa en la Actividad Médica*, p. 38; se trata de determinar la responsabilidad del hematólogo que autoriza sin haber realizado el análisis previo preceptivo, una transfusión de sangre que resulta ser portadora del virus del SIDA, por las lesiones que el paciente así infectado pueda producir a terceros. Acertadamente tan sólo afirma MONTEALEGRE la posición de garante del médico respecto de esos terceros que también puedan resultar infectados "cuando la ley expresamente convierte al médico en garante de bienes jurídicos de personas distintas al enfermo. Un ejemplo de ello lo encontramos en el Art. 38, literal c) de la Ley 23 de 1981. En esta ley se impone al facultativo el deber de diligencia de revelar el secreto profesional a los interesados "cuando por (...) enfermedades graves infectocontagiosas (...), se ponga en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia..."". Así pues, de no tratarse de esta posición de garante "(...) los deberes de diligencia del médico están instituidos para evitar daños al enfermo; no a personas distintas", por lo que no habría posición de garante, esto es, responsabilidad, a pesar del actuar del facultativo.

aquel —el naturalismo—, sin tener en cuenta, que si bien lo normal es que así sea, no es una consecuencia necesaria. Lo que desde un criterio naturalista es valorado como algo positivo, puede que desde un criterio jurídico sea neutro, en otras palabras, que carezca de relevancia. En nuestro ejemplo: si el enfermo llega al hospital en coma irreversible, y el médico no conecta ningún aparato, la valoración naturalista es coincidente con la jurídica: no ha hecho nada —valoración naturalista—, no tenía nada que hacer, no tenía posición de garante —valoración jurídica—. Por el contrario el desacuerdo de las concepciones naturalistas se produce cuando ambas valoraciones no coinciden, aunque el supuesto base —la irreversibilidad del coma— sea el mismo: si el paciente ya está conectado al mecanismo, el médico ha hecho "algo", desconectar el aparato —criterio naturalista—, y por tanto se tiende a concluir erróneamente que también ha hecho "algo" desde el punto de vista jurídico, que su comportamiento es relevante; no se tiene en cuenta, que el pensamiento aplicable no es el naturalista; se descuida que siendo irreversible el coma tanto antes como ahora, no hay posición de garante, tanto si no se conecta aparato alguno, como si se desconecta el ya en funcionamiento.

7) Concluyamos pues: dentro del marco teórico aquí presentado resultaría falso que la acción por sí misma, coloque al actor en la misma situación en que se encuentra el omitente garante. Sería asimismo incorrecto que la acción *per se* convierta al actor en garante, en otras palabras, que la acción logre el milagro de que todo actuante extienda de forma no permitida su ámbito de organización y por tanto le incumbe el delito. Sería falso, en definitiva, que no se requiera posición de garante como presupuesto de responsabilidad en los delitos de comisión (116). Afirmar que el suceso siempre incumbe al interviniente que actúa, mientras que sólo ocasionalmente al que omite —cuando éste está en posición de garante—, se corresponde con un pensamiento naturalista, y por tanto ajeno al Derecho: en la "acción" siempre se "organiza" algo desde el punto de vista naturalista, pero no necesariamente según un criterio normativista, que, en todo caso, es el jurídico. Para el derecho penal, con una acción se organiza tanto como con una omisión, es decir, se organiza lo que el sujeto pueda organizar, lo que pertenezca, en fin, a su ámbito de organización. Mediante un comportamiento activo, un sujeto garante responde de todo lo que se corresponde con su ámbito de organización, pero no de todo lo que sea causal. Como ha señalado Jakobs: lo que decide no es la forma de comportamiento, sino si el proceso causal se puede ordenar dentro del ámbito de organización del sujeto (117).

(116) JAKOBS, *AT*, 7/56 y ss.; EL MISMO *Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, GS Armin Kaufmann, p. 285 y ss.; LESCH, *Das Problem*, pp. 263 y 265 y ss.; REYES, *Fundamentos*, ADPCP 1992, *passim*.

(117) Véase JAKOBS, *La competencia*, p. 19.

8) Sin embargo, en la mayoría de los casos la posición de garante en los delitos de comisión viene determinada precisamente por la realización de propia mano (118). Para evitar confusiones: sólo en la mayoría de los casos. En el supuesto base de los delitos de comisión activa, se fundamenta por tanto la incumbencia del sujeto en el momento en que éste actúa, puesto que ésta actuación supone ya normalmente la extensión de su ámbito de organización de forma no permitida (quebrantamiento del rol), *y de esa extensión no puede ser distanciado el actuante, porque ni puede ser atribuida a la casualidad, ni a un ámbito de organización ajeno, ni especialmente, al de la propia víctima* (119). Ejemplos, empero, en los que esto no es así, hemos visto ya suficientes, como para que nuestras afirmaciones ahora puedan conducir a error.

9) Por último, una palabra sobre la participación donde por supuesto también debemos hablar de posición de garante. En efecto, la falta de posición de garantía como "partícipe" (por tanto no-partícipe) se produce con más frecuencia que en la autoría. Ejemplos: si un periodista escribe un reportaje —dentro de los límites del ejercicio profesional del periodismo—, se le imputa un buen o mal trabajo, según la calidad de su estilo, la novedad y oportunidad de la noticia, etc. Si más tarde un tercero, aprovechando la información recogida en el reportaje planea y lleva a cabo una acción delictiva, no es incumbencia del periodista, no es su obra, no es garante. Las expectativas que entran en consideración son, por ejemplo, que el reportaje informe, que sea entretenido, que esté escrito con claridad y buen estilo, etc, y sobre todo: que se ajuste a los límites del ejercicio de la profesión periodística; sólo esta última expectativa es relevante, esto es, si esta expectativa no se vio defraudada, el periodista no responde del uso que otros puedan hacer de la información (120). Otro ejemplo: el dueño de una tienda de caza puede vender una escopeta bajo la condición de que el comprador tenga licencia de armas. Si más tarde el comprador utiliza el arma para asesinar a un tercero, el vendedor no responde como partícipe a pesar de que ha facilitado el arma, lo que supone el típico caso de participación. El motivo no es otro que el arriba indicado: el vendedor no es garante, se ha mantenido dentro de su rol. Las expectativas son: que la escopeta funcione, que su precio se corresponda con su calidad, etc (de eso sí es garante, y así le podrá incumbrir, v. gr., una estafa si extiende ese ámbito de forma

(118) Cfr. JAKOBS, *AT*, 7/58.

(119) JAKOBS, *AT*, 7/57.

(120) Cfr. STS 29 de enero de 1983 (caso Vinader); además: St. del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1983 (105/1983), BOE n.º 298 (no podemos entrar aquí en la cuestión de si en el caso concreto la información constituyó la extensión no permitida del ámbito de organización por parte del periodista). Aquí, y en lo siguiente, cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 29 y ss., 71 y s., 76; EL MISMO GS Armin Kaufmann, p. 283 y ss.; DERKSEN, *Handlung auf eigene Gefahr*, p. 81 y ss., 199, 217 y ss. (casos de falta de una quasicomplicidad puesto que la víctima y el *partner* de la interacción son iguales).

no permitida). Lo contrario haría los contactos sociales (precisamente lo que el derecho penal trata de proteger) imposibles: el vendedor debería averiguar las intenciones del comprador, si no lo hiciera correctamente podría responder por imprudencia, etc.

2.^a PARTE LA INTERVENCIÓN OMISIVA

Hemos logrado en el capítulo anterior una conclusión fundamental para el tratamiento de la intervención omisiva: ésta se rige por las mismas reglas que la intervención comisiva. En efecto, en el ámbito de los delitos de organización, no existe diferencia jurídico-penal entre la acción y la omisión, o más exactamente, entre las formas de defraudación de omisión (Estado liberal) mediante una acción o una omisión. Así pues, las reglas de la intervención delictiva no deben variar. Ahora nos ocupamos de resolver el problema que dejamos planteado en la introducción: la prohibición de sobrevaloración del aporte. Con base en ello se obtendrán algunos principios generales sobre los límites de la autoría y de la participación.

I. La prohibición de sobrevaloración del aporte en la comisión activa

1. *Planteamiento del problema*

Vayamos con los casos en que el interviniente *es garante*. Nos encontramos ante la siguiente disyuntiva: el partícipe que facilita la realización del hecho principal se encuentra inmerso en una posición de garante derivada de un actuar precedente (ingerencia); a pesar de ello resulta indiscutido que la posterior omisión de impedir el hecho principal no implica responsabilidad omisiva. Fundamentos y explicación del porqué, vendrán más adelante; de momento y para centrar la cuestión demos ya un nombre a esta problemática: prohibición de sobrevaloración del aporte; y una definición provisional: según esta prohibición, el aporte realizado por el partícipe no se debe sobrevalorar en virtud de una omisión posterior, de forma que el partícipe se convierta en autor omisivo, y ello a pesar de la existencia en su persona de una posición de garantía según el pensamiento de la ingerencia.

Ejemplificativamente: E, encargado de una fábrica de material pirotécnico, facilita al terrorista T, quebrantando las normas sobre la venta de explosivos, la carga suficiente de los mismos como para cometer un atentado. T coloca los explosivos en la vivienda del ministro M que pasa unos días de vacaciones fuera de la ciudad. Por ello la bomba dispone de un temporizador de forma que explotará automáticamente en una sema-

na. Durante ese tiempo tanto E como T esperan el desenlace del atentado. E, que sabe que la bomba tardará todavía una semana en explotar, pudo en todo momento impedir el atentado llamando a la policía, avisando a M, o incluso, desactivándola él mismo.

Como el ejemplo muestra, el que ha prestado colaboración en un delito tiene también habitualmente la posibilidad de impedir el resultado. En los casos de tentativa, ésta situación se produce igualmente sin dificultades en el autor —en tanto la tentativa es inacabada, el autor tiene igualmente la posibilidad de impedir el resultado, en otras palabras, de desistir; si la tentativa es acabada esto resultará más problemático, pero igualmente posible—. Tanto T como E pudieron en todo momento impedir el resultado. Que su posterior omisión resulta irrelevante a la hora de determinar la intervención de ambos es sencillamente indiscutido (121). No se sostiene que T, tan sólo porque ha omitido impedir el resultado, en vez de responder por un asesinato comisivo, deba responder por un asesinato en comisión por omisión. Lo mismo podemos decir de E: nadie trataría de afirmar una participación pasiva, por el hecho de que a éste le fuese igualmente posible impedir el resultado (122). Y ello, a pesar de que en ambos casos se fundamenta sin dificultad una posición de garante en virtud del comportamiento anterior (ingerencia): en E, el facilitar los explosivos, en T, la colocación de la bomba. La obviedad de que en tales casos se deba responder con base en el "aporte activo" y no en la posterior omisión es tal, que la doctrina tan sólo se ha ocupado ocasionalmente de una fundamentación detenida. Analizaremos a continuación alguno de sus argumentos.

2. Algunas de las soluciones propuestas por la doctrina

1) Una primera explicación ha sido intentada por *Grünwald* (123). Según su opinión, la omisión de evitar posteriormente el resultado, que conlleva la prestación de ayuda al hecho principal por parte del partícipe, se corresponde con la omisión del que se encuentra en una posición de garante en virtud de un actuar precedente, esto es, ingerencia. Sólo se diferenciaría del caso normal de ingerencia, en que en los casos de prestación de ayuda, el partícipe, ahora omitente, ha creado el peligro de forma dolosa: su actuar precedente no es imprudente, sino doloso. Por el

(121) Véase por ejemplo, RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen 1966, p. 146; HERZBERG, Rolf Dietrich, *Straffreie Beteiligung am Suizid und gerechtfertige Tötung auf Verlangen*, JZ 1988, p. 183; SILVA *El delito*, pp. 195 not. 193, 246.

(122) Sobre esto, detalladamente, véase WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 331 y ss.; cfr. también RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik*, p. 147.

(123) GRÜNWALD, Gerald, *Die Beteiligung durch Unterlassen*, GA 1959 (p. 110 y ss.), p. 113.

contrario, el caso normal de la ingerencia se produce cuando el actuar precedente es imprudente. La posterior omisión del partícipe es por ello más grave -o al menos, no menos grave- que la omisión del que ha creado el peligro de forma imprudente y después omite. Hasta aquí estamos totalmente de acuerdo. Lo dicho por *Grünwald*, explicado mediante un ejemplo nuestro: el que imprudentemente dispara a un compañero durante una cacería, deberá socorrerlo: se trata de un claro caso de ingerencia. Por otra parte, el que ha facilitado dolosamente el arma para la comisión del hecho, es también ingerente a raíz del actuar precedente que supone su aporte —facilitación del arma—. Si en el supuesto imprudente lo es, con más firmeza hay que sostener tal condición en el supuesto doloso. Además, a lo mantenido por *Grünwald* sobre la gravedad de estas posteriores omisiones también le asiste la razón, a la luz de nuestro ejemplo: la omisión tras entregar el arma es más grave, o por lo menos, y esto seguro, no es menos grave, que la de aquél que cazando disparó imprudentemente y después no ayudó al compañero herido. Si no se tiene de todas formas en cuenta, continúa *Grünwald* argumentando, esa posterior omisión del partícipe, a pesar de que debería conducir a una punibilidad en calidad de *autoría* por omisión según el pensamiento de la ingerencia (sic!), es porque la intervención omisiva, en general, es una forma de intervención en el delito con un desvalor incluso menor al de la complicidad. Para este autor pues, existirían tres tipos de intervención delictiva, que, ordenados de mayor a menor gravedad, serían: *autoría, participación, y por último, y como forma menos grave, la intervención omisiva.*

Según lo expuesto en la primera parte de este trabajo obviaremos objeciones generales, por otra parte, no difíciles de imaginar (¡¿intervención omisiva menos grave que participación activa?!). Nos limitaremos pues, a una sola crítica: a nuestro juicio, la argumentación de *Grünwald* es circular:

La omisión del partícipe activo, arguye *Grünwald*, no es tenida en cuenta, a pesar de que es más grave que la omisión del que sin dolo ha creado también un peligro, porque esta última omisión frente a la propia participación activa no tiene importancia: a pesar de que "esta [posterior] omisión en ningún caso es más leve [incluso más grave] que aquella del que no ha prestado complicidad", es —así continúa razonando— "la intervención omisiva, respecto del desvalor, una forma de intervención en el delito, menos grave que la propia complicidad" (124).

2) *Roxin* también ha aportado una propuesta de solución (125). Criticando una sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán (126),

(124) *GRÜNWALD*, *ibidem*.

(125) *ROXIN*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5.^a ed., Berlin 1989, pp. 483 y ss., 499 y ss., 503.

(126) BGH 2, 150 y ss., 157. Se trata de un caso en que el marido se colgó para suicidarse, mientras la mujer no hizo nada por impedirlo, e incluso tampoco, cuando

se cuestiona, si la mera posibilidad de impedir el resultado significa estar ya en posesión del dominio del hecho, como la sentencia objeto de su recensión afirma. Señala *Roxin*, que si se quisiese sostener el dominio del hecho de aquél, que teniendo en el suceso un significado secundario (v. gr. cómplice) podría haber evitado el resultado mediante un actuar positivo, entonces generalmente ni habría lugar para la complicidad ni para la instigación: casi siempre se estaría ante una autoría, porque ésta, para *Roxin*, se asienta precisamente en el dominio del hecho. Concluye pues: el dominio del hecho real, no tiene nada que ver con tal dominio del hecho en el sentido de una posibilidad ("potencial") de impedir el resultado (127). Señala además, apoyándose en *Gallas* (128), que por otra parte, tal posibilidad de impedir el resultado es inherente a toda forma de comisión omisiva.

Ante este dilema se le presentan a *Roxin* dos posibles vías de solución. La primera, afirmar que no todo omitente es punible como autor; esto contradiría, empero, lo sostenido por él mismo para resolver la intervención omisiva en general (129). La segunda y única alternativa factible consistiría pues según *Roxin*, y resumidamente, en lo siguiente: en el supuesto base, esto es, cuando el interviniénte-omitente no ha facilitado el hecho principal, su punibilidad se rige según las penas establecidas para la complicidad (aminoración de la pena), y ello a pesar de que en realidad dicho interviniénte es autor de una omisión (130). Por otra parte, y en caso de que el garante omita impedir el resultado, habiendo colaborado en el delito mediante un hacer positivo, la punibilidad se rige tan sólo, independientemente de la omisión, por el actuar positivo como cómplice, y ello porque resultaría más grave ayudar a la comisión del hecho que tan sólo omitir impedir el resultado; la omisión de impedir el resultado que se encuentra junto al aporte positivo sería así subsidiaria (131).

Una crítica general al tratamiento que *Roxin* da a la intervención omisiva, ocupa otro lugar en este trabajo. Así pues, solamente algo sobre su propuesta de solución a la cuestión de la prohibición de sobrevaloración del aporte:

No se explica por qué una omisión con *desvalor de complicidad* tiene sólo un atenuación facultativa de la pena, y en cambio, una acción con igual *desvalor de complicidad* tiene esa misma atenuación de la

aquél se encontraba sin conocimiento pero aún con posibilidades de ser salvado. Se discutía: ¿tiene el marido el dominio del hecho —del suicidio—?, y cuando ya ha perdido la conciencia ¿lo tiene entonces su mujer?; sobre esto, cfr. en el texto.

(127) *Roxin, Täterschaft*, p. 463 y s.

(128) *Gallas*, Wilhelm, recensión a BGH 2, 150, JZ 1952, p. 372; *Roxin, Claus, Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungabbruch und Tötung auf Verlangen*, *NSZ* 1987, p. 345 y ss., p. 346.

(129) Véase infra *Capítulo III, I.*

(130) Esto que en un principio fue formulado por *Roxin* de lege ferenda, es ya de lege data posible gracias a la inclusión del § 13 en el StGB, cuyo segundo párrafo prevé la posibilidad de una aminoración de la pena.

(131) *Roxin, Täterschaft*, p. 503.

pena pero con carácter obligatorio (132). Por otra parte, si se produce una aminoración de la pena que se rige por las reglas de la complicidad: ¿para qué seguir hablando de autoría? En cualquier caso conviene destacar, que esta solución presentada por *Roxin* es permitida por el derecho positivo alemán, mientras que en derecho español resultaría desconocida.

3. *Propuesta de solución*

Si, como se ha demostrado, sólo al garante le incumbe el suceso; si sólo en virtud de esa incumbencia se responde del delito, resulta evidente el porqué las posteriores omisiones no deben afectar, en principio, a la forma de intervención en el delito. El motivo por el cual el aporte del partícipe —y en general, del interviniante— no se sobrevalora con base en estas posteriores omisiones, responde a la forma en que el garante quebranta su posición, a cuál sea el acto de organización mediante el que se desconoce la posición de garantía, y por tanto, en razón a qué comportamiento, el interviniante queda unido (incumbencia) al suceso.

Para evitar confusiones sobre la terminología: como se habrá observado al hablar en el *capítulo I* de la posición de garante, el momento en que se fundamenta dicha posición puede no ser igual al momento en que se extiende el ámbito de organización, que es el que verifica que al sujeto le incumbe lo sucedido como su obra; ejemplo 1.^o: comprar una pistola fundamenta una *posición de garante*, facilitársela a un tercero, o no impedir que éste la tome, la *extensión del ámbito de organización* de forma no permitida; al dueño de la pistola le *incumbe* entonces lo que suceda. De todas formas, ejemplo 2.^o: pegar un puñetazo, empero, fundamenta una posición de garante (se organiza fuera del rol) y *a la vez* supone la extensión del círculo de organización. Ejemplo 3.^o: desconectar el reanimador en los casos vistos, no fundamenta posición de garante alguna —el médico no tiene obligación de ese prolongar artificialmente—, luego tampoco puede suponer una extensión del propio ámbito; al médico no le incumbe el suceso (la muerte). La forma de intervención en el delito se determina de acuerdo al comportamiento en virtud del cual el sujeto ha extendido su ámbito de organización.

El interviniante queda *siempre vinculado* al suceso, y *siempre según el aporte realizado*; las posteriores omisiones no lo convierten en autor del acontecimiento. El *quantum* de la intervención (es decir, si se trata de autoría o de alguna de las distintas forma de la participación)

(132) Así también, SCHULTZ, Michael, *Amtswalterunterlassen*, Berlin 1984, p. 188.

sólo puede variar, cuando los posteriores comportamientos (acciones u omisiones) constituyan una *nueva* extensión del ámbito de organización. En otras palabras, cuando no se trate del mantenimiento de la situación y sí de una nueva relación de riesgo. En nuestro ejemplo: T ha extendido su ámbito de organización (ha entrado en esferas jurídicas ajenas) precisamente mediante la colocación de una carga explosiva. De esa forma defrauda las expectativas ligadas a su rol. La posterior omisión, en tanto en cuanto *no se creen nuevos riesgos*, no supone una nueva defraudación de expectativas —no hay una nueva extensión no permitida del ámbito de organización— (133); ¡siempre y en todo momento se defrauda la misma expectativa!, y por tanto es irrelevante para la determinación de su aporte (si no sucede nada más) (134). Del partícipe hay que decir lo mismo: E ha facilitado la bomba por lo que se trata de un caso claro de participación (135). De esa forma extiende su ámbito de organización a costa de los demás. La posterior omisión no crea nuevos riesgos, por lo que no es tenida en cuenta para la valoración del aporte. Esta argumentación es la que realmente explica lo que he llamado «prohibición de sobrevaloración del aporte» (136). Una sobrevaloración del aporte que hace el interviniénte al delito, mediante la toma en cuenta de la posterior omisión que casi toda participación conlleva, no es permitida. Sólo atendiendo al fundamento jurídico por el que se encuentra el interviniénte unido al delito, se logra una explicación convincente. El partícipe no se convierte en autor por omisión, ni siquiera en partícipe omitente, por el mero hecho de disponer tras su aporte de una opción de impedir el resultado; esta solución, que al menos en sus conclusiones es absoluta doctrina mayoritaria en el campo de los delitos de

(133) Cfr. WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 342.

(134) Excepción: que se lleve a cabo un nuevo acto de organización, ergo que se creen nuevos riesgos. Ejemplo: el garante que facilita los explosivos (o no impide que sean sustraídos), tampoco impide después que se cometa el atentado, siendo él garante por asunción —v. gr. *guardaespaldas*— de la víctima. Este posterior momento omisivo también puede tener influencia, por ejemplo, en caso de desistimiento, pero entonces ya no es la omisión, sino la acción de desistir la que adquiere relevancia; cfr. KIELWEIN, *Unterlassung und Teilnahme*, GA 1955, p. 226; WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 323, 325, 328 y ss.

(135) Cfr. por todos, JAKOBS, *La imputación*, p. 75. Desde la teoría de los bienes escasos, también se trata de participación; véase, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Madrid 1966, pp. 155 y ss. (cooperación necesaria).

(136) En correspondencia al término usado por VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 283 y ss., y 286, en los casos de omisión: *Aufwertungsverbot* (= prohibición de revalorización o revaloración, aquí se ha preferido, sin embargo, sobrevaloración). Sólo existe coincidencia en el *vocablo*, *no en el concepto*, pues el tratamiento que este autor da a la cuestión, v. gr. en lo referente a la inducción, es muy distinto a lo propuesto en el texto.

(137) Sobre este problema y en las consecuencias como aquí, entre otros: ARZT, JA 1980, p. 558; GALLAS, *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*, JZ 1960, pp. 686 y ss. y not, a pie n. 56; HERZBERG, *Straffreie Beteiligung am Suizid und gerechtfertige Tötung auf Verlangen*, JZ 1988, p. 183; EL MISMO, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin/New York 1972, p. 260; JÄHNKE en LK, not.

comisión (137), encuentra su explicación lógica, resumiendo, en la posición de garante de los delitos de comisión y en el modo en que ésta es defraudada, esto es, en la forma en que se ha extendido el ámbito de organización a costa del de los demás. Esto es de especial importancia, como se ve, en lo referente a la determinación de las diversas formas de intervención delictiva. En efecto, *las distintas formas de intervención se determinan según sea esa extensión del ámbito de organización*. Posterior omisiones, por otra parte inherentes a casi toda forma de participación, no se tienen en cuenta en tanto no fundamenten *una nueva defraudación* de expectativas. Tanto en el momento activo (en su caso, pasivo) de inicio del aporte, como en el posterior pasivo, el interviniante sigue unido al suceso, pero siempre, según ese aporte. Nuevamente, mediante nuestro ejemplo: el encargado E es considerado partícipe, puesto que facilita el explosivo; esta forma de intervención en el delito es así determinada, porque la forma de extensión de su ámbito de organización consiste en la puesta a disposición de los explosivos, esto es, facilitación del hecho "ajeno". La posterior omisión no varía la forma de intervención, repetimos, porque durante esa omisión el interviniante se encuentra ligado al hecho también siempre con base en su aporte. Por último: en contra de lo dicho se podría argumentar que si el interviniante que tiene esa posibilidad de evitación sigue unido según su aporte al delito, entonces debería responder por un delito en comisión por omisión y no por una intervención activa. La crítica, empero, no nos afecta: ya ha quedado demostrado que la forma en que se produzca la defraudación (activa u omisiva) es indiferente. Por tanto, la posterior omisión es *defraudación de la misma expectativa*. Sólo cambia la forma *externa* de la defraudación: al darle el explosivo, por acción; al omitir el salvamento, por omisión. Como ya hemos demostrado a lo largo de este trabajo, que la expectativa sólo se defraude por acción, sólo por omisión, o, como en los supuestos ahora vistos, mediante ambas, es indiferente: siempre se trata de la misma expectativa. En cualquier caso, y por mantener en parte la terminología tradicional, no hay inconveniente en seguir hablando en estos supuestos de intervención comisiva, puesto que al fin y al cabo —y aunque el interviniante siga ligado al suceso en la omisión—, el acto organizativo (facilitación de los explosivos), constituye, desde un punto de vista naturalista, una acción. Sólo: si se quiere ser estricto habrá que hablar, en puridad, de delito de organización, sin hacer diferencia en si la defraudación fue comisiva, omisiva, o, como ahora vemos, un conglomerado de ambas.

marg. 24 antes del § 211; KIELWEIN, *GA* 1955, p. 226; LESCH, *Das Problem*, p. 71 (ej. 1/8) y 307; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 279; SILVA, *El delito*, p. 246, 195 not. 193; WELP, *Voragegangenes Tun*, p. 335; referido a los casos de suicidio, GRÜNWALD, *GA* 1959, pp. 121 y ss.; ROXIN, *Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, NSZ* 1987, p. 346; de la jurisprudencia alemana se puede ver, BGH 11, 353 (355), (= *JZ* 58, p. 506).

II. La prohibición de sobrevaloración del aporte en la intervención omisiva; a la vez: intervención omisiva en general

1) Modifiquemos ahora el ejemplo de forma que se trate de un caso de omisión, o más exactamente, de un caso en que la expectativa se vea defraudada mediante una omisión. E, encargado de una fábrica de material pirotécnico, como en el enunciado anterior, quebrantando las normas que prohíben el libre acceso de terceros a los explosivos, no impide que el terrorista T tome de la misma la cantidad de ellos suficiente, como para cometer un atentado. Hasta la explosión de la bomba E tuvo siempre la posibilidad de impedir el resultado.

Es obvio que la conclusión obtenida para los casos de intervención activa —prohibición de sobrevaloración del aporte—, también es aplicable a la intervención omisiva (que no presuponga un comportamiento solidario). Para afirmar tal correlación entre la intervención activa y omisiva, nos basamos sencillamente en lo hasta ahora estudiado. Como las formas de defraudación por acción y por omisión son equivalentes, entonces no sólo es posible, sino obligado, tratar la intervención omisiva según los mismos criterios que la activa: los delitos de omisión que se deban equiparar a los delitos de comisión en virtud de una organización, se deben también regir bajo las mismas reglas que éstos en cuanto a la forma de determinación de la intervención, en otras palabras, también para ellos rige, entre otros, el principio de prohibición de sobrevaloración del aporte. Recordemos que los delitos en virtud de una organización no se basan en una solidaridad jurídicamente asegurada (=delitos en virtud de una institución), ni en el mínimo de solidaridad que el Estado exige al ciudadano por el hecho de vivir en Sociedad (=delitos propios de omisión), sino en la extensión del propio ámbito de organización a costa del ámbito de organización (libertad) ajeno, es decir, de la responsabilidad que conlleva en un Estado liberal hacer uso de la libertad de organizar.

Al igual que la intervención en los delitos de comisión (en virtud de organización) se rige de acuerdo a la extensión del ámbito de organización, y que las posteriores omisiones no se tienen en cuenta *para sobrevalorar el aporte* si no defraudan nuevas expectativas, en los delitos de omisión se fijan la distintas formas de intervención dependiendo de en qué consista la extensión del ámbito de organización (138). E responde por tanto atendiendo a la forma en que se produce la extensión de su ámbito de organización a costa del de los demás, sin que tenga relevancia alguna el hecho de que esto se produzca mediante omisión o acción. De la misma manera que E, en el primer ejemplo, responde como partícipe porque extiende su ámbito de organización facilitando los explosivos,

(138) Véase JAKOBS, *La competencia*, pp. 38 y ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt*, pp. 118 y ss.

así responde E cuando se trata de un caso de omisión, ya que no impedir que T tomase los explosivos que estaban a su cargo, constituye igualmente una extensión no permitida de su ámbito, y en verdad asimismo en forma de facilitación del plan delictivo —participación— (139). Recordando lo que expusimos al hablar de la generalización social de expectativas: El sistema, mediante E en su rol de *encargado* (140), ha reducido complejidad; se espera de él la custodia del material pirotécnico; él mismo, asumiendo el cargo, ha creado la expectativa sobre su persona. Puesto que E no se atiene en ninguno de los dos ejemplos a las normas sobre el acceso de terceros a los explosivos, la defraudación de la expectativa que conlleva el rol de encargado es siempre la misma, y es igualmente defraudada; sólo la forma de la defraudación cambia: antes por acción, ahora por omisión. Resumiendo: tanto antes como ahora E es partícipe, y ello porque el peso del aporte por el que E queda ligado como incumbente al delito constituye participación; en virtud del principio que prohíbe sobrevalorar ese aporte, permanece también como partícipe aunque en ambos casos E tuviese todavía una posibilidad de impedir el resultado. Hay que aclarar no obstante, que esto sólo rige para delitos de organización: si la posición de garante es en virtud de una institución, como ya se indicó *supra*, el garante responderá de todas formas como autor (ej.: un policía).

2) En contra de la aplicación del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte a la defraudación omisiva, podría alegarse que en los casos de ingobernabilidad se tiene en cuenta la posterior omisión, de forma que el omitente ya no responde por imprudencia, sino, precisamente con base en su posterior omisión, responde por un delito de omisión doloso. Ejemplificativamente: Z empuja a S a una piscina sin advertir que éste no sabe nadar; cuando S pide ayuda, Z omite el salvamento. Se condena a Z por un delito de comisión por omisión doloso y no simplemente por el de comisión culposo; en otras palabras, se tiene en cuenta su posterior omisión. En efecto, es absolutamente necesario tener en cuenta la posterior omisión, puesto que de otra forma no hay posibilidad de integrar juntos la acción precedente y el resultado lesivo, sin caer a la vez en la figura del dolo subsequens (141). ¿Es pues falsa nuestra tesis de que las posteriores omisiones son irrelevantes en cuanto a la determinación del aporte? (como siempre, si no hay una nueva extensión del ámbito de organización). Aquí la posterior omisión conduciría sin duda a una punibilidad mayor. ¿O es falso quizás que Z deba responder por un delito de comisión por omisión doloso, y no por el menos grave de un homicidio imprudente?

(139) En las conclusiones, de acuerdo, LUZÓN, *La participación*, PJ n.º 2 (1986), p. 88.

(140) Cfr. la STS 18 de abril de 1990, que recoge en sus hechos probados la explosión ocurrida en una fábrica de explosivos con el resultado de una muerte y varios lesionados, declarando responsables a los encargados de la misma.

(141) BACIGALUPO, *Conducta precedente*, ADPCP 1970, p. 36.

A pesar de que ocasionalmente se niega en la doctrina alemana (142) la existencia del principio de la ingerencia y con mayor frecuencia en la española (143), no parece razonable renunciar a la posición de garante en virtud de un comportamiento precedente. Ejemplo (144): un adulto, A, jugando con el niño N, lo lanza por los aires; cuando éste todavía no ha caído, A, accordándose de una vieja rencilla con el padre de N, decide no volver a cogerlo; N cae al suelo, se golpea en la cabeza y muere. De negarse la responsabilidad jurídico-penal en virtud de un actuar prece-

(142) SCHÜNEMANN, *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, GA 1974, pp. 233 y ss.; EL MISMO, *Grund und Grenzen der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1971, pp. 281 y ss., y 313 y ss.

(143) ZUGALDÍA, *Omisión e injerencia*, pp. 572 y ss., 586 y ss., LUZÓN, *Revista de Derecho de la circulación*, 1974, pp. 272 y s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la ingerencia*, ADPCP 1973, pp. 501 y ss., pp. 512 y ss., como los anteriores, se muestra crítico con el pensamiento de la ingerencia en general, sobre todo con base en la existencia del art. 489 ter. párrafo 3.^º del Código Penal español, y en el caso concreto de los delitos con ocasión del tráfico automovilístico rechaza su aplicación, más exactamente, rechaza que la ingerencia en estos casos fundamente una responsabilidad por comisión omisiva. El art. 489 ter párrafo 3.^º es un tipo «atípico». Por un lado, reconoce el pensamiento de la ingerencia por cuanto eleva la pena en relación a la omisión del deber de socorro (párrafo 1.^º) precisamente en virtud del comportamiento precedente del autor; por otro, no establece la pena que correspondería al delito doloso correspondiente en comisión por omisión, que sería lo consecuente, si es que se acepta, como el art. hace, el pensamiento de la ingerencia. A pesar de las críticas de RODRÍGUEZ MOURULLO, éste ha señalado con acierto, ibid., p. 514, que, por ejemplo, en el tráfico automovilístico «quienes se deciden a utilizar las vías públicas, como usuarios de vehículos o como peatones, asumen, por ese simple hecho, los riesgos inherentes al tráfico automovilístico», en otras palabras, que hay supuestos de riesgos especiales. Teniendo en cuenta esto, la correcta interpretación a mi juicio por tanto del referido art. es: 1. El primer párrafo recoge el caso normal de quien no socorre (delito propio de omisión del deber de socorro); 2. El tercer párrafo, el caso de quien no socorre, en caso de un accidente fortuito pero causado cuando el autor previamente se había arrojado un riesgo especial, esto es, más del normal pero por distintos motivos, aceptado de todas formas como permitido (ej. la conducción de automóviles); 3. Por último, para los casos de comportamiento anterior imprudente (ingerencia), sería de aplicación el correspondiente tipo de la parte especial en comisión omisiva. Cfr. así ya, HUERTA, *Injerencia y art. 489 bis, 3.^º CP*, ADPCP, 1985, pp. 45, 49 y 57 y ss. En efecto, a pesar de que la jurisprudencia alemana (cfr. BGH 25, 218 [221]) y la doctrina mayoritaria (véase por todos, STREE en *Schönke-Schöder StGB*, § 13 not. marg. 35), exigen para la existencia de la posición de garante en virtud de ingerencia que el comportamiento haya sido antijurídico, la doctrina más moderna (JAKOBS, AT, 29/42; EL MISMO, *La competencia*, pp. 27 y ss.; HERZBERG, R.D., *Zur Garantestellung aus vorangegangenes Tun*, JZ 1986, p. 988 [si bien, crítico con Jakobs]) afirma también deberes de salvamento en casos de riesgos especiales. Ejemplo: el conductor que, a pesar de comportarse dentro del riesgo permitido, atropella a un peatón está obligado a tomar las medidas necesarias de salvamento, y en verdad, porque la víctima del riesgo especial, que en un principio era tan sólo potencial y determinada vagamente, ahora ya se ha concretado (cfr. JAKOBS, AT, 7/37), por lo que la aceptación en la Sociedad de ese riesgo especial se encuentra ya en el pasado (cfr. además, JAKOBS, AT, 7/36 y 7/38). Un indicio de cuando estamos ante un supuesto de riesgo especial es la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad —como sucede en el tráfico automovilístico— (véase, JAKOBS, AT, 29/42; EL MISMO, *La competencia*, pp. 28 y s.).

(144) Cfr. JAKOBS, *La imputación*, p. 63.

dente, la solución del caso es, sin duda, insatisfactoria: cuando A lanzó a N por los aires, no tenía dolo de lesiones u homicidio; se trataba tan sólo de un juego; por dicha acción no se responde jurídico-penalmente. Cuando A decide no actuar para impedir que N caiga al suelo, posee indudablemente dolo, pero, si negamos una posición de garante en virtud de su actuar precedente, A responderá como un no garante, esto es, por la omisión simple del deber de socorro. Una concepción causalista de la omisión es pues totalmente inadecuada para explicar una posición de garante emergente de un hecho anterior (145).

En realidad el pensamiento de la ingerencia no afecta a la determinación de las formas de intervención en el delito, y por tanto en nada atañe a nuestro principio de prohibición de sobrevaloración del aporte. Se trata también en estos casos de un único fundamento de la responsabilidad, el cual no cambia tampoco, cuando el actor tras una organización riesgosa, pero no dolosa —al menos del delito que se imputa en comisión por omisión—, no cumple con las medidas de salvamento (146). Pero la forma de intervención permanece inalterada. Tanto en los casos de prohibición de sobrevaloración del aporte, como en los que tradicionalmente se trataban bajo la rúbrica de la ingerencia (= siempre autoría), nos encontramos ante un único fundamento de la responsabilidad: alguien, tras una organización riesgosa, no cumple con las medidas de salvamento. La diferencia entre ambas figuras está en que en los supuestos tradicionales de ingerencia, se trata de un autor único. Evidentemente, en las hipótesis generales del pensamiento de la ingerencia —cuando hay un solo actor—, la única forma posible de intervención es la autoría; es por ello que en estos supuestos, *no es necesario hablar de prohibición de sobrevaloración del aporte*: un aporte de autoría *no* se puede sobrevalorar (la dogmática no conoce forma más grave que la autoría). Pero si se quiere, se podría —y se debería— formular así: el aporte, v. gr., del que atropella a alguien imprudentemente es de autoría (= supuesto tradicional de ingerencia), y ese aporte no se sobrevalora cuando el sujeto no presta ayuda, a consecuencia de lo cual la víctima del atropello muere —también y siempre autoría, ahora de un delito doloso en comisión por omisión, en virtud de la ingerencia—. Cuando se trata de autor único por consiguiente, el principio sencillamente carece de relevancia práctica. Aclarado esto, vayamos de nuevo al principio de prohibición de sobrevaloración del aporte: en nuestros ejemplos de partida

(145) Cfr. BACIGALUPO, *Conducta precedente*, pp. 38 y ss.

(146) Cfr. JAKOBS, *AT*, 32/33, 32/8, 32/5; STREE, *Schönke-Schröder SiGB*, not. marg. 107 antes de los §§ 25 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 279; en sentido similar, WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 326 y s., 331; referido a los casos de suicidio, SCHULTZ, Michael, *Aufhebung von Garantenstellungen und Beteiligung durch Unterlassen-BGH*, *NJW* 1984, 2639, *JuS* 1985, p. 275.

tampoco las formas de intervención resultaban alteradas por el hecho de que tras el aporte realizado, el autor o partícipe contasen todavía con la posibilidad de impedir el resultado y a pesar de ello omitiesen dolosamente esta medida de salvamento. Así pues, que se acepte la figura de la ingerencia no obsta para que se afirme a la vez la prohibición de sobrevaloración del aporte, cuando no se trate de autor único. Resumiendo: prohibición de sobrevaloración del aporte como principio limitador de la concepción tradicional de la ingerencia según la cual siempre respondía en calidad de autor. Ejemplos de ello, veremos a continuación (infra 1. y 2.).

Aquí se puede hacer un paralelismo con los casos de *prohibición de regreso*. Está prácticamente fuera de toda duda (147), que aquél que deja un hacha en la esquina de una bodega, no responde cuando no impide que durante una pelea uno de los contendientes tome el hacha para golpear al otro. Dejar un hacha en la esquina de una bodega no fundamenta una posición de garante, por ser el hacha, igual que un cuchillo o una soga -por citar otros dos objetos que también pueden emplearse con fines criminales-, un objeto de «la vida corriente» y por tanto, *en sí*, no sometido a especiales deberes de control. La carencia de la posición de garantía subsiste pues, cuando el que dejó el hacha conoce los planes delictivos de otro y omite impedirlos (148). Si no existe la posición de garante *ab initio*, ésta tampoco nace después. Las posteriores omisiones en estos casos son igual de irrelevantes para «sobrevalorar» como existente «un aporte» inexistente —inexistente, por no ser garante «el que lo aporta»—, como lo son, por ejemplo, para sobrevalorar un aporte de complicidad en autoría. Igual que quien no está vinculado al delito por no ser garante, tampoco lo resulta después mediante una «sobrevaloración», así al que sí incumbe el delito por organizar un aporte de complicidad o de inducción, permanecerá unido según dicho aporte, y no se producirá una sobrevaloración. De nuevo, pero con nuestro ejemplo: la posterior omisión de un partícipe no conduce *qua* sobrevaloración de su aporte a autoría, igual que la posterior omisión del que dejó el hacha no «sobrevalora» como existente el inexistente «aporte» de dejar el hacha (inexistente, porque no siendo el hacha un objeto sometido a especiales deberes de control no fundamenta una posición de garante, ergo, no se aporta jurídico-penalmente algo de lo que no se es garante).

Veamos ahora alguna de las consecuencias que supone el tratamiento de la intervención omisiva desde este punto de vista.

(147) LESCH, *ZStW* 105 (1993), pp. 284 y s. Y esto, según las distintas concepciones existentes de la prohibición de regreso: FRANK, *Das StGB für das deutsche Reich*, 18.^a ed., Tübingen 1931, I III 2a (puesto que entre la «participación» imprudente y el resultado existe un actuar doloso); WEHRLE, *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt-Regrèsverbot*, Basel/Frankfurt a.M., 1986, pp. 83 y ss.; ROXIN, *AT* I § 11 not. marg. 43 y ss.; EL MISMO, *LK*, § 27 not. marg. 22 y 17; JAKOBS, *ZStW* (1977), p. 19.

(148) Cfr. JAKOBS, *AT*, 29/105; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 237.

1. *La prohibición de sobrevaloración del aporte y la «facilitación imprudente» de un plan delictivo doloso ajeno*

1) La prohibición de sobrevaloración del aporte rige especialmente en los casos de ingerencia, en que se facilita imprudentemente un plan delictivo ajeno. Si el sujeto aclara el error en que consiste la imprudencia (149) y a pesar de todo no impide el resultado, responde por un delito doloso, pero su forma de participación viene determinada *siempre* según la manera en que haya extendido su ámbito de organización. Ejemplo: el que imprudentemente ha dado una bolsa que contiene un arma, de forma que el que ha tenido acceso a ella va a cometer un asesinato, responderá como cómplice doloso en el mismo si aclara el error en el que consistió la imprudencia y no impide el delito; en otras palabras, si se da cuenta de que en la bolsa se encontraba un arma, y que el ahora poseedor va a emplearla en sus planes delictivos. Puesto que el arma no es un objeto de libre disposición fundamenta una posición de garante (150) que trae consigo un deber de impedir que, en caso de no haberse cumplimentado —aun cuando esto haya sido imprudentemente—, conlleva a su vez un deber de salvar (ingerencia). Pero la manera en que se determina la forma de intervención en el delito resulta, como siempre (prohibición de sobrevaloración del aporte), *según como el sujeto extienda su ámbito de organización* (aquí, puesta a disposición de arma). Lo contrario, esto es, la aplicación de las reglas tradicionales de la ingerencia —autoría— sin la limitación que supone el principio de prohibición de sobrevaloración del aporte, lleva a consecuencias, cuando menos, sorprendentes: aquél que proporciona un arma dolosamente responde como partícipe. El que da en cambio un arma imprudentemente y más tarde no impide la comisión del delito respondería como autor (por omisión).

Lo dicho no debe llevar a confusiones: no es que se sea con esta solución partidario del dolo subsequens. Me explico: no se trata, como podría parecer, que se proponga primero el realizar una imputación objetiva determinando entonces la forma de participación, y más tarde, cuando aparezca el dolo, la imputación subjetiva; en otras palabras, que se aplique un dolo subsequens. Esta situación no es, en cambio, la que *supra* se ha descrito. En efecto, si así se argumentara, se atendería a criterios naturalistas y no a jurídicos: se atendería tan sólo al hecho naturalista de cuándo comienza la extensión del ámbito de organización (a veces incluso esto ni siquiera es verificable desde criterios naturalistas, piénsese en los casos de extensión omisiva), y se olvidaría la pauta normativa de *ser competente (al que le incumbe el delito)*. En realidad, lo relevante es que ese aporte supone que al garante le incumbe el suceso,

(149) Sobre la imprudencia como error, cfr. JAKOBS, *AT*, 9/1.

(150) Cfr. LESCH, *ZStW* 105 (1993), p. 287; LUZÓN, *La participación*, *PJ* 2 (1986) p. 88.

y esto, *en todo momento*. La extensión del ámbito de organización supone, como ya se vio, la incumbencia respecto del suceso. Puesto que también durante esta omisión el sujeto está unido al suceso, puede tenerse en cuenta el dolo que surja. Por ello no se trata de responsabilidad sin dolo. Cuando el dolo surge, el comportamiento del sujeto (la omisión) le es imputable, porque tanto antes como ahora es competente (incumbente). Lo único que sucede es que esa incumbencia es siempre (en tanto no se extienda de nuevo el propio ámbito) en virtud del mismo aporte, que por tanto no se sobrevalora. Así, en nuestro ejemplo, cuando surge el dolo, esto es, cuando se aclara el error en que consiste la imprudencia, el sujeto es tan incumbente como cuando facilitó la pistola imprudentemente. No se puede hablar pues de dolo subsequens. Todavía más, y para confirmar lo dicho: esto es también absoluta doctrina mayoritaria en la concepción tradicional del pensamiento de la ingerencia. En efecto, el ingerente es incumbente *en todo momento* y por ello responde por la comisión omisiva *dolosa* y no por una comisión *imprudente*. Ejemplificativamente: el que imprudentemente, durante una cacería dispara a un compañero y después no lo socorre, por ejemplo al reconocer en él a su enemigo, dejándolo morir, está tan vinculado al suceso cuando dispara (acción), como cuando omite el salvamento; por ello, no hay duda en afirmar que aunque el disparo fue imprudente debe responder por dolo, porque cuando éste surgió (después de disparar, al reconocer en la víctima a su enemigo) estaba igualmente unido al delito: era *igualmente* incumbente. No cabe entonces hablar ni aquí, ni en el supuesto de facilitación imprudente de un hecho ajeno con posterior aclaración del error, de dolo subsequens. Brevemente: es correcto que en virtud del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte, se limite la tesis según la cual el ingerente responde siempre como autor de un delito de comisión por omisión, y esto, en casos de «facilitación imprudente» con independencia del momento en que se aclare el error.

2) Las mismas reglas, por ejemplo, se aplican en ciertos supuestos en que la colaboración prestada no puede ser calificada de intervención dolosa por ser el dolo demasiado genérico (151).

En este sentido resulta sumamente interesante y en sus conclusiones correcta, la sentencia de 10 de abril de 1981 del Tribunal Supremo español. En el caso se condenó por complicidad omisiva en un asesinato, en vez de por el genérico delito de colaboración con bandas o grupos armados y organizados, a un sujeto, M, que había entrenado a dos terroristas

(151) Cfr. también BGH NJW 1973, pp. 861 y s.; La sentencia relata el siguiente caso: tras regresar de su trabajo de ayudante en un despacho de abogados, una mujer cuenta a su marido, el cual se encuentra en problemas económicos y además es propenso a la comisión de delitos contra el patrimonio, dónde se encuentra la caja fuerte del despacho, en qué lugar está la llave para abrirla y finalmente que ella tiene a su vez la llave del despacho. Cuando el marido abandonó la casa a media noche llevando consigo la llave, la mujer no lo impidió. El tribunal condenó por complicidad omisiva.

en el manejo de explosivos y en general en lo que se denomina, según recoge la propia sentencia, «guerrilla urbana». Un tiempo después del entrenamiento, los terroristas le comunicaron a M su intención de extorsionar a un empresario, para lo cual entre otras cosas le iban a colocar un explosivo en el pecho. M se «mostró contrario», con «una pretendida inhibición más aparente que real», produciéndose finalmente la acción terrorista sin que él hiciera nada por impedirla, y como consecuencia de la cual, resultó asesinado el empresario.

En primer lugar resulta claro que fue la conducta de M la que facilitó, mediante sus «enseñanzas», el entrenamiento de los terroristas y con ello, el que estos pudiesen más tarde planificar la extorsión y finalmente colocar el explosivo en el pecho de su víctima. Si esta colaboración, consistente en la instrucción de los dos terroristas, hubiese estado encaminada *ab initio* a la preparación de ese concreto asesinato, la cooperación sería precisamente activa y la resolución del caso no problemática(152). No es esto, empero, lo establecido en la sentencia. En efecto, la cooperación de M fue una genérica, destinada a «constituir el núcleo de un futuro «ejército revolucionario»; las enseñanzas de este sujeto, continúa la sentencia, abarcaban materias de topografía, balística, tiro, falsificación de documentos, seguridad, armamento, explosivos, estrategia y táctica militar. Así pues, la cooperación activa, *per se*, no se dirigía a un asesinato que no estaba ni tan siquiera planificado.

Como acertadamente reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo, el comportamiento de M dio lugar a una posición de garante en virtud de un actuar precedente (ingerencia). Y es en este punto donde cobran plena vigencia las conclusiones extraídas del principio de sobrevaloración del aporte. Si M hubiese entrenado a los dos terroristas en el manejo de explosivos, armamento, y en fin, todo lo que facilitó su acto terrorista contra el empresario, con dolo de que dicha acción se produjese, nadie negaría su responsabilidad como partícipe activo. Pues bien, si esto no sucedió así, pero sin embargo, con posterioridad M conoció los planes delictivos de los terroristas a los que había prestado su colaboración, y a pesar de todo no hizo nada por impedirlos (153), responderá como partícipe (154) por omisión en ese delito. Responde, puesto que es garante (ingerencia); responde como partícipe en virtud del principio que prohíbe una sobrevaloración del aporte realizado. En efecto, lo que une a M con el suceso es el entrenamiento de los terroristas, aporte que entendemos es de complicidad (no se descarta la cooperación necesaria). Ese aporte es lo que vincula a M con el suceso, y en verdad, permanece in-

(152) Cfr. LUZÓN, *La participación*, PJ n.º 2 (1986), p. 91. No puede entrarse aquí en si tales actos constituyen complicidad, o, por ejemplo, la forma más grave de cooperación necesaria; en cualquier caso se trata de participación.

(153) Su oposición formal —su negativa— no puede considerarse un desistimiento eficaz de la omisión.

(154) En contra, LUZÓN, *La participación*, PJ n.º 2 (1986), p. 91 (autoría).

variable durante todo su transcurso. Cuando los terroristas comunican a M su intención de cometer el atentado aparece pues el dolo, pero éste no es en absoluto subsequens, puesto que M es incumbente tanto antes como cuando aparece el dolo. O formulado de distinta manera: si al sujeto le incumbe el suceso de igual manera, tanto antes como ahora, y ello en virtud de la extensión de su propio ámbito que supone su actuar precedente, no se puede hablar de dolo subsequens. Esto no obsta, empero, para afirmar que el aporte que une al sujeto con el suceso es siempre el mismo, puesto que no hay una nueva extensión del ámbito (por ejemplo, por haber él mismo colaborado en la colocación del artefacto en el pecho de la víctima).

3) La segunda posibilidad es que el interveniente no aclare el error. Ejemplo: el que imprudentemente facilitó la bolsa con el arma, no llega a conocer los planes delictivos del tercero. En estos casos, según el derecho alemán, se le debe llamar autor, pero sólo porque el legislador ha unificado para los casos de imprudencia, todas las formas de intervención en el delito bajo la única concepción de autoría (155). En cambio, en derecho español, por ejemplo, cabe pensar su punibilidad (156) como partícipe imprudente (157), ya que ni el art. 14 ni el 16 del CP español exigen expresamente dolo, aunque si bien es cierto que proceden de una época en que éste se presuponía. En cualquier caso, presupuesto de esta responsabilidad es también la imputación del resultado (158): la teoría

(155) Así los párrafos 26 y 27 del Código Penal alemán exigen dolo; véase, por todos, JAKOBS, *AT*, 21/111 y s.; EL MISMO, *La imputación*, pp. 78 y ss.; cfr. además, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid 1992, p. 346.

(156) Punibilidad, y no participación imprudente pero impune, como algunos proponen: LAMPE, Ernst-Joachim, *Täterschaft bei fahrlässiger Straftat*, *ZStW* 71 (1959), pp. 613 y s.; LUZÓN, *ADPCP* 1989, p. 889; crítica, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 349.

(157) Cfr. FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 236. Esto ha sido poco tratado por la literatura española. Plantea tal posibilidad sin llegar a definirse, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente, Criterios de imputación del resultado*, Barcelona 1989, p. 542 con nota 1014; igualmente sin tomar partido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, pp. 347 y 351 (equivoca la situación la autora cuando afirma que es mayoritario el sector doctrinal que admite la «participación imprudente», citando como ejemplo a COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN; la doctrina mayoritaria admite la «participación en delitos imprudentes», no, empero, la participación imprudente). En general, se suele admitir la participación no dolosa cuando el autor tampoco tiene dolo, es decir la participación en delitos imprudentes, pero no la participación por imprudencia en un delito doloso, como se define en el texto; cfr. BACIGALUPO, *Principios*, p. 239; BUSTOS, *PG*, p. 450. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, III, Valencia 1982, p. 344; MIR, *PG*, pp. 426, 397 y s., 390.

(158) Cfr., por ejemplo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 350, proponiendo como requisito mínimo la previsibilidad objetiva del comportamiento doloso. Estos criterios de imputación no pueden ser abarcados por este trabajo. En este sentido, se puede cfr. también CORCOY, *El delito imprudente*, pp. 528 y ss., que propone diversos criterios para la imputación (en sentido estricto) si bien conduciría ésta, en caso de producirse, y según esta autora, a la autoría imprudente, y no a la participación como se propone en el texto.

de la imputación objetiva bien entendida no es sólo la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado —ocasionado por el garante—, sino también la concreción de ese riesgo en el resultado (159). En otras palabras: puede que el interviniente responda o no, pero si lo hace deberá responder, a nuestro juicio, como partícipe y no como autor. Qué sentido tendría llamar cómplice al que *con dolo* posibilita el hecho, y en cambio llamar autor al que *sin dolo* lleva a cabo el mismo acto de facilitación. Si no es lo mismo matar que ayudar a matar ¿por qué habría de ser lo mismo matar imprudentemente que ayudar imprudentemente a matar?

Lo dicho se puede ejemplificar con la famosa sentencia del caso Víñader (160). En primer lugar habrá que determinar si el periodista extendió su ámbito de organización a costa de las esferas de libertad ajenas. Esta acotación tiene que ver con los límites del ejercicio profesional del periodismo, libertad de expresión etc., y no puede ser estudiada ahora. Suponiendo que así fuese, esto es, que la publicación no se encontrase dentro del riesgo permitido —o que se tratase de un riesgo especial—, el periodista debería responder como partícipe imprudente —y no autoría como afirmó el Tribunal Supremo español— en el hecho doloso de los terroristas. En efecto, facilitar información sobre vivienda o actividades de la víctima, que es en definitiva lo que recogía la información, supone un caso de participación —facilitación del hecho—. ¿Por qué debería dejar de serlo cuando la conducta es imprudente en vez de dolosa? ¿Cómo se puede colocar en peor situación a quien actúa imprudentemente —autoría— respecto del que lo hace *con dolo* —complicidad—? Probablemente se argumentará que no se le coloca en peor posición, puesto que el autor imprudente tiene en cualquier caso menos pena que el cómplice doloso. Entonces reformulo la pregunta ¿cómo se puede colocar en peor situación al que tan sólo facilita imprudentemente el hecho de un tercero y por tanto, indirectamente —autoría—, respecto del que crea imprudentemente el resultado, y por tanto, de forma directa —igualmente autoría—? O considerando nuestro caso: ¿Es lo mismo publicar una información con tal imprudencia que facilita que un tercero cometa un asesinato, que matar imprudentemente a alguien? En cualquier caso, estos últimos argumentos tan sólo refuerzan el principal: existe un principio de prohibición de sobrevaloración del aporte.

Las conclusiones a las que hemos llegado en este punto se pueden resumir de la siguiente manera: La forma en que se extiende el ámbito de organización es lo que decide para determinar las formas de intervención, y esto no sólo cuando la defraudación se produce por comisión, sino también cuando se trata de una defraudación omisiva, y además, in-

(159) BACIGALUPO, *Principios*, p. 121; REYES, *Fundamentos*, ADPCP 1992, pp. 961 y s.

(160) Véase not. 120.

distintamente en los delitos dolosos o en los imprudentes. Así, al igual que en la defraudación comisiva es aceptada por todos una prohibición de sobrevaloración del aporte realizado, tal principio debe regir igualmente en supuestos de defraudaciones omisivas. La consecuencia inmediata que este principio conlleva supone, que en los casos de ingerencia, en que un comportamiento imprudente favorece los planes delictivos de un tercero, se responda tan sólo por complicidad (o cooperación necesaria, o incluso coautoría si el *quantum* del aporte es mayor; en cualquier caso, participación). Si quien favorece imprudentemente no aclara el error, es partícipe culposo; si lo aclara, la participación es dolosa.

2. *Inducción en comisión por omisión*

1) La doctrina mayoritaria, incluso los autores que en principio admiten la participación por omisión, niega a su vez la posibilidad de una inducción omisiva (161). Según el principio de la prohibición de sobrevaloración del aporte ésta es, en ciertos casos, posible. En general se puede afirmar que existe inducción omisiva, allí donde se ha producido por imprudencia una *comunicación suficiente*, esto es, la que de haber mediado dolo habría supuesto una inducción activa, si después de esa comunicación suficiente, imprudente, el sujeto del que partió descubre los planes delictivos del receptor de la misma y no hace nada por impedirlos. Veamos un ejemplo.

2) El supuesto más evidente se produce cuando el agente provocador, tras haber «inducido» al autor, comprueba que el hecho puede consumarse y de todas formas, no lo impide. Ejemplo: El detective privado, D, ha sido contratado para esclarecer los robos que se vienen produciendo en una sucursal bancaria. Tras algunas averiguaciones, D está prácticamente convencido de que L, un «conocido de la policía», es al que busca. Como ya en otras ocasiones L se ha librado de la cárcel por falta de pruebas, y para facilitar un rápido proceso, D «induce» a L a cometer un nuevo atraco en la sucursal bancaria. D está seguro de que gracias al nuevo y sofisticado equipo de seguridad instalado en el banco y que él mismo recomendó, el atraco no podrá en ningún caso consumarse con éxito. Poco antes de que L lleve a cabo el atraco, D se entera por el director de la sucursal, de que el «último modelo» en medidas de seguridad se ha estropeado. Como D, debido al cobro de sus honorarios, se encuentra en malas relaciones con el director, omite impedir el atraco a pesar de que ello le hubiera sido posible sin dificultad.

(161) JESCHECK, *AT*, p. 626; ROXIN, *LK*, § 26, not. marg. 61; SILVA, *Aspectos de la comisión por omisión*, CPC n.º 38 (1989), p. 390, todos con más referencias. Antes ya, KAUFFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, pp. 292 y ss.

Como del ejemplo se desprende se trata de un caso de agente provocador, puesto que D en un principio no tenía dolo de que el hecho se consumase; no se puede hablar de inducción, sino de provocación impune. Es seguro que ese actuar precedente fundamenta una posición de garante (ingerencia) (162). Por ello, y siguiendo los resultados ganados hasta ahora, en este supuesto planteado del agente provocador que advierte que el plan que ha provocado no quedará en tentativa sino que se consumará, y que de todas formas no lo impide, hay que afirmar con rotundidad una inducción omisiva. La forma en que D ha extendido su ámbito de organización es mediante la «inducción» a L: sólo ese aporte -¿cuál si no?- importa para determinar la forma de intervención; así pues, siendo la forma de organización una «inducción» —de haber mediado el dolo de consumación—, aquélla no cambia —por ejemplo, no se convierte en autoría por omisión— cuando D, después de la provocación —sin duda, riesgosa—, ha podido evitar el resultado y no lo ha hecho (163) (prohibición de sobrevaloración del aporte inductivo).

En contra de esta solución podría argumentarse, que la omisión dolosa no puede explicar la determinación al hecho que ha de tener el inducido; que el autor, en definitiva, no fue motivado mediante la inactividad (164). Según esto, la comunicación del omitente residiría en el pasado; el «inducido» estaría ya resuelto a cometer el delito (omnímodo facturus) cuando surge el dolo del inductor, esto es, cuando el agente provocador omite (165).

Sobre estas objeciones cabe decir en primer lugar, que con este razonamiento también podría atacarse el pensamiento de la ingerencia en

(162) ROXIN, *LK*, § 26, not. marg. 62; JAKOBS, *AT*, 29/33; STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, pp. 275 y s.; en sentido parecido, CRAMER, en *Schönke/Schröder StGB*, § 26, not. marg. 7. En contra, con más referencias, cfr. en vez de muchos, RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en el Derecho penal*, Madrid 1982, pp. 281 y ss.: en contra de la posición de garante con base en el actuar precedente señala RUIZ ANTÓN que es «demasiado artificiosa» y que, además en los casos «de consumación del delito en contra de la voluntad exteriorizada del agente provocador», si afirmamos la condición de garante en virtud de ingerencia, «se exige un deber de garantía superior al *inductor* que quiere que tenga lugar la consumación del hecho principal desde un principio». Lo referido es: el genuino inductor, aunque no impida el delito inducido —lo que es lógico porque desea que se produzca—, responde como inductor, en tanto que el agente provocador, que lo intentase sin lograrlo, o como en nuestro ejemplo, que ni siquiera lo intentase, lo haría como autor (imprudente); no nos afecta la crítica: según lo mantenido en el texto, y en virtud del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte, en este último supuesto la responsabilidad del agente provocador debería ser igualmente por inducción; si intenta impedir el hecho pero fracasa, su participación será, si acaso, imprudente.

(163) JAKOBS, *AT*, 29/104; STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, p. 276; cfr. también ROXIN, *LK*, § 26, not. marg. 62, que consecuente con sus bases afirma autoría omisiva o, en su caso —por ejemplo en el supuesto de delitos de apropiación como el hurto—, complicidad.

(164) BLOY, René, *Anstiftung durch Unterlassen?*, JA 1987 (pp. 490 y ss.), pp. 496 y s.

(165) Así, VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 291.

general. Parafraseando las críticas a la inducción omisiva, mediante nuestro ejemplo de la cacería, igualmente podría argumentarse «que la omisión dolosa no puede explicar la muerte de quien fue víctima del disparo imprudente; que la víctima, en definitiva, no fue “muerto” por la inactividad. Según esto, el disparo del omitente residiría en el pasado; la víctima estaría ya lesionada cuando surge el dolo del autor, esto es, cuando el autor omite.» Que esto no es correcto, además de ser doctrina absolutamente mayoritaria, creemos ya haberlo demostrado a lo largo de la exposición, ... ¿por qué argumentar así entonces cuando el ingerente lo es en virtud de una comunicación suficiente riesgosa?

O yendo a las críticas de forma más general: si bien es cierto que el dolo que aparece tras la ejecución del hecho es irrelevante —dolo *subsequens*—, no es menos cierto que a una primitiva ejecución no dolosa —comisiva u omisiva— se puede asociar una comisión dolosa omisiva, cuando el ámbito de organización del autor deba ser definido más allá del comportamiento ya realizado; éste es, como ya se vio, el supuesto normal en el pensamiento de la ingerencia. Puesto que la comunicación es riesgosa y pertenece a su círculo de organización —como en el caso del agente provocador—, se convierte en garante de dicha comunicación, debiendo impedir el resultado lesivo, puesto que tanto antes como ahora es incumbente (166). No nos hallamos ante un caso de dolo *subsequens*, pues —igual que en los supuestos tradicionales de ingerencia—, el ingerente (agente provocador) *también está vinculado al suceso cuando surge su dolo*; quizás no en un sentido naturalista (desde este punto de vista sólo lo estaba cuando provocó), sí, empero, en un sentido normativista que es el que importa; en otras palabras, ser *incumbente* (y lo es cuando surge el dolo) *versus ser causal*.

3) La posibilidad de una inducción omisiva del tipo de la descrita, no se limita tan sólo al caso del agente provocador, sino que es generalizable a todos los supuestos en que exista un deber de aseguramiento, por ser la información suficiente como para ser considerada inductiva de un delito. Que en el caso del agente provocador se puede fundamentar la posición de garante en virtud de un comportamiento precedente (ingerencia) (167), no es problemático; en los demás casos, por el contrario, habrá que determinar, ciertamente no sin dificultad, si la información pertenece al ámbito del «inductor» y si fundamenta una posición de garante; si es así, la responsabilidad en calidad de inductor omisivo (si se trata de una información suficiente) se deduce, ya sin dificultad, del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte. Ejemplo (168):

(166) Cfr. JAKOBS, *AT*, 29/38.

(167) O en su caso, aun si se quiere afirmar que no se traspasan los límites del riesgo permitido, no resulta problemático sostener que al menos nos hallamos ante un supuesto de riesgo especial.

(168) El ejemplo está así redactado por VOGEL, *Norm und Pflicht*, p. 291, procede, empero, de JAKOBS, *AT*, 29/104.

un empresario no impide que su secretaria (169) eche al correo lo que era simplemente un borrador por él escrito, mediante el cual pensaba inducir a un empresario amigo a una estafa de subvenciones. Puesto que indudablemente lo escrito por él pertenece a su ámbito de organización, y si el boceto contiene ya, y pese a serlo, todos los elementos como para considerar la comunicación inductiva, el jefe responderá como inductor por omisión de dicha estafa.

3.ª PARTE OPINIONES DISCREPANTES

La solución aquí presentada no se corresponde con la forma en que se viene tratando hasta ahora la intervención omisiva. Si bien otras opiniones difieren entre sí considerablemente, todas coinciden en la necesidad de la posición de garante en la omisión, como fundamento de responsabilidad. Es aquí precisamente donde se encuentra la paradoja. La posición de garante es exigida en el ámbito de la omisión, mientras que en los delitos de comisión se obvia, injustificadamente, toda referencia a ella; por contra, en el caso más concreto de la intervención omisiva, la situación es inversa: el modo en que el garante extiende el ámbito de organización en los delitos de comisión es reconocido, al menos en sus conclusiones, de forma correcta por la doctrina mayoritaria —y así se acepta en sus consecuencias la prohibición de sobrevaloración del aporte— (170), a pesar de que en la comisión activa no se habla de posición de garante; mientras, ese momento no se tiene en cuenta en la omisión, y ello, ja pesar de aquí sí se exige la posición de garante!

Las propuestas de solución que a continuación se presentan (171),

(169) Evidentemente la posición de garante viene definida si concluimos que ya un simple borrador es riesgoso —ingerencia—, o si decimos que en todo caso fundamenta la existencia de un riesgo especial —ingerencia en casos de riesgos especiales—; no nos referimos pues a una supuesta posición de garante del jefe respecto de lo que pueda realizar su secretaria.

(170) Véase *Capítulo II, I.*

(171) Una clasificación similar de las distintas posiciones doctrinales es ya recogida por LUZÓN, *La participación*, PJ 1986, pp. 77 y ss., quien sin embargo no incluye la segunda de las soluciones aquí expresadas (HERZBERG); cfr. también, SILVA, *El delito*, pp. 223 y ss.; EL MISMO, *Aspectos de la comisión por omisión*, CPC n.º 38 (1989), pp. 385 y ss., que da cuenta de las distintas posiciones doctrinales sobre el tema —en la que sí incluye a HERZBERG— si bien, a nuestro modo de ver, con una imprecisión; en efecto sostiene SILVA (ibid, p. 387) respecto de la posición de JAKOBS lo siguiente: «Jakobs (...) distingue entre posiciones de garantía por *responsabilidad organizativa* (Organisations-zuständigkeit) —que dan lugar sólo a *participación del omítente*— y las de responsabilidad institucional (instituitionelle Zuständigkeit) —que dan lugar a *autoría*—» (sin cursiva en el original). En realidad JAKOBS (p. 696 de la primera ed. del Lehrbuch, página citada por SILVA) sostiene para la responsabilidad organizativa tanto la posibilidad de autoría como de participación: «En los delitos de omisión en que es transgredido un deber en virtud de una competencia organizativa, se lleva a cabo la diferenciación de

tratan de encontrar una correspondencia entre la omisión en sí y alguna de las formas de intervención delictiva de la comisión activa.

I. Responsabilidad del omitente, como autor

1) Según *Roxin* (173), los delitos de comisión por omisión pertenecen a los delitos de infracción de deber, que conocen, en principio, sólo de autoría como única forma de intervención —con las excepciones que más adelante se apuntarán—. El «dominio del hecho» como criterio para determinar las distintas formas de intervención en la comisión no es practicable, según *Roxin*, en los casos de omisión (174). Así, si la posibilidad de impedir el resultado, que por otra parte es inherente a toda omisión punible, significase que el omitente posee el dominio del hecho, concluye *Roxin*, que no habría lugar ni para la complicidad ni para la inducción, pues tales formas de participación conllevarían por lo general dicha posibilidad (175). Asimismo tampoco podría ser criterio adecuado poseer un «dominio del hecho social», por la existencia de numerosas excepciones. Éste vendría determinado por la diferencia que ya a nivel del lenguaje existiría entre «matar» o «dañar», que conduciría a la autoría, y el no evitar el resultado (de una muerte, de unos daños) que lo haría a la participación (176). Ejemplo: de la madre que deja morir de hambre a su hijo, se dice que le ha matado, en tanto de la que deja que su hijo se ahogue, cuando este ha caído casualmente al agua, según *Roxin*, no se dice que le haya matado sino que no ha impedido el resultado de muerte.

Puesto que el criterio del dominio del hecho es por tanto inaplicable para delimitar las formas de intervención omisiva, los delitos de comisión por omisión serían estructuralmente autónomos, y en verdad en forma de delitos de infracción de deber. Estos son, según *Roxin*, aquellos en que sólo puede ser autor quien lesione un deber extrapenal asegurado en el tipo (177). Esta concepción, empero, difiere considerablemente de

las formas de intervención en el delito, como en los delitos de comisión. Así pues hay autoría por omisión en todas sus formas y además participación por omisión».

(172) Siempre y cuando no sea desechar ya de principio la posibilidad de una participación omisiva: así, por ejemplo, GRÜNWALD, *GA* 1959, p. 113; KAUFMANN, *Die Dogmatik*, pp. 291 y ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 222; últimamente, NITZE, *Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen* (§ 13 StGB), Berlin 1989, pp. 159 y ss.; cfr. las críticas, por ejemplo, en JAKOBS, *AT*, 29/108; LESCH, *Das Problem*, p. 303.

(173) ROXIN, *Täterschaft*, pp. 458 y ss.; EL MISMO en *LK*, 11.^a ed., Berlin 1993, not. marg. 201 y ss. del § 25.

(174) ROXIN, *LK*, § 25, not. marg. 207.

(175) ROXIN, *Täterschaft*, pp. 463 y ss.; sobre esto, también KIELWEIN, *GA* 1955, p. 227; BGH 2, 150 (156); GALLAS, *JZ* 1952, p. 372.

(176) ROXIN, *Täterschaft*, pp. 465 y ss.

(177) ROXIN, *Täterschaft*, p. 354; EL MISMO, *LK*, § 25, not. marg. 37.

lo ya expuesto sobre estos delitos, especialmente en el tratamiento que la misma hace de la intervención omisiva. En la omisión, el deber especial extrapenal consistiría en la obligación de evitar el resultado que tiene el garante; cuando el garante lesiona este deber, en otras palabras, cuando el garante no evita el resultado, sólo podría ser visto según las reglas que en general rigen para los delitos de infracción de deber, esto es, como autor del delito (178).

De todas formas, existirían dos grupos de casos en que a pesar de tratarse de un delito de infracción de deber, el omitente no respondería como autor, sino como partícipe:

a) En primer lugar, allí donde las especiales características del tipo impidan su comisión omisiva; este es el caso de los delitos de propia mano. Asimismo, cuando unas especiales características de la autoría son requeridas por el tipo, como en los llamados delitos basados en un deber altamente personal (179), y los delitos que requieren especiales elementos como es, por ejemplo, el ánimo de lucro (180). En estos supuestos, si el garante no cumple su deber de evitar el resultado, existe tan sólo complicidad (181), cuando falte de cualificación requerida para la autoría.

b) Además, según ROXIN —siguiendo a RUDOLPHI—, excepcionalmente también concurre complicidad omisiva y no autoría, en aquellos supuestos —si bien de poca relevancia— en que el garante no impide un injusto con calidad de participación. Ejemplo: el padre no impide que su hijo menor de edad, favorezca un hecho delictivo ajeno facilitando el arma (182).

(178) ROXIN, *LK*, § 25, not. marg. 206; EL MISMO, *Täterschaft*, pp. 459 y ss.; en parecido sentido, STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Strafstat*, 3.^a ed., Köln/Berlin/Bonn/München 1981, not. marg. 1079; BLOY, *Anstiftung...?*, JA 1987, pp. 492 y ss.

(179) ROXIN, *Täterschaft*, pp. 480 y ss.; se refiere ROXIN a delitos como el falso testimonio. En cualquier caso, en Alemania el problema está solucionado puesto que existe un párrafo en el StGB (§ 153) que regula la situación del partícipe en tales delitos. Lo dicho no impide sin embargo que tales delitos se puedan llevar a cabo perfectamente mediante una omisión: la deserción por ejemplo (otro de los delitos que ROXIN señala como de infracción de un deber altamente personal) puede llevarse a cabo tanto si el autor se aleja (defraudación por acción), como si permanece parado sin seguir a las tropas (defraudación omisiva); sobre esto, cfr. ya, RG 6, 7 y ss.

(180) Cfr. HERZBERG, *Unterlassungsdelikte*, pp. 137 y ss.; ROXIN, *Täterschaft*, pp. 481 y ss.; BLEI, Herman, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 18.^a ed., München 1983, p. 318; la discusión sólo tiene sentido si el omitente tiene la intención de poseer la cosa para sí, lo que, cuando la defraudación se produce por omisión, sólo parece posible cuando se entienda el ánimo de lucro como «dolo + conocimiento del plan ajeno»; cfr. sobre esto, JAKOBS, *AT*, 23/20, 8/34 y ss. (en especial, 8/40); LESCH, *Das Problem*, pp. 271 y ss., 291; EL MISMO, *ZStW* 105, pp. 274 y ss., 286 y ss.

(181) ROXIN, *LK*, § 25, not. marg. 209; EL MISMO, *Täterschaft*, pp. 477 y ss.; siguiéndole, RUDOLPHI, *SK (Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch)*, elaborado por Rudolphi, Horn, Samson, tomo I, *Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., 21.^a entrega, junio 1993) not. marg. 41, antes del § 13; STRATENWERTH, *AT*, not. marg. 1079 y ss.

(182) RUDOLPHI, *SK*, not. marg. 42 previa al § 13; ROXIN, *LK*, § 25, not. marg. 210; BLEI, *AT*, pp. 318 y ss.

2) Además de las críticas que pueda merecer la teoría del dominio del hecho en sí (183), el tratamiento que *Roxin* hace de la intervención omisiva no parece plausible, y en cualquier caso se muestra incompatible con los resultados obtenidos a lo largo de este trabajo. Para él, la realización omisiva pertenece a los delitos de infracción deber, ya que cualquier sujeto no entraría como interviniente en consideración, sino tan sólo aquél que tiene el deber especial de evitar el resultado, en otras palabras, el garante (184). En realidad con tal afirmación se dice más bien poco, y lo que es seguro: no justifica tratar todos los casos de omisión como delitos de infracción de deber. Como quedó demostrado —recuérdese, por ejemplo, el caso del médico—, tampoco en la «comisión» activa todo interviniente entra en consideración, sino sólo en la medida en que se tenga una posición de garante. Cuando falta la posición de garante, el que actúa es tan autor como lo pueda ser el que omite: en ningún caso se responde (185). Así, incumplimientos de «mandatos» que no tengan que ver con un comportamiento solidario, no deben ser incluidos entre los delitos de infracción de deber. Que, por ejemplo, la posición de garante emanada de la ingerencia no se corresponde con un comportamiento solidario por parte del autor respecto de la víctima, creo haberlo demostrado suficientemente en la primera parte de este trabajo; no obstante, lo que creo no necesita demostración alguna, es que la posición de garante en virtud de ingerencia no es un deber especial extramuros del derecho penal, *conditio sine qua non*, propuesta por *Roxin* para afirmar la inclusión de tales supuestos como delitos de infracción de deber (186).

II. Responsabilidad del omitente, como autor o como partícipe, según de que tipo de posición de garante se trate

1) Para una segunda propuesta de solución de la intervención omisiva, existiría una correspondencia entre una clasificación genérica de las posiciones de garante en dos grupos, y las diferentes formas de intervención omisiva. A la clasificación bifronte que de las posiciones de garante formuló *Armin Kaufmann* (187), engarza *Herzberg* (188) las distintas formas de intervención omisiva.

(183) Así, MIR, *PG*, 395 y ss.; GIMBERNAT, *Autor*, pp. 144 y ss.

(184) ROXIN, *Täterschaft*, p. 459. Por tanto el garante realizaría siempre un delito de infracción de deber.

(185) Cfr. crítica similar, OTTO, *AT*, p. 264.

(186) Cfr. supra; en el mismo sentido crítico, TIMPE, *Strafmilderungen*, p. 200.

(187) KAUFMANN, *Die Dogmatik*, pp. 283 y ss.; BACIGALUPO, *Delitos improprios*, pp. 120 y ss.; EL MISMO, *Conducta precedente*, ADPCP 1970, p. 39; siguiéndole, ZUGALDÍA, *Omisión e injerencia*, p. 574; MIR, pp. 336 y ss.

(188) HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, pp. 257 y ss.; siguiéndole ESER, Albin, *Strafrecht II*, Frankfurt 1971, not. marg. 20 y ss. del n.º 27 A.

a. El incumplimiento del garante, cuya posición emana de un deber de protección de un determinado bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo, conduciría, en principio, a la autoría. En efecto, se dice que el garante aquí debe proteger el bien de posibles daños, y ello sin importar cual pueda ser el curso causal del que provengan; lo relevante sería el resultado y no de qué forma éste se pueda producir. La excepción se encontraría en los casos en que a consecuencia de los requisitos del tipo, sólo sea posible una punibilidad por participación (190). b. En cambio, cuando la posición de garante consista en un deber de cuidado de una fuente de peligro, el omitente que no impida el actuar delictivo de otro, sería tan sólo partícipe (191). Esto se deduciría de que también al partícipe activo habría que incluirlo en este grupo, ya que él tampoco impide el resultado lesivo que se pueda deducir de la fuente de peligro en que consiste su propio aporte (192). Los casos, en que el omitente emplea al que actúa como un instrumento, constituyen, de todas formas, una excepción.

2) Esta forma de resolver la intervención omisiva ha sido criticada mayoritariamente en la doctrina alemana. En efecto, debido a la falta de seguridad existente para clasificar las posiciones de garante bajo una de las dos rúbricas genéricas propuestas por *Armin Kaufmann*, puede suceder que se incluya la posición de garantía en una u otra, según el resultado que en el caso concreto se tenga por correcto (194). Aun sin negar la corrección en sus conclusiones de muchos de los casos en que se ha afirmado que el omitente es garante con base en la citada clasificación, esta ordenación ha sido hoy superada por impracticable: como acertadamente ha señalado *Jakobs*, la protección de una persona es el control a

(189) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 261; OTTO, *Grundkurs*, p. 266; en forma similar, CRAMER, *Schönke/Schröder StGB*, not. marg. 104 antes de los §§ 25 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed. 1975, 17/12 (2a).

(190) Así pues, en esto existe coincidencia con ROXIN; HERZBERG, *Unterlassung*, pp. 262 y ss.; OTTO, *Grundkurs*, p. 266; CRAMER, *Schönke/Schröder StGB*, not. marg. 105 antes de los §§ 25 y ss., que opina que los supuestos afectados serían los mismos que los presentados por ROXIN (véase supra). Cfr. también, JAKOBS, *AT*, 29/78 y ss.; esto ya fue formulado por RUDOLPHI, *Gleichstellungsproblematik*, pp. 63 y s.

(191) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 260; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 17/12; en principio también de acuerdo OTTO, *Grundkurs*, p. 266, no empero en casos en que el interviniente activo actúa precisamente porque sabe que el garante omite (= autoría). En sentido parecido CRAMER en *Schönke/Schröder StGB*, not. marg. 106 y 108 antes del § 25.

(192) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 260; de esta forma resuelve HERZBERG el problema que aquí se solucionó con el principio de prohibición de sobrevaloración del aporte.

(193) HERZBERG, *Die Unterlassung*, pp. 260 y s.; ejemplo: A se da cuenta de que B ha tomado el revólver que aquél ha dejado sin vigilancia, y que pensando que está descargado quiere disparar en broma: autoría mediata; véase también CRAMER en *Schönke/Schröder StGB*, not. marg. 106 antes del § 25, que en casos de inimputables también hace la misma excepción, pero que además pretende otras excepciones con sus correspondientes excepciones (!).

(194) JAKOBS, *AT*, 29/105.

su favor de los peligros que puedan amenazarlo, y el control de una fuente de peligro es protección para las personas que respectivamente estén en peligro. Ejemplo: el socorrista de una piscina... ¿debe proteger a los bañistas de los peligros derivados de la «fuente de peligro piscina», o debe controlar dicha fuente de peligro?! (195).

III. Responsabilidad del omitente, como partícipe

1) Las propuestas de solución hasta ahora estudiadas, buscan la respuesta a la cuestión de la intervención omisiva en el campo de la dogmática de la omisión. Por un lado, afirmando que todo delito de omisión sería un delito de infracción de deber; por otro, intentando determinar las diversas formas de intervención delictiva, con base en una clasificación de las posiciones de garante propia de dicha dogmática. Sin embargo, otras posiciones doctrinales coinciden en señalar que los problemas de los casos en que el omitente no impide el hecho delictivo de un tercero, se deben resolver según las reglas generales que delimitan autoría y participación. Brevemente: para los defensores de esta tercera vía, la teoría que se aplique a la intervención activa debe ser también aplicada a la omisiva. De acuerdo con este punto de vista, en primer término sustentado por *Gallas*, y hoy representado, entre otros, por *Jescheck*, el omitente que no impide la realización del hecho de un tercero, a pesar de estar obligado a ello por ser garante, es tan sólo partícipe (196). La ex-

(195) JAKOBS, *AT*, 29/27; siguiéndole: HUERTA, *Problemas*, pp. 83 y 148 y s.; ROXIN, *Täterschaft*, p. 659; SOWADA, *Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelik*, *Jura* 1986, pp. 406 y s.; SCHULTZ, *JuS* 1985, p. 271; TIMPE, *Strafmilderungen*, p. 202; VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 282 y 340 y s.; ya anteriormente a todos ellos, parecida crítica, ARTZ, *JA* 1980, p. 559; cfr. también en contra de la aplicación de tal clasificación para resolver el problema de la participación omisiva, BLOY, *Anstiftung...?*, *JA* 1987, pp. 491 y ss.; RANFT, *Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung*, *ZStW* 94 (1982), pp. 860 y s.; RUDOLPHI, *SK*, not. marg. 40 antes del § 13; SEELMANN, *AK*, not. marg. 34 y s. del § 13: todas las posiciones de garante conllevan la obligación de impedir el resultado, sin que pueda hacerse una subclasificación de ellas.

(196) GALLAS, *JZ* 1960, p. 687; EL MISMO, *JZ* 1952, p. 372; JESCHECK, *LK*, § 13, not. marg. 57; EL MISMO, *AT*, p. 630; BOCKELMANN, Klaus/VOLK, Paul, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Múnchen 1987, p. 203; LACKNER, Karl, *SIGB*, § 27, not. marg. 5; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 2.^o, 7.^a ed., Heidelberg 1987, 50/72; en parte también, SCHMIDHAUSER, *AT*, 17/12 (2b); en los resultados también de acuerdo pero argumentando con base en la accesoriad, RANFT, *ZStW* 94 (1982), pp. 823 y ss.; el argumento de la accesoriad me parece ya como punto de partida inaplicable para resolver el problema de la intervención omisiva; en efecto, la accesoriad presupone ya la participación, y la participación en las formas de defraudación omisivas es precisamente la cuestión a resolver. Cfr. asimismo, SOWADA, *Jura* 1986, p. 403, que en parte también está de acuerdo, ya que acepta las críticas a esta solución como plausibles con seguridad, pero a la vez encuentra igualmente convincente, que el «favorecimiento negativo», del omitente, conduzca tan sólo una participación en el hecho activo.

plicación se encuentra en la aplicación de la teoría del dominio del hecho al suceso completo, esto es, en el empleo de tal teoría para determinar el tipo de intervención tanto del actuante como del omitente.

2) Frente a la teoría subjetiva empleada por la antigua jurisprudencia alemana (197) consistente en la «voluntad de ser autor» (198), se propone «el ejercicio fáctico del dominio del hecho». Lo relevante no sería, como hasta entonces, la existencia de un «querer ser autor» o ánimo de autor en el omitente, sino estar o no en posesión del dominio fáctico del hecho. Ejemplo: cuando un omitente no impide un suicidio, es autor de un homicidio, como señor del hecho, si al suicida le falta la voluntad, está inmerso en error, o fuertemente influenciado, esto es, le falta la propia decisión libre sobre la muerte; en otras palabras, si al suicida le falta el dominio de «su propio hecho» (199).

Los problemas comienzan, empero, cuando el que actúa domina la situación. La cuestión entonces debe plantearse en otros términos: ahora se trata de saber si el actuar del tercero impide, por su parte, el ejercicio del dominio fáctico del hecho a un omitente. En primer lugar, se señala para estos supuestos, el omitente jamás puede tener el dominio fáctico del hecho, sino tan sólo un dominio del hecho «potencial»; de esta forma, la escala adecuada para diferenciar la autoría de la participación en la omisión no podría ser el criterio del dominio del hecho, sino que tan sólo se podrá buscar una equivalencia con la intervención activa (200). La corrección de este punto de vista y el punto de apoyo para establecer dicha equivalencia cree *Gallas* (201) encontrarla en dos argumentos: en primer lugar, igual que en los delitos que requieren una especial cualifi-

(197) Cfr. BGH 13, 162 (166). Por ello los fundamentos de esta solución se encuentran en los comentarios de *GALLAS* a dos sentencias del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH): *GALLAS, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*, JZ 1952, pp. 370 y ss., y recensión a BGHSt 2, 150, en JZ 1960, pp. 649 y ss. y 686 y ss. En la jurisprudencia española, como ha señalado *BACIGALUPO, Principios*, p. 213 y nota 364 con referencias jurisprudenciales, se ha recurrido a la teoría subjetiva «calladamente en forma casi continua», por ejemplo, en la teoría del acuerdo previo (crítico ya, *GIMBERNAT, Autor*, pp. 78 y ss. = *ADPCP* 1966, pp. 31 y ss.).

(198) Dejando aparte que la teoría subjetiva ha sido ya totalmente superada (cfr. por ejemplo *CRAMER* en *Schönke/Schröder SigB*, not. marg. 56 antes de los §§ 25 y ss.; *BACIGALUPO, Principios*, p. 213; *GIMBERNAT, Autor*, pp. 44 y ss., 50 y ss.), se ha dicho de ella que precisamente no sería de aplicación en el campo omisivo, ya que, al tener el omitente algo negativo como objeto, es impensable una voluntad en el sentido de «querer comportarse como autor» (cfr. *GALLAS*, JZ 1960, p. 650; *KIELWEIN, GA* 1955, pp. 226 y ss.). En cambio, *ROXIN, Täterschaft*, p. 458 ha considerado que la teoría subjetiva precisamente encajaría bien en el campo omisivo, aunque por su parte también la rechaza (*ibid.* pp. 51 y ss.); igualmente, *BLOY, Anstiftung durch Unterlassen?*, JA 1987, p. 491. En la literatura actual, y sobre un punto de vista todavía subjetivo para diferenciar los distintos grados de participación omisiva, cfr. *SEELMANN, AK*, § 13, not. marg. 94, que encuentra «lleno de sentido» tener en cuenta «el interés en el resultado típico»; en este mismo sentido, *OTTO, AT*, p. 266.

(199) *GALLAS*, JZ 1952, p. 372.

(200) *GALLAS*, JZ 1960, p. 686.

(201) *Ibid.*, p. 687.

cación, sólo puede ser autor aquél que posea dichos requisitos, y en caso contrario, sólo hay participación, en la omisión faltaría «la especial cualificación del dominio del hecho», siendo por ello valorable el comportamiento del omitente tan sólo como participación. Ejemplo: el omitente, y como tal, no señor del hecho, no respondería como autor de un delito de omisión, igual que el no cualificado con ánimo de lucro, y como tal, extraneus, no responde como autor de un robo. Por otra parte, y como segundo argumento, señala *Gallas* que puesto que en los casos de participación activa tampoco se impide el resultado del autor principal, estaría justificada una punibilidad por participación en el hecho del actuante (202). Ejemplificativamente: el terrorista T toma carga explosiva del polvorín. El encargado del mismo, E, no hace nada por impedirlo. E no emprende asimismo ninguna medida, cuando ve desde su ventana como T coloca los explosivos en una vivienda cercana, y tampoco, cuando T en la calle espera a que se produzca la explosión. Así sucede, la bomba estalla, la casa salta por los aires. La solución, según lo dicho, es clara: T, como actuante, posee el dominio del hecho, mientras que E, que sólo omite impedir el resultado posee por tanto un dominio del hecho meramente potencial. La actuación de T impide la posibilidad de que también respecto de E se pueda hablar de un dominio fáctico del hecho. Así como el partícipe activo en general, para esta doctrina, no domina el hecho (203), tampoco se puede afirmar la existencia de tal ejercicio fáctico en el omitente, sino tan sólo uno meramente potencial; por tanto, la punibilidad como partícipe está plenamente justificada.

3) Si por tanto, desde éste punto de vista, el dominio del hecho del actuante impide el dominio del hecho del omitente, habría que concluir a *sensu contrario*, como consecuentemente estos autores hacen, que cuando el actuante ha perdido el dominio, entonces éste queda en manos del omitente, convirtiéndose así, automáticamente, en autor. En estos casos la omisión ya no se correspondería con una participación sino con una autoría activa (204). Veamos pues que sucede si introducimos algu-

(202) De esta forma resuelven aquí la problemática de la prohibición de sobrevaloración del aporte: el omitente siempre es partícipe.

(203) Así al menos según estos mismos autores, cfr. sólo JESCHECK, *AT*, pp. 626 y 590 y s.

(204) De los autores mencionados en la nota 196, así expresamente: JESCHECK, *AT*, p. 630; EL MISMO, *LK*, § 13, not. marg. 57; GALLAS, *JZ* 1952, p. 372; los otros autores allí citados no tratan esta cuestión, pero deben llegar consecuentemente al mismo resultado. En este mismo sentido, numerosas resoluciones del Tribunal Supremo Federal Alemán: BGH 19, 135 («Caso Gisela»), BGH 5.7.1960, *MDR* 1960, pp. 939 y s.; BGH 13, 162 (= *MDR* 59, 1024). GALLAS se retractó de esta posición por él mantenida en *JZ* 1952, en vista de los resultados poco satisfactorios a que conducía en los casos de auxilio al suicidio. Según el nuevo punto de vista de GALLAS (ibíd., p. 692) habría que negar una responsabilidad del omitente, también allí donde el suicida haya perdido la conciencia —y por tanto, el dominio del hecho—, aunque no impida el resultado, pudiéndose aplicar tan sólo una pena en virtud de la omisión simple del deber de socorro —§ 323c del Código Penal Alemán—. Esta consecuencia se deduciría, según GALLAS, de la

nas modificaciones en el enunciado de los hechos de nuestro ejemplo: T espera la explosión igualmente en la calle, esta vez tan nervioso, que sufre un ataque cardíaco y muere. Igual que en la primera formulación del caso, todo es visto por E desde la ventana de su casa. Lo que E no sabe: con la muerte de T, él se ha convertido en el autor del delito! En efecto, una vez desaparecido T, E es el único que domina el curso causal —según las reglas de la teoría del dominio del hecho—. La solución no puede convencer; además, ¿por qué cuando T espera en la calle -en la primitiva formulación del caso- domina más el hecho que E, que hace lo mismo (esperar)?!

4) También se ha reprochado a esta posición doctrinal una supuesta arbitrariedad. *Armin Kaufmann* encuentra el motivo en el distinto tratamiento que recibe el garante, que no impide el curso causal creado por la mano del hombre —partícipe—, y aquél que no evita el resultado que deviene de fuerzas naturales —autor— (205). Explicado mediante un ejemplo (206), no debería existir diferencia, cuando el garante de un edificio (v. gr. por aceptación) no apaga un incendio provocado por una persona, o no lo hace, cuando el incendio lo produjo un rayo. Según la solución que ahora criticamos, en el primer supuesto el garante responde como partícipe, puesto que quien actúa domina el curso causal —el incendiario— impidiendo así el dominio del omitente; mientras, en la segunda hipótesis, el garante responde como autor, puesto que es el único que domina el hecho.

A primera vista la crítica parece plausible (207) y para nosotros es de especial importancia puesto que de ser cierta, contradiría los resultados alcanzados a lo largo de este trabajo. En efecto, también nosotros hemos diferenciado si el omitente se encuentra solo, o si lo que hace es no impedir el hecho de un tercero. Sólo en este último supuesto será de aplicación, en su caso, la prohibición de sobrevaloración del aporte: el omitente podrá ser partícipe (o coautor). En cambio, si el omitente se encuentra solo, es decir, si no hay nadie más al que incumba el suceso, responderá, si ha de responder y según lo dicho, siempre como autor (208). Ejemplo: el encargado del polvorín es evidentemente garante de custo-

impunidad del suicidio en sí y de como se encuentra regulada la participación en él —recuérdese que en Alemania sólo es punible el auxilio ejecutivo al suicidio— —autoría—, pero no la participación. Si así se argumenta, empero, se debe concluir, que en los casos en que la participación es punible —esto es, cuando no se trate de ayuda a suicidios—, el omitente es siempre autor y no ya mero partícipe, cuando el autor principal ha perdido «el dominio del hecho» (sic). En otras palabras: GALLAS sólo percibió lo poco aceptable de su solución en los casos de participación omisiva en el suicidio.

(205) KAUFMANN, *Die Dogmatik*, pp. 296 y ss., y un ejemplo aclaratorio en pp. 301 y ss.

(206) KIELWEIN, *GA* 1955, p. 227; siguiéndole, NITZE, *Die Bedeutung*, pp. 159 y ss.

(207) Así, SOWADA, *Jura* 1986, p. 403.

(208) De acuerdo, por ejemplo, OTTO, *AT*, p. 264: «... como figura central del suceso, como principal responsable».

diar los explosivos que en él se encuentren. Si ve que los rayos solares penetran en la nave a través de un cristal defectuoso de forma que, produciéndose un efecto de lupa, los explosivos amenazan con incendiarse, y de todas formas no emprende ninguna medida para evitarlo, muriendo un trabajador a causa de la explosión, se trata de un comportamiento omisivo que dará lugar a una responsabilidad como autor. En cambio, cuando el encargado ve como un tercero toma explosivos del polvorín para asesinar a un trabajador, e, igualmente no lo impide, responderá, según el criterio aquí defendido, como cómplice (209) (o coautor): en cualquier caso, de forma accesoria. Así, desde nuestro punto de vista, existe también la diferencia criticada por *Kaufmann*: el que no impide un hecho delictivo de un tercero y se encuentra en posición de garante puede responder según cualquiera de las formas de intervención en el delito —ser coautor, cómplice, etc.—, mientras que un omitente que no impide los efectos de una causalidad natural responde, si lo hace —si es garante—, siempre en calidad de autor.

La objeción de que esta distinción en el tratamiento de los casos es arbitraria, es, sin embargo, equivocada. Para demostrarlo se han presentado por la literatura científica diversos casos indiscutidos en los que también en el campo comisivo existe tal discrepancia según se trate de causalidad natural o de «la mano del Hombre». Ejemplo (210): A se coloca en la orilla e impide que los peatones salven a B que se está ahogando. Si B, que no sabe nadar, ha caído accidentalmente al agua, A es responsable de su muerte como autor (211). Si por el contrario B está siendo ahogado como consecuencia de la acción de un tercero, A responde como cómplice (212), en cualquier caso accesoriamente —no como autor, sino en su caso como coautor (accesorio)—. De lo dicho sólo puede extraerse una consecuencia: igual que en la comisión la misma actividad del garante, en nuestro ejemplo impedir el salvamento, puede conducir a una responsabilidad accesoria o no, la misma inactividad del omitente garante conducirá en caso de que se trate de causalidad natural, a autoría, y en caso de que se trate de «la mano del Hombre», a una intervención accesoria. La diferenciación establecida en los casos de omisión no es ninguna peculiaridad de la omisión (213).

La idea de la argumentación anterior es correcta, pero su formulación un tanto imprecisa. En realidad no se trata del mismo comporta-

(209) Cfr. JAKOBS, *AT*, 29/102.

(210) Según HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 259.

(211) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 259. Sobre la interrupción de un curso salvador como autoría, cfr. JAKOBS, *AT*, 21/37, 7/22; LESCH, *Das Problem*, p. 72 (ejemplo 1/10, comportamiento de C), y p. 286 (sosteniendo coautoría).

(212) Así HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 259; en mi opinión se trata más bien de una coautoría.

(213) Cfr. ARTZ, *JA* 1980, pp. 558 y ss., con otros ejemplos; HERZBERG, *Die Unterlassung*, pp. 258 y ss., siguiéndoles, SOWADA, *Jura* 1986, p. 403 (que, sin embargo, también cree plausible la opinión contraria, cfr. not. 196).

miento que unas veces conduce a la autoría y otras a la participación, sino de comportamientos diferentes. Lo que es seguro, y en esto —¡tan sólo en la formulación!— tiene razón *Kaufmann*, es que un mismo comportamiento, ya sea activo u omisivo, no puede conducir a diferentes formas de responsabilidad: unas veces autoría, otras complicidad. Sólo: cómo se debe enjuiciar un comportamiento es valorable desde un punto de vista normativo y no según un criterio naturalista del dominio del hecho. No se necesita pues argumentar con los casos de interrupción de un curso salvador; los comportamientos de que aquí se trata son, desde un punto de vista normativista, diferentes, y eso basta. Si los comportamientos, desde un punto de vista naturalista, son iguales, parecidos o incluso no tienen nada que ver entre sí, no interesa.

6) Con lo dicho, queda también planteado lo que se debe reprochar a la solución que resuelve la intervención omisiva sosteniendo siempre una complicidad del omitente cuando un tercero «domina el hecho», y autoría cuando este «dominio» por parte del tercero no se produce, o cesa. Es cierto, como consecuentemente se argumenta desde esta solución, que en el ámbito omisivo no puede existir un dominio del hecho del omitente *en sentido naturalista*, por faltar la causalidad. Pero, como ya se puso de manifiesto, en derecho penal no se importa cualidad normativa por parte del ambiente al sistema, y en verdad, ni del ambiente en general (Naturaleza, v. gr., causalidad) ni del ambiente de dentro de la Sociedad (¿o es que todo lo que, por ejemplo, interesa a la religión es a la vez materia del Derecho?). La causalidad como tal (ambiente), adquiere sólo cualidad jurídica cuando el Derecho la tematiza mediante su propio código. Así, lo relevante no puede ser un dominio del hecho entendido como «un dominar la causalidad natural», sino el *quantum* del aporte que une al interveniente con el delito (concepción normativista) (214). En efecto, no se trata pues de dominar el hecho en sentido fáctico, como entiende esta doctrina, sino en ser incumbente. Así pues, el fundamento de la responsabilidad es idéntico para todos los intervenientes —todos son igualmente incumbentes—, pero las cuotas de responsabilidad se han de diferenciar según el *quantum* del aporte realizado. El ser competente (la incumbencia) en el suceso por parte del que actúa, no puede tener como consecuencia impedir que el omitente a su vez sea asimismo competente. Con ello se presenta también como errónea la creencia, de que cuando el interveniente activo no domina más el hecho de una forma fáctica, este dominio pase a tenerlo el omitente, cuando él, a su vez, todavía posea influencia sobre el suceso (posibilidades de salvamento). No se trata de en qué punto temporal se pueda realizar el cumplimiento de los debe-

(214) Sobre esta concepción cuantitativa y no cualitativa de diferenciar las distintas formas de intervención en el delito, cfr. LESCH, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), Colección de Estudios, Universidad Externado de Colombia, 1.^a parte: *Fundamentos de una teoría de la intervención delictiva en sentido normativista* (no publicado en alemán), *passim*.

res de salvamento, sino de si se extiende o no el ámbito de organización, si se es o no incumbente.

RESUMEN DE CONCLUSIONES

Resumiendo lo dicho, someto a discusión las siguientes tesis:

1. Como consecuencia del Estado de Derecho, cada ciudadano ostenta libertad de organizar. Consecuencia a su vez de esta libertad de organizar, es que de nuestra organización no se deriven daños para esferas jurídicas ajenas, y ello para no extralimitarnos en ese uso de la Libertad. Qué pertenece a nuestro ámbito de organización, dependerá de una teoría de la Sociedad, porque siempre que se organiza, se organiza en Sociedad; en otras palabras, es preciso saber cómo se articula la interacción social, para saber qué pertenece a nuestro ámbito de organización, y por tanto, cuándo nos puede ser imputado un ataque con consecuencias en una esfera jurídica ajena.

2. Toda interacción social se basa en expectativas, y en verdad, como forma de reducción para poder orientarse en un mundo complejo. Las expectativas posibilitan la vida en Sociedad, y esto, generalizándose temporal (normalmente a través de la pena), material (mediante su identificación con los roles) y socialmente (consenso). Así pues, lo que pertenece a nuestro ámbito de organización serán las expectativas ligadas a nuestros roles en el momento de hacer la imputación penal.

3. Resulta de lo anterior: los daños en esferas jurídicas ajenas son imputables cuando pertenezcan a nuestra organización, a saber, cuando supongan el quebrantamiento de un rol.

4. Consecuencia del Estado de Derecho es que tales expectativas vengan definidas negativamente: no dañar esferas jurídicas ajenas. Así, podemos hablar en sentido amplio de expectativas de omisión. La forma en que una «expectativa de omisión» puede ser defraudada, depende del *statu quo* de la organización; a saber, si el sujeto ha de actuar u omitir para no extralimitarse, para cumplir, en definitiva, lo esperado de su rol. Si no colma esta expectativa se puede hablar —para mantenernos todavía algo apegados a la terminología tradicional que diferencia delitos de comisión y de comisión por omisión— de formas de defraudación (de las expectativas) omisivas o comisivas; en cualquier caso, la expectativa defraudada es la misma, de tal suerte que lo único que varía de modo irrelevante es la forma de la defraudación (activa u omisiva). El Derecho, como sistema con su propio código, tematiza lo recibido del ambiente mediante el código en sus propias comunicaciones; que en el ambiente exista una acción o una omisión carece de importancia, pues lo fundamental es la tematización que de esto realiza el Derecho, en otras palabras, *el sistema jurídico interpreta comunicaciones con base en expectativas y no, acciones u omisiones*. Con ello también se solven-

ta otro —hasta ahora— malentendido: la forma de defraudación omisiva no tiene nada que ver con una solidaridad jurídicamente asegurada, sino simplemente es la consecuencia de la libertad de organizar. Así pues, consecuencia de un Estado liberal que como tal permite organizar, es que cuando el sujeto organice, no defraude, ya por omisión, ya por acción. Una distinción entre delitos de omisión y de comisión en el ámbito de los delitos de organización resulta pues innecesaria, porque la expectativa defraudada es la misma, variando tan sólo la forma de defraudación.

5. Efecto también de que toda interacción social se verifique mediante el establecimiento de expectativas, y de que la generalización material de éstas atienda a los roles, es que en los delitos de comisión también es necesaria una posición de garante como presupuesto de responsabilidad. Como ha señalado *Jakobs*, si por un lado se identifica tradicionalmente posición de garante con un deber de evitar el resultado, y en la comisión no se exige tal posición de garantía, no se explica entonces por qué se hace responsable a un autor (en los delitos de comisión) que no tenía deber alguno de evitar lo que hizo. Sólo el garante puede extender su ámbito de organización de forma no permitida. Sólo lo que se encuentra dentro de su rol incumbe al sujeto socialmente, y por tanto puede suponer una extralimitación a tener en cuenta jurídico-penalmente, y ello, independientemente de que el sujeto actúe u omita. Si no se es garante, no se organiza (normativamente), lo que quizás desde un punto de vista naturalista sí se «organizó».

6. Resulta de 4 y 5: En los delitos de organización en que la defraudación se produce mediante una omisión se admiten todas las formas de autoría y participación, y éstas se rigen bajo las mismas reglas que en la comisión.

7. En las formas de defraudación comisivas es absoluta doctrina mayoritaria (al menos en sus consecuencias) que las distintas formas de intervención en el delito se determinan según el modo en que el garante extiende su ámbito de organización de forma no permitida. Posteriores omisiones, siempre y cuando no supongan una nueva extensión del ámbito de organización, no modifican la forma de intervención así determinada, y ello a pesar de que el aporte del partícipe fundamenta una posición de garante —ingerencia—. Esto es así, porque cuando al garante mediante la extensión de su ámbito de organización le incumbe el delito, queda *siempre vinculado al mismo, pero siempre en virtud del aporte realizado*. El quantum de la intervención sólo puede variarse cuando los posteriores comportamientos (acciones u omisiones) constituyan una nueva extensión del ámbito de organización. A este resultado le hemos llamado principio de prohibición de sobrevaloración del aporte en la comisión. Si este principio no operase, esto es, si *qua* ingerencia el aporte del partícipe se sobrevalorase a autoría, apenas quedarían casos de participación, pues cuando el partícipe pudiese evitar el resultado, su omisión siempre conduciría a una responsabilidad como autor.

8. En las formas de defraudación omisivas también rige este principio de prohibición de sobrevaloración del aporte. Ello, en primer lugar, es lógica consecuencia de los resultados alcanzados: si este principio rige en la defraudación comisiva, también se aplica en la omisiva. Por otra parte, según se ha demostrado, lo relevante es la expectativa y no la forma de hecho en la que ésta se vea defraudada. Así, el *quantum* del aporte dependerá de la manera en la que se haya extendido el ámbito de organización, a saber, de la expectativa defraudada y no de la forma de la defraudación. El garante que defrauda por omisión una expectativa que tan sólo le vincula al delito como partícipe, permanece partícipe sin que su aporte se sobrevalore. Queda *siempre vinculado*, pero *siempre en virtud del aporte en que consista la extensión de su ámbito de organización*.

9. El fundamento de la ingerencia y del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte es el mismo: tanto cuando se extiende el ámbito de organización como con posterioridad, el sujeto queda siempre vinculado al suceso. La diferencia: en casos de ingerencia con autor único, no es necesario hablar de prohibición de sobrevaloración del aporte, pues un aporte de autoría no puede ser sobrevalorado; en supuestos de varios intervenientes, la prohibición de sobrevaloración del aporte supone una limitación al pensamiento de la ingerencia, *en su concepción tradicional*: el aporte no se sobrevalora, no todo ingerente es autor.

10. Por todo esto, cuando se facilita imprudentemente un hecho doloso ajeno, se determina la forma en que se interviene en ese delito doloso, según el garante extienda su ámbito de organización de forma no permitida, a saber, «la facilitación». Por tratarse de una facilitación se responderá como partícipe doloso en el hecho del tercero, si se aclara el error en que consistió la imprudencia (y dependiendo del *quantum* del aporte, como cómplice, cooperador necesario —en derecho español—, o coautor); esto nada tiene que ver con un dolo subsequens, puesto que cuando el interviniente aclara el error (dolo) está tan vinculado al delito, como cuando se produjo el acto de facilitación imprudente —igual que tradicionalmente se venía reconociendo en los casos de ingerencia—. Si dicho error no se aclara, se responderá consecuentemente como partícipe imprudente.

11. También en aplicación del principio de prohibición de sobrevaloración del aporte se puede afirmar, en ciertos casos, la existencia de una inducción en comisión por omisión. En efecto, si el aporte realizado consiste en una comunicación suficiente (con valor de inducción) pero imprudente, y más tarde el autor aclara el error en que consistió la imprudencia de la comunicación, responderá como inductor doloso en comisión por omisión. También aquí se ha demostrado que no nos hallamos ante supuestos de dolo subsequens.

CRÓNICAS EXTRANJERAS

Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena (*)

ELIO MORSELLI

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Perugia (Italia)

1. Conocemos todas aquellas múltiples respuestas que han sido dadas, por el curso de la historia, al dramático problema «¿por qué se pena?». Se ha hablado desde la antigüedad clásica de la pena como expiación del delito cometido, de la pena como catarsis o purificación, de la pena «medicinal», de la pena como instrumento de enmienda, de la pena como venganza, de la pena como vía para la reeducación del reo, y así sucesivamente, para terminar en nuestros días con la pena vista como medio y presupuesto para el tratamiento resocializante o directamente psicoterapéutico, del sujeto que haya delinquido. Todos conocen el célebre dilema de Seneca: «punitur ne peccetur» o bien «quia peccatum est»?. Se pena para prevenir la comisión de futuros delitos al mismo sujeto que ha delinquido (la así llamada prevención *especial*), o bien a los otros sujetos (prevención *general*) o mejor se pena para retribuir, con el mal del sufrimiento, el mal causado por el delincuente, o sea «quia peccatum est». Se nos ha pedido en resumidas cuentas si el acto punitivo es fin en sí mismo o bien responde a una finalidad. ¿La pena tiene función retributiva o bien preventiva?

En el período sucesivo a la segunda guerra mundial la opinión de la mayoría de la doctrina parecía haberse estabilizado en torno a una respuesta de tipo ecléctico. Se admitió, esto es, en la pena una naturaleza o característica constitutiva, de índole retributiva, pero, al mismo tiempo,

(*) Texto en lengua castellana de una conferencia pronunciada el 6 de mayo de 1993 en la *Escola paulista do Ministerio Público* de São Paulo del Brasil para la inauguración del Curso de derecho y procedimiento penal.

se superaba la estrecha visión se las así llamadas teorías absolutas (Kant, Hegel, etc.), atribuyendo a la pena una *función* independiente de su naturaleza intrínseca, vale decir una finalidad *preventiva*. La pena, se decía en suma, tiene naturaleza retributiva, pero función preventiva. Y, a este modo ecléctico se había tenido definitivamente resuelto el viejo problema del «por qué se pena».

Si no que, a partir de los años cincuenta esta condición dogmática ha venido profundamente cambiando.

El desarrollo de la psicología, de la sociología y más tarde de la criminología, ha hecho considerar al reo bajo una nueva luz. Estas nuevas ciencias han contribuido a reconocer en el reo algo más que un culpable, o sea, un sujeto en todo y en parte psíquicamente anormal, un asocial, un desviado, una víctima de las propias distorsiones intrásíquicas, o bien de las malas influencias ambientales, sufridas si se quiere en la infancia, si se quiere en la edad adulta. Son además proseguidas a los estudios de la antropología criminal, iniciada por Lombroso, vueltos a ver en el reo una personalidad, biológica o genéticamente determinada hacia el antisocial. Más que sobre el reproche y sobre la consiguiente condena se ha por eso terminado con poner el acento sobre la *comprensión* del fenómeno de la criminalidad. Todo esto hasta llegar al punto de meter en crisis los fundamentos últimos del derecho de penar y, por consiguiente, de la pena misma, propio porque como advierte un viejo dicho francés «tout comprendre c'est tout pardonner!»

La mayor parte de los sistemas legislativos de tipo occidental han tenido en tal modo la influencia de aquella que sucesivamente ha sido denominada como «la ideología del tratamiento». Si es verdad que el legislador no ha podido abdicar al derecho de punir, y por lo consiguiente a la pena como sanción para conminar o infringir al reo, es también verdad que ellos se han preocupado de varios modos para hacer que la ejecución de la pena no permanezca como fin en sí misma sino que viniese finalizada, y por tanto realizada a través de toda una serie de medidas y de procedimientos de tipo resocializante o, como también se suele decir, reformativo. El art. 27 inciso 2 de la Constitución Italiana, promulgada en los primeros años después de la segunda guerra mundial, recita expresamente así: «Las penas deben tender a la reeducación del condenado.» y esta resocialización y reeducación han también alcanzado en muchos casos la naturaleza de un tratamiento terapéutico, y, más precisamente psicoterapéutico. El que es tanto más digno de relevar en cuanto al tratamiento es dirigido no solo a los así llamados no imputables (inimputables), o sea a los enfermos o semi-enfermos de mente, pero también a los sujetos declarados, en sede de juicio, plenamente capaces de entender y querer, por lo consiguiente plenamente imputables.

Se debe decir que mucho fue hecho en tal dirección en los últimos 3 decenios, es decir, de 1950 a 1980. En Italia vino puesto en vigor un ordenamiento penitenciario, en el cual se tenían máximamente en cuenta tales directrices de política criminal. Surgieron también Institutos para

la observación y tratamiento del delincuente, como en primer lugar el de Roma-Rebibbia. Fueron efectuadas numerosas investigaciones científicas, y vino efectuada una serie de esmeradas y a menudo también autorizadas, publicaciones; una importante revista titulada «Quaderni di criminología clínica» se convirtió en el órgano científico de la Dirección general de los institutos de prevención y de pena del Ministerio de Gracia y Justicia. Análoga actividad se desarrolla en el exterior, sobre todo en los países Escandinavos (Dinamarca, Suecia, Noruega), en Alemania Federal, en Francia, en Gran Bretaña, en los Estados Unidos y otros.

Por años los resultados de estas investigaciones fueron notoriamente debatidos en toda una serie de congresos internacionales, sobre todo por obra de la Asociación Internacional de Criminología, de la Sociedad de Defensa Social y de la Fundación Penal Penitenciaria, además de la Organización de las Naciones Unidas.

Sino que ya en el curso de los años sesenta ha aparecido claro como el balance de todos estos intentos, fuese muy por debajo de las expectativas en esas respuestas. No obstante los esfuerzos hechos, el nivel de la delincuencia, lejos de regresar, iba en este intervalo aumentando. El mismo fenómeno de la reincidencia, también allá en donde mayor y más incisivos habían estado los intentos terapéuticos, no solo no se había logrado disminuir, sino francamente andaba aumentándose.

Temprano entonces se había pasado de la euforia a la desilusión. La ideología del tratamiento vino sin rodeos definida por muchas partes como una utopía, al punto que más de un autor (como en Italia Giuseppe Bettoli y en Dinamarca Alf Ross) andaban hablando del «mito del tratamiento». En contrario los sostenedores de la eficacia del tratamiento defendieron que la falta de éxito debió ser imputada al hecho que éste no había sido aplicado en el modo, y con la abundancia de medios que habían sido necesarios, y que, por lo tanto, lejos de decretar el fracaso, el legislador había debido ulteriormente incentivarlos.

Queda sin embargo el hecho que en el intervalo, y no solamente a causa de estos fracasos, el problema de las causas profundas de la criminalidad, y por consiguiente de la investigación de los medios y de los métodos para abatirla, ha ido revelándose mucho más complejo y de difícil solución de cuanto fue inicialmente previsto.

Ahora es absolutamente justo afirmar que ulteriores esfuerzos deben ser invertidos en tal dirección. Está de hecho sin embargo que buena parte del optimismo y del entusiasmo que durante tantos años ha sostenido esta perspectiva especial-preventiva ha ido en el intervalo perdiéndose. Esto es claramente reconocible también recorriendo la literatura jurídica y la criminológica de los países escandinavos aunque ella, más que ninguna otra, había estado decidida afirmante de aquella vuelta especial-preventiva, en vivaz oposición crítica a la tradicional concepción de la pena como sanción meramente afflictiva y retributiva.

Una cosa es cierta, toda esta vasta experiencia no ha sido inútil: está destinada a ser proseguida en el futuro con un conocimiento más madu-

ro, y sobre todo con unos mayores conocimientos científicos. Estos últimos, a nuestro parecer, deberán estar en mayor sintonía con las radicales investigaciones operadas sobre la psique humana por la psicología dinámica, o del profundo, y principalmente por el Psicoanálisis de Sigmund Freud. Esto por la amplísima razón que un correcto y eficaz tratamiento socio-terapéutico no es realizable sin adecuado conocimiento de la psicología humana.

2. Aparte del fracaso de los esfuerzos dirigidos hacia la prevención especial, la doctrina ha ido del mismo modo dándose cuenta como la ideología del tratamiento no está en cada caso en grado de suministrar ninguna cálida y coherente respuesta al interrogante del «por qué se pena». Como el nuestro, el gran Francesco Carrara había advertido ya en el siglo pasado, punir y curar, punir y reeducar, punir y enmendar son cosas entre ellas del tipo incompatibles y contradictorias, en cuanto punir quiere decir causar un mal, una aflicción, un «malum passionis», mientras curar, reeducar y enmendar quiere decir precisamente lo opuesto, es decir causar un bien grandísimo.

Así que, justa o no justa que sea la ideología del tratamiento en la dirección de una eficaz prevención especial, el problema de hallar el sentido, el valor y la función de la pena permanece en cada caso siempre abierto. Se puede curar o reeducar, *no obstante* la pena, y *durante* la ejecución de la pena, pero no se podrá jamás decir que la pena, *de por sí misma*, sirva, o *pueda servir* a curar o reeducar al condenado.

En modo más o menos consciente, la doctrina más moderna y penetrante ha pues terminado con comprender tan grave incongruencia de fondo. De modo que, en los últimos dos decenios en esa dirección se ha venido reproponiendo de nuevo tan antiguo problema.

Las soluciones que han venido asomando en el proscenio son diversas y, bajo muchos aspectos, se devuelven en opuesta dirección.

Allí ha estado antes de todo quien —sobre todo en los países escandinavos, en Alemania y en los Estados Unidos— ha considerado poder evaluar la antigua concepción retributiva.

Retomándose a una serie de grandes dogmáticos —entre otros Beling, Richard Schmidt, Hellmuth Mayer, etc.— e inspirándose sobre todo en la psicología dinámica o del profundo, se ha observado de muchas partes —como, por ejemplo, Streng— que la pena constituye una reacción de la sociedad correspondiente a profundas e inconscientes «necesidades emotivas». En otros términos, frente a la comisión de un delito, surge en la sociedad una profunda exigencia de retorción, dirigida a descargar sobre el reo las cargas agresivas que la frustración derivada de la alarma social ha suscitado.

Con esta teoría de las necesidades emotivas de punición latentes en el seno de la sociedad, la concepción retributiva encontraría pues una nueva evaluación. No se trataría, esto es, más de una *abstracta y mecánica* exigencia de compensación del *malum actionis* col *malum passionis*, así como los grandes pensadores, de Platón a Tomás de Aquino, de

Kant a Hegel, *parecerían* haber configurado la instancia retributiva. Se trataría más bien de un fenómeno que tiene raíces profundas en la naturaleza humana, y que, como tal, por cuanto puede parecer irracional, y poco apreciable desde el punto de vista ideal y también ético, tiene una profunda y necesaria justificación en la así llamada *Natur der Sache*, o sea en la naturaleza de las cosas.

Sino que, esta solución al problema del fundamento de la pena devuelta hacia el *revival*, o sea en el «revivir» de la retribución, y llamada «neo-retribución», no satisface a una parte considerable de la doctrina. En efecto, el reconocimiento de tales necesidades emotivas de punición no constituye para tales autores motivo suficiente para su aceptación, y mucho menos para su legitimación. Se sostiene al contrario que en contra de semejantes exigencias inconscientes la sociedad debería llegar a oponerse en cuanto que son iracionales y no respetuosas de la dignidad humana: el hombre —afirma— no puede ser instrumentalizado para satisfacer semejantes deterioradas exigencias. Y, en cada caso —se insiste y además— si la conciencia social os adhiere incondicionalmente, no por esto el legislador debería hacer otro tanto; sería contrario a su deber de controlarlos y reprimirlos al máximo posible, en nombre de superiores instancias ético-jurídicas.

Estos críticos son por otros bien conscientes que, si también se refuta como cruel y de humana la concepción retributiva asimismo iluminada por las modernas perspectivas psicológicas, de otra parte no es ni siquiera posible adherir, *sic et simpliciter*, a la tradicional explicación, general-preventiva del *puniter ne peccetur*, fundada sobre la fuerza *intimidatoria* de la sanción penal. Se reconoce en verdad siempre válida la objeción de Kant según la cual, si la razón de la pena viene reconocida en la intención de impedir, a través de la intimidación, que otros miembros de la sociedad caigan en el delito, se termina entonces con la *instrumentalización*, en función de esa intimidación, del sujeto sobre el cual recae la ejemplaridad del castigo. Francamente, como dice Hegel, la teoría de la prevención general por medio de la amenaza considera el hombre «como cuando se alza un bastón contra un perro», y, por eso, «la persona humana viene tratada, antes que con debido respeto, exactamente como se trata a un can». Del momento en que el hombre es fin en sí mismo, él no puede convertirse ni en objeto ni en medio o instrumento para la realización de otra finalidad, a él extraña. En esto está toda la gran enseñanza del imperativo categórico de Manuel Kant.

3. Es verdad pues que la doctrina —como se ha visto en precedencia— no puede refugiarse en la solución especial-preventiva representada por la ideología del tratamiento. Pero es igualmente verdad que si de un lado es refuta la concepción retributiva, no puede de otro lado, ni siquiera acoger la clásica concepción general-preventiva, entendida en el sentimiento de la intimidación.

Una cómoda vía de escape ha aparecido en este caso: la que recientemente fue invocada por aquéllos que han criticado la así llamada *nue-*

va concepción retributiva, o «neo-retributiva», a favor de una diversa, *nueva*, concepción de la prevención general.

En Alemania Roxin, Hassemer, Jakobs y otros, y, en Italia, Mario Romano, Pagliaro y otros han distinguido la prevención general *intimidadora* o *negativa*, de un diverso tipo de prevención general, llamada *positiva* o *integradora*.

Según esta perspectiva, la pena desarrolla función de prevención general no solamente cuando opera, negativamente, como amenaza coactiva, o sea, como intimidación, sino también cuando, por el simple hecho de ser irrogada, después de la primera fase de la así llamada conminación, va positivamente a reforzar, a consolidar en el sentimiento colectivo la confianza en la autoridad del Estado y en la eficacia del ordenamiento jurídico.

Igualmente a este propósito no ha faltado una profundización de semejante perspectiva a la luz de la psicología dinámica o del profundo. Eso ha sido sobre todo mérito de Haffke, con su importante libro titulado «*Tiefenpsychologie und Generalprävention*» aparecido en 1976.

Se ha en suma «descubierto» que la pena más allá de los efectos *negativos-defensivos* de la aflicción y de la intimidación, tiene otros efectos general-preventivos *positivos-constructivos*, en cuanto absuelve a la función de sostener y consolidar el orden infringido por el delito y, más precisamente, la conciencia social, mediante la satisfacción o «reintegración» del sentimiento común de justicia, con la consecuencia de reforzar en los ciudadanos un durable comportamiento de fidelidad hacia la ley. En síntesis, la función general-preventiva de la pena consistiría esencialmente en el mantenimiento del sentido de justicia y, en tal modo del comportamiento de fidelidad a la ley por parte de la sociedad. Según esta concepción, no ocurriría por tanto replegar en la «nueva concepción retributiva» para dar una justificación a la pena.

4. Ahora bien, se debe reconocer que en todo esto hay mucho exacto. Es verídico que la pena —vista según la psicología de la sociedad, antes que según aquélla del delincuente— absuelve a la gran función de asegurar el profundo equilibrio intra-psíquico entre las fuerzas instintivas, esto es de satisfacer la suprema exigencia de la defensa del orden interior, aún antes de aquel exterior y en tal modo de impedir que la falta de control de estas fuerzas instintivas derive el caos en la vida psíquica, sea ésa individual y colectiva. Y es en el fondo verdadero que estas exigencias supremas de la defensa del orden interior vengan satisfechas por la pena, exactamente a través del mantenimiento de la consolidación de una serie de sentimientos fundamentales, como aquellos de la conciencia ética, de la justicia, de la fidelidad a la ley, de la autoridad del Estado y de la seguridad del orden jurídico.

Por consiguiente, todo esto es exacto. *Pero el error de los sostenedores de la así llamada prevención general integradora, o positiva, consiste en atribuir todo esto a la función general-preventiva de la pena;*

mientras a nuestro juicio se trata simplemente de los efectos típicos de la función retributiva, clásicamente entendida.

En último análisis, el error de los críticos de la concepción retributiva de la pena consiste en reservar a ésta una dimensión distorsionada y estrechamente reducida.

En efecto, *también el concepto de retribución tiene una doble dimensión: una negativa y una positiva*. Retribución no es sinónimo de sádico *escape* de instintos agresivos, *sic et simpliciter* y no es ni siquiera, necesariamente, sinónimo de *retorción*, o venganza como fin en sí misma. No es ni siquiera una respuesta a una exigencia meramente *abstracta* o *mecanicista* de compensación o nivelamiento de un *malum actionis*, con un *malum pasionis*. Esa interpretación del pensamiento clásico es, repetimos, profundamente distorsionada y reductiva y absolutamente no respeta la idea inspiradora que está en la mente y el corazón de aquellos grandes escritores, notoriamente «retribucionistas», como fueron Platón, Dante Alighieri, Tomás de Aquino, Leibniz, Kant, Vico, Hegel, etc., limitándonos a los pensadores no juristas.

Se yerra totalmente si se piensa que todos estos grandes intelectuales, así determinantes para la historia de la civilización, concibieron la pena simplemente como *pública venganza* y por eso se limitaron a entenderla, en sustancia, como mero *escape* de necesidades o exigencias emotivas intra-psíquicas de punición en el seno de la sociedad. Si bien se miran sus obras, se verá más bien que fueron propiamente ellos a concebir la pena en función de la realización, y por lo consiguiente de la consolidación y del reforzamiento de los sentimientos profundos de *justicia* y, a través de esto de los sentimientos de fidelidad a la ley y al orden constituido. En breve, todos estos grandes pensadores concibieron la pena en función de la justicia, y no simplemente de la venganza. Si es verdad que el sentimiento de justicia tiene sus raíces en el deseo de venganza, es también verdad que al mismo tiempo ese lo supera y lo sublima, en el cuadro de las más profundas instancias éticas del ser humano.

Todo esto significa que no es de «prevención general integradora» que se debe propiamente hablar sino de *retribución integradora*, o mejor, de la restitución de aquel significado positivo y constructivo que ha estado siempre propiamente en la idea retributiva clásica. La prevención general no es otra cosa que *prevención de futuros delitos*; pero, a su vez, esta prevención no es otra cosa que un «efecto inducido» por la retribución: efecto negativo de intimidación y efecto positivo de consolidación de sentimiento colectivo de justicia.

5. Hecha esta importante rectificación, y de este modo reintegrada en su significado más profundo la concepción retributiva clásica, es necesario en este punto examinar si esa concepción clásica, vista a la luz de la moderna psicología dinámica o del profundo, pueda encontrar una aún más correcta y persuasiva justificación *criminológica*.

A tal fin se toma como punto de partida la concepción hegeliana de la así llamada *retribución jurídica*. Hegel dice que la pena es «la nega-

ción de la negación» representada por el delito, y, por eso, precisa que «Die Strafe ist das Aufheben des Verbrechens, das sonst gelten würde, und ist die Wiederstellung des Rechts», vale decir que «la pena es la remoción del delito y, en tal modo la reconstitución del derecho».

Ahora bien, por cierto, ¿qué significa este misterioso discurso?

Nos parece que revisándolo a la luz de la actual visión científica, puede así ser ulteriormente traducido en términos modernos de la psicología dinámica, o del profundo. «la pena sirve a la *remoción* del campo a la conciencia, de la turbación, o sea, de la alarma social, provocada por el hecho criminoso, con la siguiente *reconstitución* del equilibrio intra-psíquico sea individual o social, o sea, del orden colectivo y, por consiguiente del ordenamiento jurídico constituido».

En tal modo es el propio Hegel, al cual se debe la máxima expresión filosófica de la concepción retributiva (la así llamada retribución jurídica), a ofrecernos la clave para la solución «moderna» del problema del fundamento de la pena.

El mecanismo por el cual la sociedad infinge un sufrimiento, o sea un *malum passionis* a quien haya cometido un *malum actionis*, no es pues fin en sí mismo, y no es ni siquiera vuelto simplemente a la satisfacción de las necesidades emotivas de punición, o sea de las necesidades sociales de venganza, pero absuelve a una función mucho más profunda y constructiva en seno de la psique humana. Para nosotros, en Italia, y creo también para otros países, allí está todavía, aún cuando en vía de debilitación, la costumbre según la cual a media noche de San Silvestre, o sea a la media noche de final de año, la gente bota fuera por la ventana los objetos que retienen inservibles, como vasos, vajillas y otros. Y bien ¿qué función intra-psíquica tienen esta usanza? Simplemente de remover en modo definitivo del campo de la conciencia, y por eso de la propia memoria, todos los episodios «malos» y sus consecuencias negativas, que han perturbado el equilibrio intra-psíquico durante el curso del año viejo que está por terminar, se dice en efecto: «año nuevo, vida nueva»!

Ahora la pena opera al interior como un mecanismo de saneamiento y equilibrador que es sustancialmente lo mismo. El delito ha turbado con su alarma social el equilibrio ínsito en la conciencia colectiva. Es aquí entonces que interviene la pena para construir este equilibrio, *neutralizando* los efectos del delito, y por esto el peligro del desequilibrio intra-psíquico y de la consiguiente ruptura del orden interior.

Esa neutralización de conflictos intra-psíquicos no es otro que uno de los fundamentales mecanismos de control y defensa del Yo, *dirigidos a finalidades sanas y vitales*, al punto que sin ese la vida del hombre sería imposible: exactamente el mecanismo de la psicología dinámica suele llamar con el nombre de *remoción* (en alemán: «Verdrängung»). Puniendo al delincuente, el delito viene por así decirlo eliminado de la conciencia, y por consiguiente del recuerdo colectivo.

6. Las conclusiones a las cuales llegamos son, entonces, en síntesis las siguientes:

Es erróneo considerar la consolidación y el refuerzo de los sentimientos de justicia, de la fidelidad a la ley y de la conciencia jurídica colectiva como objetivos últimos de la pena en el ámbito de la concepción de la prevención general.

Estos son mejor para considerar como «efectos inducidos», o sea indirectos, de la función *retributiva* de la pena. Bien entendido, esta función va vista en la satisfacción de las necesidades emotivas de la pena; una satisfacción que no es fin en sí mismo, si bien dirigida al absolvimiento de un mecanismo más profundo de defensa del Yo del individuo y de la sociedad, y más exactamente a la exigencia de neutralizar, o sea de *remover* los efectos de la turbación del equilibrio intra-psíquico colectivo, o sea de la alarma social, ocasionado por el hecho criminal en la conciencia colectiva.

Y es propio a través de ese mecanismo de neutralización o remoción de la alarma social, activado con la punición del reo, que consigue dichos efectos de consolidación y refuerzo de los sentimientos de justicia de fidelidad a la ley y de la conciencia jurídica colectiva.

Integradora, o mejor reintegradora, de los valores fundamentales de la vida colectiva es la pena solo cuanto sea entendida en función *retributiva*, o sea como adecuada al mal inferido por el reo a la sociedad. Si se termina con perder de vista este necesario significado ontológico de adecuación de un *malum actionis*, por ver en la pena únicamente un *instrumento de política criminal*, entonces no sería posible conseguir la suodicha neutralización de la alarma social, ni por tanto la reconstitución del equilibrio intra-psíquico individual y colectivo. De consecuencia ni el sentimiento de justicia ni la conciencia jurídica social encontrarán la necesaria satisfacción y consolidación.

En la más reciente doctrina penal alemana e italiana se va abriendo paso la tendencia a abandonar los tradicionales esquemas dogmáticos, basados en el fundamental principio de la culpabilidad, o sea de responsabilidad ético-jurídica. Tanto la teoría del delito como aquella de la pena vienen ahora reconstruidas por autores como Roxin y Jacobs, según significados del todo pragmáticos, orientados únicamente hacia preocupaciones y soluciones de *política criminal*. La justificación de la pena en el cuadro de la así llamada prevención general integradora —que ya habíamos examinado y criticado— es precisamente, uno de los tantos frutos —el más visible, pero también el más capcioso— de tal nueva concepción de la dogmática penal. A través de la demostración de su inconsistencia y de su esterilidad *escasamente sobre el plano de los efectos prácticos*, nosotros creemos haber dado una contribución central en la defensa de perspectiva de la dogmática tradicional.

Debería ser para todos claro que si se le niega a la pena su naturaleza retributiva, entonces, necesariamente se viene también a negar que la base de la responsabilidad penal está en la culpabilidad.

Si después se le atribuye al concepto de culpabilidad un significado distinto a aquél tradicional, que es propiamente aquél de «reprochabili-

dad por haber actuado diversamente de como se debía actuar», entonces no se comprende a que cosa venga a ser conmesurada la necesaria proporcionalidad de la pena; o sea que no se alcanza a ver cuál sea la pena justa, capaz, esto es, de compensar el mal que se ha metido, y *de este modo se termina por no comprender qué esa sea la pena misma*.

Si finalmente se renuncia también a basar la pena sobre la culpabilidad, entonces no se alcanza a percibir cuál sea su fundamento mismo del concepto de delito, desde el momento que el hecho cometido por el sujeto no culpable, en cuanto no sea susceptible de juicio de culpabilidad, podía en fin de cuentas ser considerado como un puro ilícito *administrativo*.

A estas inaceptables consecuencias se llega pues si se intenta concebir la dogmática penal sobre bases no ontológicas, pero sólo de política criminal, refutando la idea de retribución por basar la pena exclusivamente sobre finalidades de prevención general.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

M.^a DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

SUMARIO: Instrumento de Ratificación del Tratado de Extradición y de Asistencia Judicial en Materia Penal entre el Reino de España y la República de Chile.— Resolución de 17 de enero de 1995, de la Dirección General de Seguros, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, incapacidad permanente e incapacidad temporal que resultan de aplicar durante el año 1995 el sistema de valoración de daños personales en el Seguro de Responsabilidad Civil ocasionada por medio de vehículos de motor publicado por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991.— Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República de Corea, hecho en Seúl el 17 de enero de 1994.— Tratado de asistencia mutua en materia penal entre el Reino de España y Canadá, hecho en Madrid el 4 de julio de 1994.— Real Decreto 266/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria.— Ley 10/1995, de 24 de abril, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y se crea la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción.

Instrumento de Ratificación del Tratado de Extradición y de Asistencia Judicial en Materia Penal entre el Reino de España y la República de Chile, firmado en Santiago el 14 de abril de 1992 (BOE de 10 de enero de 1995).

Por cuanto el día 14 de abril de 1992, el Plenipotenciario de España, firmó en Santiago de Chile, juntamente con el Plenipotenciario de la República de Chile, nombrados ambos en buena y debida forma al efecto, el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre el Reino de España y la República de Chile,

Vistos y examinados los cuarenta y cuatro artículos del Tratado,

Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución.

Vengo en aprobar y ratificar cuanto en Él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza mando expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

**TRATADO DE EXTRADICION Y ASISTENCIA JUDICIAL EN
MATERIA PENAL ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA
REPUBLICA DE CHILE**

El Reino de España y la República de Chile,

Conscientes de los profundos vínculos históricos que unen a ambas Naciones y deseando traducirlos en instrumentos jurídicos de cooperación en todas las áreas de interés común y entre ellas las de cooperación judicial,

Teniendo en cuenta el Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República de Chile firmado en Santiago, Chile, el 19 de octubre de 1990.

Han resuelto concluir un Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal, en los siguientes términos:

TITULO I

Extradición

Artículo 1. *Obligación de conceder la extradición.*

Las Partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente, según las reglas y condiciones establecidas en los artículos siguientes, las personas contra las cuales se haya iniciado un procedimiento penal o fueren buscadas para la ejecución de una pena que consista en privación de libertad.

Artículo 2. *Hechos que dan lugar a extradición.*

1. Darán lugar a extradición los hechos sancionados, según las leyes de ambas Partes, con una pena privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a un año.

2. Si la extradición se solicitare para la ejecución de una sentencia, se requerirá además que la parte de la pena que aún falta por cumplir no sea inferior a seis meses.

3. Cuando la solicitud se refiera a varios hechos y no concurriesen en algunos de ellos los requisitos de los párrafos 1 y 2, en lo relativo a la duración de la pena, la Parte requerida podrá conceder también la extradición por estos últimos.

Artículo 3. *Convenios multilaterales.*

Darán lugar a extradición, también conforme al presente Tratado, los delitos incluidos en convenios multilaterales en los que ambos países sean Parte.

Artículo 4. *Delitos fiscales.*

En materia de tasas e impuestos, de aduanas y de cambio, la extradición no podrá denegarse por el motivo de que la legislación de la Parte requerida no imponga el mismo

tipo de impuestos o de tasas o no contenga el mismo tipo de reglamentación en estas materias que la legislación de la Parte requirente, si los hechos reúnen los requisitos del artículo 2.

Artículo 5. *Delitos políticos.*

1. No se concederá la extradición por delitos considerados como políticos o conexos con delitos de esta naturaleza. La mera alegación de un fin o motivo político en la comisión de un delito no lo calificará por sí como un delito de este carácter.

A los efectos de este Tratado, en ningún caso se considerarán delitos políticos:

- a) El atentado contra la vida, la integridad física o la libertad de un Jefe de Estado o de Gobierno, o de un miembro de su familia.
- b) Los actos de terrorismo.
- c) Los crímenes de guerra y los que se cometan contra la paz y la seguridad de la humanidad, de conformidad con el derecho internacional.

2. Tampoco se concederá la extradición si la Parte requerida tuviere fundados motivos para suponer que la solicitud de extradición fue presentada con la finalidad de perseguir o castigar a la persona reclamada en razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o bien que la situación de aquélla pueda ser agravada por esos motivos.

Artículo 6. *Delitos militares.*

La extradición por delitos estrictamente militares queda excluida del campo de aplicación del presente Tratado.

Artículo 7. *Extradición de nacionales.*

1. Cuanto el reclamado fuere nacional de la Parte requerida, ésta podrá rehusar la concesión de la extradición de acuerdo a su propia ley. La calidad de nacional se apreciará en el momento de la decisión sobre la extradición y siempre que no hubiera sido adquirida con el fraude o propósito de impedir aquélla.

2. Si la Parte requerida deniega la extradición por el motivo expresado en el apartado 1 deberá, a instancia de la Parte requirente, someter el asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente contra aquél. A tal efecto, los documentos, informaciones y objetos relativos al delito podrán ser remitidos gratuitamente por la vía prevista en el artículo 15.

Se informará a la Parte requirente del resultado que hubiere obtenido su solicitud.

Artículo 8. *Extradición y asilo.*

Nada de lo dispuesto en el presente Tratado podrá ser interpretado como limitación del asilo cuando éste proceda. En consecuencia, la Parte requerida también podrá rehusar la concesión de la extradición de un asilado de acuerdo a su propia ley.

En caso de no accederse a la extradición, por este motivo, será de aplicación lo previsto en el párrafo 2 del artículo anterior.

Artículo 9. *Causas de denegación obligatoria.*

No se concederá la extradición:

- a) Cuando de conformidad a la ley de la Parte requirente ésta no tuviere competencia para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición.
- b) Cuando la persona reclamada hubiera sido condenada o debiera ser juzgada por un tribunal de excepción o «ad hoc» en la Parte requirente.
- c) Cuando de acuerdo a la ley de alguna de las Partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición.
- d) Cuando la persona reclamada hubiese sido juzgada en la Parte requerida o en un tercer Estado por el hecho que motiva la solicitud de extradición.

Artículo 10. *Penas de muerte y penas privativas de libertad a perpetuidad.*

Cuando los hechos que originen una solicitud de extradición estuviesen castigados con la pena de muerte o con una pena privativa de libertad a perpetuidad, ella será concedida, sólo si la Parte requirente diese seguridades suficientes de que la persona reclamada no será ejecutada y de que la pena máxima a cumplir será la inmediatamente inferior a la privativa de libertad a perpetuidad.

Artículo 11. *Causas de denegación facultativa.*

La extradición podrá ser denegada:

- a) Cuando fueren competentes los tribunales de la Parte requerida, conforme a su propia ley, para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición. Podrá, no obstante, accederse a la extradición si la Parte requerida hubiese decidido o decidiese no iniciar proceso o poner fin al que se estuviese tramitando.
- b) Cuando el delito se hubiere cometido fuera del territorio de la Parte requirente y la ley de la Parte requerida no autorizase la persecución de un delito de la misma especie cometido fuera de su territorio.
- c) Cuando la persona reclamada fuere menor de dieciocho años en el momento de presentarse la solicitud de extradición, tuviere domicilio o residencia en la Parte requerida y ésta considerare que la extradición puede perjudicar su inserción social, sin perjuicio de que se adopten las medidas más apropiadas que prevea la ley de la Parte requerida.

Artículo 12. *Sentencias en rebeldía.*

Si el reclamado hubiese sido condenado en rebeldía, no se concederá la extradición si la Parte requirente no da seguridades de que en el proceso en que fue condenado se respetaron los derechos mínimos de la defensa generalmente reconocidos a cualquier persona acusada de un delito.

Artículo 13. *Principio de especialidad.*

1. Para que la persona entregada pueda ser juzgada, condenada o sometida a cualquier restricción de su libertad personal por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición, la Parte requirente deberá solicitar la correspondiente autorización a la Parte requerida. Esta podrá exigir a la Parte requirente la presentación de los documentos previstos en el artículo 15.

La autorización podrá concederse aún cuando no se cumpliera con las condiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 2, en lo referente al límite de la pena.

2. No será necesaria esta autorización cuando la persona entregada diere su expreso consentimiento o, habiendo tenido la posibilidad de abandonar voluntariamente el

territorio del Estado al cual fue entregada, permaneciere en él más de treinta días o regresara a él después de abandonarlo.

Artículo 14. Variación de la calificación.

Cuando la calificación del hecho imputado se modifique durante el procedimiento, la persona entregada no será sometida a proceso o condenada sino en la medida en que los elementos constitutivos del delito que corresponda a la nueva calificación hubieran permitido la extradición.

Artículo 15. Procedimiento.

1. La solicitud de extradición se formulará por escrito y será transmitida por la vía diplomática. Sin embargo, cualquiera de las Partes podrá comunicar a la otra la designación de una autoridad central competente para recibir y transmitir solicitudes de extradición.

2. A la solicitud de extradición deberá acompañarse:

a) Copia o transcripción de la sentencia condenatoria o del auto de procesamiento, prisión o resolución análoga según la legislación de la Parte requirente, con relación sumaria de los hechos, lugar y fecha en que ocurrieron y, en caso de sentencia condenatoria, certificación de que la misma no se ha cumplido totalmente, indicándose el tiempo que faltare por cumplir.

b) Cuantos datos sean conocidos sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, si fuere posible, su fotografía y huellas dactilares.

c) Copia o transcripción de los textos legales que tipifican y sancionan el delito con expresión de la pena aplicable, los que establecen la competencia de la Parte requirente para conocer del mismo, así como también los referentes a la prescripción de la acción y de la pena.

d) Las seguridades sobre la aplicación de las penas a que se refiere el artículo 10, cuando fuere necesario.

Artículo 16. Información complementaria.

1. Si los datos o documentos enviados con la solicitud de extradición fueren insuficientes o defectuosos, la Parte requerida lo comunicará lo más pronto posible a la Parte requirente, la que deberá subsanar las omisiones o deficiencias que se hubieran observado dentro del plazo que fije la Parte requerida.

2. Si por circunstancias especiales la Parte requirente no pudiere cumplir dentro de ese plazo, podrá solicitar a la Parte requerida que éste sea prorrogado.

Artículo 17. Extradición simplificada.

La Parte requerida podrá conceder la extradición sin cumplir con las formalidades que establece este Tratado, si la persona reclamada, con asistencia letrada, prestare su expresa conformidad después de haber sido informada acerca de sus derechos a un procedimiento de extradición y de la protección que éste le brinda.

Artículo 18. Resolución sobre la extradición.

1. La Parte requerida comunicará a la Parte requirente, por la vía del artículo 15, su decisión respecto de la extradición.

2. Toda negativa, total o parcial, será motivada.
3. Si se concede la extradición, las Partes se pondrán de acuerdo para llevar a efecto la entrega del reclamado, que deberá producirse dentro de un plazo de cuarenta y cinco días, contados desde la comunicación a que se refiere el párrafo 1 de este artículo.
4. Si la persona reclamada no fuere recibida dentro de dicho plazo, será puesta en libertad y la Parte requeriente no podrá reiterar la solicitud por el mismo hecho.
5. Al mismo tiempo de la entrega del reclamado, también se entregarán a la Parte requeriente los documentos, dinero y efectos que deban ser puestos igualmente a su disposición.

Artículo 19. Entrega aplazada o condicional.

1. Si la persona reclamada se encontrare sometida a procedimiento o condena penales en la Parte requerida, la entrega podrá aplazarse hasta que deje extinguidas esas responsabilidades en dicha Parte, o efectuarse temporal o definitivamente en las condiciones que se fijen de acuerdo con la Parte requeriente.
2. Cuando el traslado pusiere seriamente en peligro la vida o la salud de la persona reclamada, la entrega podrá ser postergada hasta que desaparezca tal circunstancia.
3. También se podrá aplazar la entrega del reclamado cuando circunstancias excepcionales de carácter personal y suficientemente serias la hicieren incompatible con razones humanitarias.

Artículo 20. Subsanación de defectos formales.

Negada la extradición por razones que no sean meros defectos formales, la Parte requeriente no podrá efectuar a la Parte requerida una nueva solicitud de extradición por el mismo hecho.

Artículo 21. Extradición en tránsito.

1. La extradición en tránsito por el territorio de una de las Partes se otorgará previa presentación por la vía del artículo 15 de una solicitud, acompañada de una copia de la comunicación mediante la cual se informa de su concesión, juntamente con una copia de la solicitud original de extradición, siempre que no se opongan motivos de orden público. Las Partes podrán rehusar el tránsito de sus nacionales.

Corresponderá a las autoridades del Estado de tránsito la custodia del reclamado.

La Parte requeriente reembolsará al Estado de tránsito los gastos que éste realice con tal motivo.

2. No será necesario solicitar la extradición en tránsito cuando se utilicen medios de transporte aéreo que no tengan previsto algún aterrizaje en el territorio del Estado de tránsito.

Artículo 22. Reextradición a un tercer Estado.

La reextradición a un tercer Estado no será otorgada sin el consentimiento de la Parte que hubiere concedido la extradición, salvo en el caso previsto en el párrafo 2 del artículo 13.

A tal efecto deberá efectuarse una nueva solicitud de extradición con todos los requisitos establecidos en este Tratado.

Artículo 23. *Concurso de solicitudes de extradición.*

1. Si la extradición de una misma persona hubiera sido solicitada por varios Estados, la Parte requerida determinará a cuál de esos Estados entregará el reclamado y notificará su decisión a la Parte requirente.

2. Cuando las solicitudes se refieren al mismo delito la Parte requerida deberá dar preferencia a la solicitud del Estado en cuyo territorio se cometió el delito, salvo que existan circunstancias particulares que recomiendan otra cosa.

Las circunstancias particulares que podrán tenerse en cuenta incluyen la nacionalidad, el domicilio habitual de la persona reclamada, la existencia o no de un tratado, las fechas de las respectivas solicitudes y la posibilidad de una ulterior extradición a otro Estado.

3. Cuando las solicitudes se efectúen por distintos delitos, la Parte requerida dará preferencia a la que se refiera al delito considerado más grave conforme a sus leyes, salvo que las circunstancias particulares del caso recomiendan otra cosa.

Artículo 24. *Detención preventiva.*

1. En caso de urgencia, las autoridades competentes de la Parte requirente podrán solicitar la detención preventiva de la persona reclamada.

2. La solicitud de detención preventiva indicará la existencia de alguna de las resoluciones previstas en el párrafo 2 del artículo 15 y hará constar la intención de cursar seguidamente una solicitud de extradición. Mencionará, asimismo, el delito por el cual se solicitará, el tiempo y lugar de la comisión de aquél y, en la medida de lo posible la filiación de la persona reclamada.

3. La solicitud de detención preventiva se remitirá en forma postal, telegráfica o cualquier otra que deje constancia escrita, por la vía del artículo 15 o por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal.

4. La Parte requerida informará a la Parte requirente de las resoluciones adoptadas y especialmente y con carácter urgente, de la detención y del plazo dentro del que deberá presentarse la solicitud de extradición, el cual no podrá ser inferior a cuarenta ni superior a ochenta días.

5. La autoridad competente de la Parte requerida podrá acordar la libertad del detenido adoptando las medidas pertinentes para evitar la fuga. En todo caso se decretará la libertad, si en el plazo de cuarenta días desde la detención, no se hubiese recibido la solicitud de extradición.

6. Si la persona reclamada fuera puesta en libertad por cumplimiento del plazo previsto en el párrafo anterior, la Parte requirente no podrá solicitar nuevamente la detención de la persona reclamada sin presentar la solicitud formal de extradición.

7. Cuando el procedimiento de extradición se iniciase mediante la solicitud prevista en el artículo 15, sin previa petición urgente de detención, ésta se llevará a efecto, así como su modificación, de conformidad con la ley de la Parte requerida.

Artículo 25. *Entrega de objetos.*

1. A petición de la Parte requirente la Parte requerida asegurará y entregará, en la medida en que lo permitiese su legislación, los documentos, bienes y otros objetos:

a) Que pudiesen servir de piezas de convicción, o

b) Que, procediendo del delito, hubiesen sido encontrados en el momento de la detención en poder de la persona reclamada o fueren descubiertos con posterioridad.

2. La entrega de esos documentos, dinero u objetos se efectuará incluso en el caso de que la extradición ya concedida no pudiese tener lugar a consecuencia de la muerte o evasión de la persona reclamada.

3. La Parte requerida podrá conservarlos temporalmente o entregarlos bajo condición de su restitución, si ellos fueren necesarios para la sustanciación de un proceso penal en trámite.

4. En todo caso quedarán a salvo los derechos que la Parte requerida o terceros hubieran adquirido sobre los citados objetos. Si existieren tales derechos, los objetos serán restituidos lo antes posible y sin gastos a la Parte requerida.

Artículo 26. *Gastos.*

Los gastos ocasionados por la extradición en el territorio de la Parte requerida serán a cargo de ésta, salvo los gastos de transporte internacional de la persona reclamada, que serán a cargo de la Parte requerente.

Artículo 27. *Intervención en el Estado requerido.*

La Parte requerente podrá designar un representante debidamente autorizado para intervenir ante la autoridad judicial en el procedimiento de extradición. Dicho representante será citado en forma, para ser oído antes de la resolución judicial sobre la extradición.

TITULO II

Asistencia judicial en materia penal

Artículo 28. *Obligación de prestar asistencia.*

1. Las Partes se obligan a prestarse asistencia mutua, según las disposiciones de este Tratado, en la realización de investigaciones y diligencias relacionadas con cualquier procedimiento penal incoado por hechos cuyo conocimiento competa a la Parte requerente en el momento en que la asistencia sea solicitada.

2. La asistencia podrá prestarse en interés de la justicia aunque el hecho no sea punible según las leyes de la Parte requerida. No obstante, para la ejecución de medidas de aseguramiento de objetos o registros domiciliarios, será necesario que el hecho por el que se solicita la asistencia sea también considerado como delito por la legislación de la Parte requerida.

Artículo 29. *Causas de denegación de la asistencia.*

La asistencia judicial podrá ser rehusada:

a) Si la solicitud se refiere a delitos políticos o conexos con delitos de este tipo, a juicio de la Parte requerida. A estos efectos será de aplicación lo prescrito en el párrafo 1 del artículo 6.

b) Si la solicitud se refiere a delitos estrictamente militares.

c) Si la Parte requerida estima que el cumplimiento de la solicitud atenta manifiestamente contra su orden público.

Artículo 30. *Formas de la solicitud.*

1. La solicitud de asistencia revestirá la forma de exhorto o comisión rogatoria.

2. El cumplimiento de una solicitud de asistencia se llevará a cabo conforme a la legislación de la Parte requerida y se limitará a las diligencias expresamente solicitadas.

3. Cuando una solicitud de asistencia no pudiese ser cumplida, la Parte requerida la devolverá con explicación de la causa.

Artículo 31. *Información a la Parte requirente.*

Si la Parte requirente lo solicita expresamente será informada de la fecha y lugar de cumplimiento del exhorto o comisión rogatoria.

Artículo 32. *Clases de solicitudes.*

La Parte requerida cumplimentará las solicitudes relativas a un procedimiento penal emanadas de las autoridades judiciales o del Ministerio Público de la Parte requirente y que tengan por objeto actos de instrucción o actos de comunicación.

Artículo 33. *Formas y procedencia de la remisión o entrega.*

1. Si la solicitud tiene por objeto la remisión de expedientes, elementos de prueba y, en general, cualquier clase de documentos, la Parte requerida entregará solamente copias o fotocopias autenticadas, quedando a discreción de la Parte requerida el envío de los originales a solicitud expresa de la Parte requirente.

2. La Parte requerida podrá negarse al envío de objetos, expedientes o documentos originales que le hayan sido solicitados si su legislación no lo permitiera.

3. Los objetos o documentos que hayan sido enviados en cumplimiento de una solicitud serán devueltos lo antes posible, a menos que la Parte requerida renuncie a ello.

Artículo 34. *Acreditamiento del cumplimiento de la solicitud.*

1. La Parte requerida entregará al destinatario los objetos o documentos relativos a actos procesales que se le envíen con dicho fin por la Parte requirente.

2. La entrega será realizada en alguna de las formas previstas por la legislación de la Parte requerida y se acreditará mediante recibo fechado y firmado por el destinatario o mediante certificación de la autoridad competente que acredite la diligencia. Uno u otro de estos documentos será enviado a la Parte requirente y si la entrega no ha podido realizarse se harán constar las causas.

3. Si la solicitud tuviere por objeto la notificación de una resolución judicial, ésta se efectuará en la forma que prevea la legislación procesal de la Parte requerida.

Artículo 35. *Citación y comparecencia en la Parte requirente.*

1. Cuando las autoridades judiciales o del Ministerio Público de una de las Partes estimaren especialmente necesaria la comparecencia personal en su territorio de un inculpado, testigo o perito, lo harán constar expresamente en la resolución que disponga la citación.

2. La solicitud que tenga por objeto la citación de un inculpado, testigo o perito, ante las autoridades de la Parte requirente podrá no ser diligenciada si es recibida dentro de los cuarenta y cinco días anteriores a la fecha señalada para la comparecencia. La Parte requirente deberá tener en cuenta este plazo al formular la solicitud.

3. La Parte requerida procederá a la citación según la solicitud formulada, pero sin que puedan surtir efecto las cláusulas cominatorias o sanciones previstas para el caso de incomparecencia.

4. La solicitud deberá mencionar el importe de los viáticos, dietas e indemnizaciones que pueda percibir la persona citada con motivo de su traslado.

Artículo 36. Inmunidades.

1. El testigo o perito, cualquiera que sea su nacionalidad, que como consecuencia de una citación comparezca ante las autoridades judiciales o del Ministerio Público de la Parte requirente, no podrá ser perseguido o detenido o sometido a cualquier otra restricción de su libertad personal en esta Parte, por hechos o condenas anteriores a su salida del territorio de la Parte requerida. Tampoco lo podrá ser el inculpado salvo, por los hechos que constasen en la citación.

2. La inmunidad prevista en el precedente párrafo cesará cuando el inculpado, testigo o perito permaneciere voluntariamente más de treinta días en el territorio de la Parte requirente, después del momento en que su presencia ya no fuere exigida por las autoridades judiciales o del Ministerio Público de dicha Parte.

Artículo 37. Comparecencia en la Parte requerida.

Si la solicitud tuviere por objeto la declaración en la Parte requerida de un inculpado, testigo o perito ésta procederá a su citación bajo las sanciones cominatorias que disponga su propia legislación.

Artículo 38. Citación y comparecencia de detenidos o presos en la Parte requirente.

1. Si la citación para declarar ante las autoridades de la Parte requirente se refiere a una persona detenida o presa en el territorio de la Parte requerida, ésta sólo accederá a ella si el detenido prestare su consentimiento y siempre que la Parte requerida estime que no existen Impedimentos legales o judiciales que se opongan al traslado.

2. La Parte requirente estará obligada a mantener bajo custodia a la persona trasladada y a devolverla tan pronto como se haya realizado la diligencia especificada en la solicitud que dio lugar al traslado.

3. Los gastos ocasionados por la aplicación de este artículo correrán por cuenta de la Parte requirente.

Artículo 39. Remisión de antecedentes penales e información sobre condenas.

1. Cuando una de las Partes solicite de la otra los antecedentes penales de una persona, hará constar el motivo de la petición. Dichos antecedentes le serán comunicados si no lo prohíbe la legislación de la Parte requerida.

2. Sin perjuicio de ello, las Partes se informarán mutuamente de las sentencias condenatorias firmes y ejecutorias que las autoridades judiciales de una de ellas hayan dictado contra nacionales de la otra, con periodicidad anual.

Artículo 40. Requisitos de la solicitud.

1. Las solicitudes de asistencia deberán contener las siguientes indicaciones:

- Autoridad de la que emana la petición y naturaleza de su resolución.
- Delito a que se refiere el procedimiento.
- En la medida de lo posible, identidad y nacionalidad de la persona encausada o condenada.

d) Descripción precisa de la asistencia que se solicite y toda la información que se estime útil para facilitar el efectivo cumplimiento de la solicitud.

2. Las solicitudes de asistencia que tengan por objeto cualquier diligencia distinta de la simple entrega de objetos o documentos, contendrán también una sumaria exposición de los hechos y la acusación formulada, si la hubiere.

3. Cuando una solicitud de asistencia no sea cumplimentada por la Parte requerida, ésta la devolverá con explicación de la causa.

Artículo 41. Transmisión de la solicitud.

1. La solicitud de asistencia será transmitida por la vía diplomática. No obstante ello, las Partes podrán designar otras autoridades habilitadas para enviar o recibir tales solicitudes.

2. Las Partes podrán encargar a sus Cónsules la práctica de diligencias permitidas por la legislación del Estado receptor.

Artículo 42. Denuncia con fines procesales.

1. Toda denuncia cursada por una Parte contratante cuyo objeto sea incoar un proceso ante los tribunales de la otra Parte, se transmitirá por las vías previstas en el artículo anterior.

2. La Parte requerida notificará a la Parte requirente el curso dado a la denuncia y remitirá en su momento una copia de la decisión dictada.

CLAUSULAS FINALES

Artículo 43. Disposiciones generales.

1. No se requerirá legalización de las firmas de las autoridades y funcionarios de las Partes contratantes que obren en los documentos emitidos en aplicación de este Tratado.

2. Cuando se acompañaren copias de documentos deberán presentarse certificadas por autoridad competente.

Artículo 44. Entrada en vigor y terminación.

1. El presente Tratado está sujeto a ratificación. El canje de los Instrumentos de Ratificación tendrá lugar en la ciudad de Madrid.

2. El Tratado entrará en vigor treinta días después del canje de los Instrumentos de Ratificación y seguirá en vigor mientras no sea denunciado por una de las Partes. Sus efectos cesarán seis meses después de la fecha de recepción de la denuncia.

3. Al entrar en vigor este Tratado, terminará el Convenio para la Recíproca Extradición de Malhechores de 30 de diciembre de 1985 y el Protocolo modificando su artículo 14, de 1 de agosto de 1986, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 5 de este artículo.

4. Las extradiciones solicitadas después de la entrada en vigor de este Tratado, se regirán por sus cláusulas, cualquiera que sea la fecha de comisión del delito.

5. Las extradiciones solicitadas antes de la entrada en vigor de este Tratado continuarán tramitándose conforme a las disposiciones del Convenio de 30 de diciembre de 1985.

Hecho en la ciudad de Santiago el 14 de abril de 1992, en dos ejemplares originales, siendo ambos textos igualmente auténticos.

Por el Reino de España, *Tomás de la Quadra-Salcedo*, Ministro de Justicia.— Por la República de Chile, *Enrique Silva Cimma*, Ministro de Relaciones Exteriores.

El presente Tratado entrará en vigor el 21 de enero de 1995, treinta días después del intercambio de los Instrumentos de Ratificación, según se establece en su artículo 44. El canje de los Instrumentos de Ratificación tuvo lugar en Madrid el 22 de diciembre de 1994.

Resolución de 17 de enero de 1995, de la Dirección General de Seguros, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, incapacidad permanente e incapacidad temporal que resultan de aplicar durante el año 1995 el sistema de valoración de daños personales en el Seguro de Responsabilidad Civil ocasionada por medio de vehículos de motor publicado por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991 (BOE de 23 de enero de 1995).

Por Orden de 5 de marzo de 1991, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del 11, el Ministerio de Economía y Hacienda dio publicidad al «Sistema de valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación», recomendó su aplicación y utilización por las entidades aseguradoras, declarándolo, además procedimiento idóneo para el cálculo de la provisión para siniestros pendientes de liquidación o de pago correspondiente al ramo del seguro de «Responsabilidad Civil: Vehículos terrestres automotores».

El citado «Sistema» incorpora un mecanismo de actualización, anual automática de los importes de las indemnizaciones de tal modo que éstas son el resultado de multiplicar el salario mínimo interprofesional vigente en cada momento por un número determinado de mensualidades. Así, las tablas de indemnizaciones que fueron publicadas en anexo en el citado «Boletín Oficial del Estado» de 11 de marzo de 1991 están fundamentadas en el salario mínimo interprofesional fijado para dicho año 1991 y, por tanto, deben resultar de aplicación exclusivamente en dicho ejercicio.

El Real Decreto 2548/1994, de 29 de diciembre, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» del 31, ha fijado el salario mínimo interprofesional mensual en 62.700 pesetas para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1995.

A la vista de todo lo anterior, y con el fin de facilitar la difusión y aplicación del «Sistema para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación», esta Dirección General ha acordado:

Dar publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte e incapacidades temporales y permanentes que resultan de aplicar durante el año 1995 el «Sistema para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación», a que se refiere la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991, mediante la publicación de dichas cuantías como anexo a la presente Resolución.

ANEXO QUE SE CITA

TABLA I

INDEMNIZACIONES BASICAS POR MUERTE
(En miles de pesetas)

BENEFICIARIOS DE LA INDEMNIZACION	EDAD DE LA VICTIMA			
	HASTA 18 AÑOS	DE 19 A 65 AÑOS	DE 66 A 80 AÑOS	MAS DE 80 AÑOS
<i>SOLO CONYUGE</i>	—	12.128	9.420	6.712
<i>CONYUGE CON HIJOS MENORES</i>	—	—	—	—
* CON UN HIJO	—	14.836	12.128	—
* CON DOS HIJOS	—	17.544	14.836	—
* CON TRES HIJOS	—	20.135	17.544	—
* POR CADA HIJO A PARTIR DE TRES	—	2.708	2.708	—
<i>CONCURRIENDO HIJOS MAYORES (CADA HIJO)</i>	—	1.413	1.413	—
<i>CONYUGE CON HIJOS MAYORES</i>	—	—	—	—
<i>CONVIVENCIA CON HIJOS DE LA VICTIMA</i>	—	—	—	—
* CON UN HIJO	—	13.423	12.128	8.007
* CON DOS HIJOS	—	14.836	13.423	8.713
* CON TRES HIJOS	—	16.131	14.836	9.420
* POR CADA HIJO A PARTIR DE TRES	—	1.413	1.413	706
<i>CONCURRIENDO HIJOS SIN CONVIVENCIA (CADA HIJO)</i>	—	706	706	706
<i>SIN CONVIVENCIA DE HIJOS CON LA VICTIMA</i>	—	—	—	—
* CON UN HIJO	—	12.128	9.420	6.712
* CON DOS O MAS HIJOS	—	13.423	10.715	8.007
<i>CONYUGE CON ASCENDIENTES</i>	—	—	—	—
<i>CON LOS PADRES DE LA VICTIMA</i>	—	13.423	9.420	—
<i>SOLO HIJOS MENORES</i>	—	—	—	—
<i>UNO Y DOS HIJOS</i>	—	16.131	13.423	—
<i>TRES HIJOS</i>	—	20.135	17.544	—
<i>CUATRO HIJOS</i>	—	22.843	20.135	—
<i>POR CADA HIJO A PARTIR DE CUATRO</i>	—	2.708	2.708	—
<i>CONCURRENCIA DE HIJOS MAYORES (CADA HIJO)</i>	—	706	706	—
<i>SOLO HIJOS MAYORES</i>	—	—	—	—
<i>CONVIVENCIA DE LOS HIJOS CON LA VICTIMA</i>	—	—	—	—
* UNO Y DOS HIJOS	—	10.715	10.715	5.416
* TRES HIJOS	—	12.128	12.128	6.712
* POR CADA HIJO A PARTIR DE TRES	—	706	706	—

BENEFICIARIOS DE LA INDEMNIZACION	EDAD DE LA VICTIMA			
	HASTA 18 AÑOS	DE 19 A 65 AÑOS	DE 66 A 80 AÑOS	MAS DE 80 AÑOS
SIN CONVIVENCIA DE LOS HIJOS CON LA VICTIMA	—	—	—	—
* UNO Y DOS HIJOS	—	9.420	6.712	5.416
* TRES HIJOS	—	10.715	9.420	5.416
* POR CADA HIJO A PARTIR DE TRES	—	706	706	—
SOLO ASCENDIENTES	—	—	—	—
PADRES	—	—	—	—
* CONVIVENCIA CON LA VICTIMA	10.833	12.128	8.007	—
* SIN CONVIVENCIA CON LA VICTIMA	8.007	8.007	6.712	—
ABUELOS (SIN PADRES)	5.416	5.416	—	—
SOLO COLATERALES	—	—	—	—
CONVIVENCIA CON LA VICTIMA	—	—	—	—
* UNO Y DOS HERMANOS	8.007	8.007	6.712	5.416
* TRES O MAS HERMANOS	9.420	9.420	9.420	6.712
SIN CONVIVENCIA CON LA VICTIMA	—	—	—	—
* UNO Y DOS HERMANOS	5.416	6.712	5.416	4.003
* TRES O MAS HERMANOS	8.007	9.420	6.712	4.003

INDEXACION AUTOMATICA ANUAL EN BASE AL S.M.I. 1995: 62.700 Ptas./mes

IMPORTANTE: LAS RELACIONES DE CONVIVENCIA DE HECHO CONSOLIDADAS, SE ASIMILARAN A LAS SITUACIONES DE DERECHO PARA LA APLICACION DE ESTA TABLA Y DE LOS FACTORES DE CORRECCION CORRESPONDIENTES.

TABLA II

FACTORES DE CORRECCION PARA LA VALORACION DE LAS INDEMNIZACIONES POR MUERTE

Porcentajes aplicables sobre la indemnizaciones de la TABLA I

DESCRIPCION	PORCENTAJE DE AUMENTO	PORCENTAJE REDUCCION
PERJUICIOS ECONOMICOS (Pérdida de ingresos familiares a consecuencia del fallecimiento) HASTA 3.135.000 Ptas. anuales (50 unidades del SMI mensual) (*)	SIN APLICACION	
DESDE 3.135.000 Ptas. anuales hasta 6.270.000 Ptas. (de 50 hasta 100 unidades del SMI mensual) (*)	HASTA 25%	
MAS DE 6.270.000 Ptas. anuales (más de 100 unidades del SMI mensual) (*)	HASTA 50%	
CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES ESPECIALES — Minusvalía física o psíquica acusada del heredero perjudicado (según circunstancias)	HASTA 100% (1)	
— Víctima hijo único (según edad, convivencia y estado civil)	HASTA 50%	
— Fallecimiento de ambos padres en el accidente — Sin hijos menores — Con hijos menores o incapacitados	HASTA 25% HASTA 100% (2)	
— Fallecimiento de mujer embarazada, con pérdida del feto — Si el concebido fuera el primer hijo — Si tuviera más hijos	HASTA 40% HASTA 25% (3)	
CIRCUNSTANCIAS SOCIALES U OCUPACIONALES RELEVANTES DE LA VICTIMA (Cargo, función, prestigio social, popularidad, perspectiva profesional futura, etc.)	HASTA 20%	
CRITERIOS JURIDICOS (Concurrida de la propia víctima en la producción del accidente o agravación de las consecuencia de éste)	—	HASTA 75%

(1) Sobre la cuota correspondiente a un hijo menor.

(2) Sobre la indemnización conjunta de ambos padres, en función de la edad de los hijos y demás circunstancias relevantes.

(3) Sobre la indemnización de la madre fallecida.

(*) S.M.I. 1995: 62.700 Ptas./mes.

TABLA III

VALORES DEL PUNTO PARA DETERMINAR LAS INDEMNIZACIONES BASICAS POR INCAPACIDADES PERMANENTES

PUNTOS	PESETAS POR GRUPO					
	EDADES	MENOS DE 20 AÑOS	DE 21 A 40 AÑOS	DE 41 A 55 AÑOS	DE 56 A 65 AÑOS	MAS DE 65 AÑOS
1		61.364	56.810	52.255	48.105	43.056
2		64.991	60.033	55.076	50.792	44.937
3		68.616	63.258	57.897	53.477	46.929
4		72.244	66.481	60.718	56.164	48.697
5		75.869	69.705	63.539	58.851	50.577
6		79.496	72.928	66.358	61.537	52.458
7		83.124	76.151	69.179	64.223	54.339
8		86.749	79.376	72.000	66.910	56.219
9		90.377	82.600	74.821	69.596	58.100
10-14		94.004	83.823	77.642	72.282	59.981
15-19		113.361	103.762	94.160	87.325	68.680
20-24		132.341	121.348	110.355	102.073	77.211
25-29		150.946	138.588	126.231	116.532	85.573
30-34		169.188	155.492	141.798	130.708	93.770
35-39		187.072	172.065	157.057	144.606	101.808
40-44		204.606	188.312	172.019	158.232	109.689
45-49		221.793	204.241	186.687	171.589	117.415
50-54		238.647	219.857	201.068	184.686	124.989
55-59		255.169	235.167	215.165	197.526	132.415
60-64		271.367	250.177	228.989	210.112	139.694
65-69		286.193	264.892	242.538	222.454	146.832
70-74		302.817	279.320	255.824	234.551	153.829
75-79		318.080	293.464	268.849	246.413	160.689
80-84		333.045	307.330	281.618	258.043	167.414
85-89		347.715	320.926	294.137	269.443	174.009
90-99		362.099	334.255	306.410	280.622	180.473
100		376.200 *	347.321	318.444	291.579	186.811

* REPRESENTA SEIS MENSUALIDADES DEL S.M.I. DE 1995 (62.700 PTAS./MES)

TABLA IV

FACTORES DE CORRECCION PARA LA VALORACION DE LAS INDEMNIZACIONES POR INCAPACIDADES PERMANENTES

Porcentajes aplicables sobre las indemnizaciones básicas

DESCRIPCION	PORCENTAJE DE AUMENTO	PORCENTAJE REDUCCION
PERJUICIOS ECONOMICOS (Pérdida de ingresos anuales a consecuencia de la incapacidad permanente) HASTA 3.135.000 Ptas. anuales (50 unidades del SMI mensual) (*)	SIN APLICACION	
DESDE 3.135.000 Ptas. anuales hasta 6.270.000 Ptas. (de 50 hasta 100 unidades del SMI mensual) (*)	HASTA 25%	
MAS DE 6.270.000 Ptas. anuales (más de 100 unidades del SMI mensual) (*)	HASTA 50%	
PERJUICIOS MORALES Y DE DISFRUTE O PLACER	(1)	
NECESIDAD DE AYUDA DE OTRA PERSONA Derivada de la incapacidad de la víctima para realizar por sí misma las actividades elementales de la vida diaria	ESTIMACION DEL COSTE	
CRITERIOS JURIDICOS (Concurrida de la propia víctima en la producción del accidente o agravación de las consecuencias de éste)	—	HASTA 75%
INCAPACIDADES ANTERIORES O AJENAS AL ACCIDENTE Según su influencia en la secuela final resultante	—	HASTA 50%

GRANDES INVALIDOS, ESTADOS DE COMA Y OTROS INCAPACITADOS EXCEPCIONALES

Para la mejor protección de los intereses de la víctima, la indemnización para satisfacer los perjuicios económicos y su asistencia personal y sanitaria, podrá consistir en una renta vitalicia mediante el Depósito Bancario necesario o póliza de Seguro de Vida.

En casos excepcionales, podrá otorgarse una indemnización mixta consistente, además de la renta vitalicia, en una indemnización de cuantía fija para el incapacitado y familiares que con él convivan.

Normalmente, de la indemnización resultante, a excepción del supuesto previsto en el párrafo anterior, se destinará un 10% — 20% como pago inmediato para atender gastos inherentes a la adecuación de la vivienda y otros similares, por razón de la minusvalía sufrida.

(1) Perjuicios considerados en la indemnización básica. Excepcionalmente podrá aplicarse un porcentaje de aumento, en función de la importancia del perjuicio ocasionado al propio incapacitado o a su cónyuge y familiares próximos.

(*) S.M.I. 1995: 62.700 Ptas./mes.

TABLA V

**VALORACION ECONOMICA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL
COMPATIBLE CON LA INDEMNIZACION POR
INCAPACIDAD PERMANENTE**

A.— INDEMNIZACIONES BASICAS

EDAD DEL LESIONADO	INDEMNIZACION DIARIA (PTAS.)	INDICES 100 = SMI 1991
— HASTA 18 AÑOS	4.121	352 (*)
— DE 19 A 65 AÑOS.....	5.887	332 (**)
— MAS DE 65 AÑOS.....	3.532	301 (*)

B.— FACTORES DE CORRECCION

(Porcentajes aplicables sobre las indemnizaciones básicas)

PERJUICIOS ECONOMICOS ACREDITADOS	PORCENTAJE DE AUMENTO
(Pérdida neta de ingresos económicos por la incapacidad temporal)	
— HASTA 3.135.000 Ptas. anuales (50 unidades del S.M.I. mensual)	SIN APLICACION
— DESDE 3.135.000 Ptas. hasta 6.270.000 Ptas. anuales (De 50 hasta 100 unidades del S.M.I. mensual)	HASTA 25%
— MAS DE 6.270.000 Ptas. anuales (más de 100 unidades del S.M.I. mensual)	HASTA 50%

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (S.M.I.) PARA 1995**DIARIO**

* Menores de 18 años (Ptas.)	1.381
** Mayores de 18 años (Ptas.)	2.090

**TRATADO DE EXTRADICION ENTRE EL REINO DE
ESPAÑA Y LA REPUBLICA DE COREA,
HECHO EN SEUL EL 17 DE ENERO DE 1994
(BOE DE 4 DE FEBRERO DE 1995).**

El Reino de España y la República de Corea,

Deseosos de hacer más eficaz la cooperación entre los dos países en la esfera de la prevención y de la represión de la delincuencia mediante la concertación de un tratado de extradición,

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1. *Obligación de conceder la extradición.*

Cuando así se solicitó y de conformidad con lo dispuesto en el presente Tratado, cada una de las Partes Contratantes conviene en conceder a la otra la extradición de las personas reclamadas para ser procesadas en la Parte requirente por un delito que dé lugar a extradición o para la ejecución de una sentencia por ese delito.

Artículo 2. *Delitos que dan lugar a extradición.*

1. A los efectos del presente Tratado darán lugar a extradición los delitos que, con arreglo a la legislación de ambas Partes Contratantes, se castiguen bien con pena privativa de libertad cuya duración máxima sea de al menos un año, bien con pena más grave.

2. Cuando la solicitud de extradición se refiera a una persona condenada a una pena privativa de libertad por un tribunal de la Parte requirente impuesta por algún delito que dé lugar a extradición, ésta únicamente se concederá en el caso de que queden por cumplir al menos seis meses de la condena.

3. Para determinar si un delito es punible con arreglo a la legislación de ambas Partes Contratantes, será irrelevante que:

a) Las legislaciones de las Partes Contratantes tipifiquen la conducta constitutiva del delito dentro de la misma categoría delictiva o utilicen para denominarlo la misma terminología.

b) Los elementos constitutivos del delito sean distintos en la legislación de una y otra Parte Contratante, siempre y cuando se tenga en cuenta la totalidad de la conducta tal como haya sido calificada por el Estado requirente.

4. Cuando se solicite la extradición de una persona por un delito que entrañe la infracción de una disposición legal en materia tributaria, arancelaria o cambiaria, o de cualquier otra disposición de carácter fiscal, no podrá denegarse la extradición so pretexto de que en la legislación de la Parte requerida no se establece el mismo tipo de impuesto o gravamen ni son iguales que en la Parte requirente sus disposiciones fiscales, arancelarias o cambiarias.

5. Cuando en la solicitud de extradición figuren varios delitos distintos y punibles por separado con arreglo a la legislación de ambas Partes Contratantes, aun cuando algunos de ellos no reúnan las demás condiciones establecidas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo la Parte requerida podrá conceder la extradición por estos últimos siempre y cuando se extradite a la persona al menos por un delito que dé lugar a extradición.

Artículo 3. *Motivos para denegar obligatoriamente la extradición.*

1. No se concederá la extradición cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Si la Parte requerida considera que el delito por el que se solicita la extradición es de carácter político o está relacionado con un delito político.
- b) Si la persona cuya extradición se solicita está siendo objeto de proceso penal o ha sido juzgada y absuelta o condenada en la Parte requerida por la comisión del delito por el que se solicita la extradición.
- c) Si, de conformidad con la ley de cualquiera de las Partes Contratantes, la persona cuya extradición se solicita está libre de procesamiento o de castigo por algún motivo, incluida la prescripción.
- d) Si la Parte requerida tiene motivos fundados para creer que la solicitud de extradición se ha formulado con miras a procesar o castigar a una persona por causa de su raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o sexo, o que la situación de esa persona puede resultar perjudicada por alguna de esas razones.
- e) Si el delito por el que se solicita la extradición se considera delito de conformidad con la legislación militar, pero no de conformidad con la legislación penal ordinaria.
- f) Si la persona cuya extradición se solicita ha sido condenada o podría ser juzgada o condenada en la Parte requirente por un tribunal extraordinario o especial. A los efectos de este apartado, un tribunal creado y constituido constitucionalmente no será considerado un tribunal extraordinario o especial.
- 2. A los efectos de la aplicación del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, el concepto de delito político no se extenderá a:
 - a) El atentado contra la vida o ataque contra la persona de un Jefe de Estado o Jefe de Gobierno o de un miembro de su familia.
 - b) Todo delito respecto del cual las Partes Contratantes hayan asumido, en virtud de un convenio internacional multilateral, la obligación de emprender acciones procesales cuando no concedan la extradición.
 - c) Los delitos contra las leyes en materia de terrorismo.

Artículo 4. Motivos para denegar facultativamente la extradición.

Podrá denegarse la extradición cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Si, de conformidad con la ley de la Parte requerida, el delito por el que se solicita la extradición se ha cometido en todo o en parte dentro del territorio de esa Parte.
- b) Si el delito por el que se solicita la extradición está castigado con la pena de muerte en la legislación de la Parte requirente, a menos que esa Parte garantice suficientemente, a juicio de la Parte requerida, que no se impondrá la pena de muerte o que, si se impone, no será ejecutada.
- c) Si la persona cuya extradición se solicita ha sido absuelta o condenada definitivamente en un tercer Estado por el mismo delito por el que se solicita la extradición y, si hubiera sido condenada, la pena impuesta ha sido cumplida en su totalidad o ya no puede exigirse su cumplimiento.
- d) Si la Parte requerida, tras haber tenido también en cuenta el carácter del delito y los intereses de la Parte requirente, considera que, dadas las circunstancias personales de la persona reclamada, la extradición de esa persona no sería compatible con consideraciones de tipo humanitario.
- e) Si el delito por el que se solicita la extradición se ha cometido fuera del territorio de cualquiera de las dos Partes Contratantes y la Parte requerida carece de jurisdicción, con arreglo a su legislación, para entender de delitos cometidos fuera de su territorio en circunstancias similares.
- f) Si la persona cuya extradición se solicita no ha tenido ni va a tener un proceso penal con las garantías mínimas que se establecen en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 5. *Entrega aplazada o condicional.*

1. La Parte requerida podrá, después de haberse pronunciado sobre la solicitud de extradición, aplazar la entrega de la persona reclamada con objeto de proceder judicialmente contra ella o, si ya hubiera sido condenada, con objeto de ejecutar la condena impuesta por la comisión de un delito distinto de aquél por el que se hubiese solicitado la extradición. En tal caso, la Parte requerida lo pondrá debidamente en conocimiento de la Parte requirente.

2. En lugar de aplazar la entrega, la Parte requerida podrá entregar temporalmente la persona reclamada a la Parte requirente con arreglo a las condiciones que determinen de mutuo acuerdo las Partes Contratantes.

Artículo 6. *Extradición de nacionales.*

1. Cada Parte Contratante tendrá derecho a denegar la extradición de sus propios nacionales.

2. Si la Parte requerida no accede a la extradición de un nacional, deberá, a instancia de la Parte requirente, someter el asunto a sus autoridades competentes a fin de que se emprendan las actuaciones judiciales que se consideren pertinentes. A tal efecto, los documentos, informaciones y objetos relativos al delito se remitirán gratuitamente por la vía prevista en el párrafo 1 del artículo 7. Se informará a la Parte requirente del resultado que hubiere obtenido su solicitud.

3. La nacionalidad se determinará atendiendo al momento de la comisión del delito por el que se solicita la extradición.

Artículo 7. *Medios de comunicación y documentos necesarios.*

1. Las solicitudes de extradición se formularán por escrito. Las solicitudes, sus documentos justificativos y las ulteriores comunicaciones se transmitirán por vía diplomática.

2. Las solicitudes de extradición deberán ir acompañadas:

a) En cualquier caso,

i) De la filiación más precisa posible de la persona reclamada, así como de cualesquier otros datos que puedan contribuir a determinar su identidad, nacionalidad y lugar en que se halle.

ii) Del texto de la disposición legal pertinente en la que se tipifique el delito o, cuando proceda, de una declaración sobre la ley aplicable al caso y sobre la pena que pueda imponerse por la comisión del delito.

b) Cuando se acuse a la persona de la comisión de un delito:

i) Del original o copia certificada de un mandamiento de detención de la persona, dictado por un tribunal u otra autoridad competente.

ii) De una calificación del delito por el que se solicita la extradición.

iii) De una exposición de la conducta constitutiva del presunto delito, incluida la referencia al tiempo y lugar de su comisión.

c) Cuando la persona haya sido condenada por la comisión de un delito:

i) De una exposición del delito por el que se solicita la extradición y de una exposición de la conducta constitutiva del delito.

ii) Del original o copia certificada de la sentencia o de cualquier otro documento en que se consignen la condena y la pena impuesta, el carácter ejecutorio del fallo y la condena que quede por cumplir.

3. Los documentos presentados en apoyo de una solicitud de extradición serán admitidos como prueba en cualquier procedimiento de extradición en la Parte requerida si:

- a) Están firmados por un Juez u otro funcionario judicial de la Parte requirente.
- b) Llevan estampado el sello de la autoridad competente de la Parte requirente.
- 4. La documentación justificativa de las solicitudes de extradición se presentará acompañada de una traducción al idioma de la Parte requerida o a otro idioma que sea aceptable para esa Parte.

Artículo 8. Información complementaria.

1. Cuando la Parte requerida considere que es insuficiente la información presentada en apoyo de una solicitud de extradición, podrá pedir que se remita información complementaria dentro del plazo razonable que establezca.

2. Si la persona cuya extradición se solicita se encuentra detenida y la información complementaria remitida no es suficiente o si dicha información no se recibe dentro del plazo establecido por la Parte requerida, se pondrá en libertad a esa persona. Sin embargo, dicha puesta en libertad no impedirá a la Parte requirente presentar otra solicitud de extradición de la persona por el mismo u otro delito.

Artículo 9. Detención preventiva.

1. En caso de urgencia, la Parte requirente podrá pedir que se proceda a la detención preventiva de la persona reclamada hasta que presente la solicitud de extradición. La petición de detención preventiva se transmitirá a las autoridades competentes de la Parte requerida por conducto diplomático, directamente por correo o telégrafo, a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) o por cualquier otro medio del que quede constancia escrita o sea aceptado por la Parte requerida.

2. En la petición de detención preventiva figurarán la filiación de la persona reclamada, con indicación de que se solicitará su extradición, una declaración de que existe uno de los documentos mencionados en el párrafo 2 del artículo 7 que permiten la aprehensión de la persona, una declaración de la pena que se le pueda imponer o se le haya impuesto por la comisión del delito, incluido el tiempo que le quede por cumplir y una breve relación de la conducta constitutiva del presunto delito.

3. La Parte requerida resolverá sobre esa petición de conformidad con su legislación y comunicará sin demora su decisión a la Parte requirente.

4. La persona detenida en virtud de esa petición será puesta en libertad si la Parte requirente no presenta la solicitud de extradición, acompañada de los documentos que se expresan en el párrafo 2 del artículo 7, en el plazo de sesenta días a partir de la fecha de su detención.

5. La puesta en libertad de la persona de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo no impedirá que sea nuevamente detenida ni que se emprendan actuaciones con miras a conceder su extradición en el caso de que se reciban posteriormente la solicitud de extradición y su documentación justificativa.

Artículo 10. Procedimiento simplificado de extradición.

Si no lo impide su legislación, la Parte requerida podrá conceder la extradición una vez que haya recibido una petición de detención preventiva, siempre que la persona reclamada manifieste expresamente su consentimiento ante una autoridad competente.

Artículo 11. Concurso de solicitudes.

Cuando una de las Partes Contratantes y un tercer Estado soliciten la extradición de la misma persona por el mismo delito o por delitos diferentes, la otra Parte decidirá a su discreción a cuál de esos Estados se concederá la extradición de esa persona. La Parte requerida resolverá teniendo en cuenta todas las circunstancias y especialmente la gra-

vedad relativa y el lugar de comisión de los delitos, las fechas respectivas de las solicitudes, la existencia de un tratado de extradición, la nacionalidad y el lugar habitual de residencia de la persona reclamada y la posibilidad de una ulterior extradición a otro Estado.

Artículo 12. *Decisión sobre la solicitud.*

1. La Parte requerida tramitará la solicitud de extradición de conformidad con el procedimiento establecido en su legislación y comunicará sin demora a la Parte requirente la decisión que adopte al respecto.
2. La denegación total o parcial de la solicitud deberá ser motivada.

Artículo 13. *Entrega de la persona.*

1. Si se accede a la solicitud, se informará a la Parte requirente del lugar y fecha de la entrega y de la duración de la detención de la persona reclamada que vaya a ser entregada.
2. La persona será trasladada fuera del territorio de la Parte requerida dentro del plazo razonable que señale la Parte requerida y, en el caso de que no sea trasladada dentro de ese plazo, la Parte requerida podrá ponerla en libertad y denegar su extradición por el mismo delito.
3. En el caso de que, por circunstancias ajenas a su voluntad una de las Partes no pudiera entregar o trasladar la persona que haya de ser extraditada lo notificará a la otra Parte Contratante. Ambas Partes Contratantes convendrán de mutuo acuerdo en una nueva fecha para la entrega y se aplicarán las disposiciones del párrafo 2 del presente artículo.

Artículo 14. *Entrega de bienes.*

1. En la medida en que lo permita la legislación de la Parte requerida y sin perjuicio de los derechos de terceros, que serán debidamente respetados, en el caso de que se conceda la extradición y a petición de la Parte requirente, se entregarán todos los bienes hallados en el Estado requerido que hubiesen sido adquiridos de resultas de la comisión del delito o que pudieran requerirse como elementos de prueba.
2. Se entregará a la Parte requirente, si ésta así lo solicita, los bienes a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo aun en el caso de que la extradición que ya se hubiese convenido no pudiera realizarse debido al fallecimiento o fuga de la persona reclamada.
3. Una vez concluidas las actuaciones y siempre que lo exijan la legislación de la Parte requerida o la protección de derechos de terceros, los bienes que hayan sido entregados de esa manera se restituirán sin ningún cargo al Estado requerido, a petición de éste.
4. Cuando esos bienes puedan ser objeto de embargo o comiso en la Parte requerida, ésta podrá retenerlos o entregarlos temporalmente.

Artículo 15. *Principio de especialidad.*

1. La persona que hubiera sido extraditada con arreglo al presente Tratado no será procesada, condenada, encarcelada, extraditada a un tercer Estado ni sometida a cualquier otra restricción de libertad personal en el territorio de la Parte requirente por un delito cometido con anterioridad a la entrega, salvo que se trate de:
 - a) Un delito por el que se hubiese concedido la extradición.

b) Cualquier otro delito, siempre que la Parte requerida consienta en ello. Se concederá el consentimiento cuando el delito para el cual se solicite sea en sí mismo causa de extradición de conformidad con el presente Tratado.

2. La solicitud en que se pida al Estado requerido que preste su consentimiento con arreglo al presente artículo irá acompañada de los documentos mencionados en el párrafo 2 del artículo 7 y de un acta judicial en la que la persona extraditada preste declaración en relación con el delito.

3. No será aplicable el párrafo 1 del presente artículo cuando la persona haya tenido la posibilidad de abandonar el territorio de la Parte requirente y no lo haya hecho así en un plazo de cuarenta y cinco días contados a partir del momento en que quedó definitivamente libre de responsabilidad penal por el delito por el que fue extraditada o cuando haya regresado voluntariamente al territorio de la Parte requirente después de haberlo abandonado.

Artículo 16. *Tránsito.*

1. Cuando una persona vaya a ser extraditada al territorio de una de las Partes Contratantes desde un tercer Estado a través del territorio de la otra Parte Contratante la Parte Contratante a cuyo territorio vaya a ser extraditada solicitará a la otra Parte Contratante que permita el tránsito de esa persona a través de su territorio.

2. Una vez recibida dicha solicitud, en la que figurará la información pertinente, la Parte requerida tramitará la solicitud de conformidad con su propia legislación. La Parte requerida dará pronto cumplimiento a la solicitud a menos que con ello sus intereses esenciales resulten perjudicados.

3. Podrá denegarse el tránsito de un nacional, en el sentido del artículo 6, de una Parte requerida para el tránsito.

4. El permiso para el tránsito de la persona entregada incluirá la autorización para que los funcionarios que la acompañen mantengan bajo custodia a esa persona o soliciten y obtengan la asistencia de las autoridades de la Parte por la que se efectúe el tránsito para mantener esa custodia.

5. Cuando se mantenga a una persona bajo custodia de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo, la Parte Contratante en cuyo territorio se encuentre bajo custodia esa persona podrá dar instrucciones para que se la ponga en libertad si el traslado no se prosigue dentro de un plazo razonable.

6. El párrafo 1 del presente artículo no será aplicable cuando se utilice el transporte aéreo y no se encuentre previsto ningún aterrizaje en el territorio de la Parte Contratante de tránsito. En caso de aterrizaje imprevisto, la Parte Contratante a la que deba solicitarse que permita el tránsito podrá mantener a la persona bajo custodia durante noventa y seis horas a petición del funcionario que la acompañe, a la esperá de recibir la solicitud de tránsito formulada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo.

Artículo 17. *Gastos.*

1. La Parte requerida correrá con los gastos de las actuaciones que se realicen dentro de su jurisdicción de resultas de una solicitud de extradición.

2. La Parte requerida correrá con los gastos realizados en su territorio en relación con la incautación y la entrega de los bienes o con la detención y el encarcelamiento de la persona cuya extradición se solicite.

3. La Parte requirente correrá con los gastos de traslado de la persona desde el territorio del Estado requerido.

Artículo 18. Entrada en vigor y denuncia.

1. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha en que las Partes Contratantes se hayan notificado mutuamente por escrito el cumplimiento de sus requisitos respectivos para la entrada en vigor del presente Tratado.

2. El presente Tratado se aplicará a las solicitudes que se formulen a partir de su entrada en vigor, aun cuando la conducta correspondiente hubiese tenido lugar antes de esa fecha.

3. Cualquiera de las Partes Contratantes podrá denunciar el presente Tratado mediante el envío de una notificación escrita a la otra Parte. Dicha denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que la otra Parte Contratante haya recibido la notificación.

En testimonio de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados, firman el presente Tratado.

Hecho por duplicado en Seúl, el 17 de enero de 1994 en los idiomas español, coreano e inglés, siendo todos los textos igualmente auténticos. En caso de cualquier divergencia de interpretación, prevalecerá el texto inglés.

Por el Reino de España, el Ministro de Asuntos Exteriores, *Javier Solana Madaria*.— Por la República de Corea, el Ministro de Asuntos Exteriores, *-Han Sung-Joo*.

El presente Tratado entrará en vigor el día 15 de febrero de 1995, treinta días después de la fecha de la última notificación cruzada entre las partes comunicando el cumplimiento de sus requisitos respectivos, según se establece en su artículo 18.1.

**TRATADO DE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL
ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y CANADA,
HECHO EN MADRID EL 4 DE JULIO DE 1994
(BOE DE 24 DE FEBRERO DE 1995).**

El Reino de España y Canadá,

Deseando mejorar la eficacia de ambos países en cuanto a la investigación, represión y prevención de la delincuencia mediante la cooperación y la mutua asistencia en materia penal,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Disposiciones generales

Artículo 1. Obligación de prestarse asistencia mutua.

1. De conformidad con el presente Tratado, las Partes Contratantes se prestarán recíprocamente la asistencia mutua más amplia posible en materia penal.

2. Por asistencia mutua a efectos del anterior apartado 1 se entenderá cualquier asistencia prestada por el Estado requerido respecto de investigaciones o procedimientos que se sigan en el Estado requiriendo en un asunto penal, del que entienda una autoridad competente de ese Estado.

3. Por «Autoridad Competente» se entenderá aquélla que haya presentado la solicitud de asistencia mutua, que emane de una autoridad judicial o que haya sido avalada por el Fiscal General de Canadá o de una provincia, o bien por alguno de sus delegados.

4. A efectos del apartado 1, por materia penal se entenderá las investigaciones o procedimientos relativos, en lo que respecta al Reino de España, a cualquier delito que sea de la competencia de sus tribunales penales, y en lo que respecta a Canadá, a

cualquier delito tipificado por una ley del Parlamento o por el órgano legislativo de una provincia.

5. La materia penal englobará también las investigaciones o actuaciones relativas a delitos en materia de impuestos, tasas, aduanas y pagos o transferencias internacionales de capital.

6. La asistencia comprenderá:

- a) La práctica de pruebas y la obtención de declaraciones de personas.
- b) La facilitación de información, documentos y otros datos, incluidos los antecedentes penales, autos judiciales y archivos oficiales.
- c) La localización de personas y objetos, incluida su identificación.
- d) El registro y la incautación.
- e) La entrega de bienes, incluido el préstamo de piezas de convicción.
- f) La puesta a disposición de personas detenidas y otras personas para que presten testimonio o ayuden en las investigaciones.
- g) La notificación de documentos, incluidos los encaminados a conseguir la comparecencia de ciertas personas.
- h) Las medidas para localizar, asegurar y confiscar el producto del delito, y
- i) Cualquier otra asistencia compatible con los objetos del presente Tratado.

Artículo 2. *Ejecución de solicitudes.*

1. Las solicitudes de asistencia se ejecutarán sin demora de conformidad con la ley del Estado requerido y, en la medida en que no esté prohibido por dicha ley, del modo solicitado por el Estado requirente.

2. El Estado requerido no rehusará la ejecución de una solicitud basándose en el secreto bancario.

Artículo 3. *Denegación o aplazamiento de la asistencia.*

1. Podrá denegarse la asistencia si, en opinión del Estado requerido, la ejecución de la misma menoscabara su soberanía, seguridad, orden público o intereses esenciales, perjudicara la seguridad de alguna persona o no estuviera justificada por otros motivos.

2. El Estado requerido podrá aplazar la asistencia si la ejecución de la solicitud interfiere con alguna investigación o enjuiciamiento en curso en el Estado requerido.

3. El Estado requerido informará sin demora al Estado requirente de su decisión de no cumplir en todo o en parte una solicitud de asistencia o de aplazar la decisión y dará los motivos de dicha decisión.

4. Antes de negarse a conceder una solicitud de asistencia o antes de aplazar su ejecución, el Estado requerido considerará si puede concederse la asistencia con sujeción a las condiciones que considere necesarias. Si el Estado requirente acepta la asistencia supeditada a esas condiciones, se atenderá a las mismas.

PARTE II

Disposiciones particulares

Artículo 4. *Presencia de personas que intervengan en los procedimientos que se sigan en el Estado requerido.*

1. El Estado requerido, previa petición, informará al Estado requirente del lugar y fecha de ejecución de la solicitud de asistencia.

2. En la medida en que no esté prohibido por la ley del Estado requerido, se permitirán la presencia en la ejecución de la solicitud y la participación en las actuaciones

que se sigan en el Estado requerido a jueces o funcionarios del Estado requirente y a otras personas interesadas en la investigación o en las actuaciones.

3. El Derecho a participar en los procedimientos incluirá el de cualquier persona presente a formular preguntas. A las personas presentes en la ejecución de una solicitud se les permitirá hacer una transcripción literal de los procedimientos. Se permitirá la utilización de medios técnicos para hacer dicha transcripción literal.

Artículo 5. Transmisión de documentos y objetos.

1. Cuando la solicitud de asistencia se refiera a la transmisión de expedientes y documentos, el estado requerido podrá transmitir copias certificadas conformes de los mismos, a menos que el Estado requirente solicite expresamente los originales.

2. Los documentos o expedientes originales y los objetos transmitidos al Estado requirente serán devueltos al Estado requerido lo antes posible, a petición de éste.

3. En la medida en que no esté prohibido por la ley del Estado requerido, los documentos, objetos y expedientes serán transmitidos de la forma o acompañados de la certificación que solicite el Estado requirente para su aceptación de conformidad con la ley de ese Estado requirente.

Artículo 6. Antecedentes penales.

Los antecedentes penales solicitados por la Parte requirente a los efectos de una investigación penal y de un procedimiento se le facilitarán al Estado requirente en las mismas condiciones en que se suministrarían en investigaciones y procedimientos similares en el Estado requerido.

Artículo 7. Disponibilidad de personas para prestar testimonio o ayudar en las investigaciones en el Estado requirente.

1. El Estado requirente podrá solicitar que se ponga a su disposición una persona para que testifique o ayude en una investigación.

2. El Estado requerido invitará a una persona a que ayude en la investigación o comparezca como testigo en las actuaciones, y procurará obtener su consentimiento para ello. Le informará de los gastos y dietas que se le pagarán anticipadamente.

Artículo 8. Puesta a disposición de personas detenidas para prestar testimonio o ayudar en las investigaciones.

1. A petición del Estado requirente, una persona que se encuentre bajo custodia en el Estado requerido será trasladada temporalmente al Estado requirente para ayudar en las investigaciones o actuaciones, a condición de que esa persona asienta al traslado y no existan motivos determinantes contra su traslado.

2. Cuando según la ley del Estado requerido a la persona trasladada haya de mantenerse bajo custodia el Estado requirente así lo hará y la devolverá al término de la ejecución de la solicitud. El tiempo de determinación en el Estado requirente se abonará en el cómputo de la condena que se impusiere en el Estado requerido.

3. Cuando expire la condena impuesta o el Estado requerido comunique al Estado requirente que la persona trasladada ya no debe ser mantenida bajo custodia a dicha persona se la pondrá en libertad y se le tratará como una persona presente en el Estado requirente de conformidad con una solicitud en que se recaba la presencia de dicha persona.

Artículo 9. *Salvoconducto.*

1. A la persona que se encuentre presente en el Estado requirente en respuesta a una solicitud en que se recaba su presencia no se le podrá procesar, detener ni someter a ninguna otra restricción de su libertad personal en dicho Estado por actos u omisiones anteriores a la salida de esa persona del Estado requerido, ni se le podrá obligar a prestar testimonio en procedimientos distintos de aquéllos a que se refiere la solicitud.

2. La persona que se encuentre presente en el Estado requirente con su consentimiento a consecuencia de una solicitud en que se haya pedido la comparecencia de esa persona para responder ante una autoridad judicial de actos, omisiones o condenas no podrá ser procesada, detenida ni sometida a cualquier otra restricción de su libertad personal por actos y omisiones o condenas anteriores a la salida de esa persona del Estado requerido que no se encuentren especificados en la solicitud.

3. Dejarán de aplicarse los apartados 1 y 2 del presente artículo si una persona, estando en libertad de abandonar el Estado requirente, no lo hubiere hecho dentro de un plazo de treinta días después de habersele notificado oficialmente que ya no era necesaria la presencia de esa persona o, que habiendo abandonado el territorio, hubiere regresado voluntariamente al mismo.

4. A la persona que no comparezca en el Estado requirente no se le podrá someter a ninguna sanción o medida coercitiva en el Estado requerido.

Artículo 10. *Producto del delito.*

1. Previa solicitud, el Estado requerido se esforzará en averiguar si dentro de su jurisdicción se halla algún producto de un delito y notificará al Estado requirente los resultados de sus indagaciones. Al hacer la solicitud, el Estado requirente notificará al Estado requerido en qué se basa su convicción de que dicho producto pueda hallarse en la jurisdicción del segundo.

2. Cuando, de conformidad con el apartado 1 del presente artículo, se halle el presunto producto de un delito, el Estado requerido tomará las medidas permitidas por su ley para inmovilizar, embargar y confiscar dicho producto.

PARTE III**Procedimiento****Artículo 11. *Contenido de las solicitudes.***

1. En todos los casos, se hará constar en las solicitudes de asistencia:

a) El nombre de la autoridad competente que esté llevando a cabo la investigación o actuaciones a que se refiere la solicitud.

b) Una descripción de la naturaleza de la investigación o actuaciones, incluyendo un resumen de los respectivos hechos y fundamentos de derecho.

c) La finalidad con que se hace la solicitud y la clase de la asistencia recabada.

d) La necesidad, en su caso, de confidencialidad y sus motivos, y

e) Cualquier plazo dentro del cual se desea que se cumpla la solicitud.

2. En las solicitudes de asistencia figurará también la siguiente información:

a) Cuando sea posible, la identidad, nacionalidad paradero de la persona o personas que son objeto de la investigación o actuaciones.

b) En caso necesario, detalles sobre cualquier procedimiento o requisito particular que el Estado requirente desee que se siga y las razones del mismo.

c) En el caso de solicitudes para la práctica de pruebas o para registro e incautación, una declaración en la que se indique en qué se basa la convicción de que puedan encontrarse pruebas en el lugar del Estado requerido.

d) En el caso de las solicitudes de prestación de testimonio por una persona, una declaración de si las declaraciones se exigen bajo juramento o promesa, y una descripción del objeto sobre el que debe versar el testimonio o declaración recabado.

e) En el caso de préstamo de piezas de convicción, la persona o clase de personas bajo cuya custodia se encontrará dicha pieza, el lugar al que deba trasladarse la misma, y las pruebas que vayan a realizarse y la fecha en que se devolverá la pieza de convicción, y

f) En el caso de la puesta a disposición de personas detenidas, la persona o clase de personas que las tendrán bajo su custodia durante el traslado, el lugar al que deba trasladarse la persona detenida y la fecha de devolución de la misma.

3. Si el Estado requerido considera que la información contenida en la solicitud no es suficiente para poder tramitar la solicitud, dicha parte podrá solicitar que se le proporcionen otros pormenores.

4. Las solicitudes se harán por escrito. En casos de urgencia y en otros permitidos por el estado requerido, podrá formularse la solicitud verbalmente pero deberá ser confirmada por escrito inmediatamente después.

Artículo 12. Autoridades Centrales.

Las Autoridades Centrales transmitirán y recibirán todas las solicitudes y respectivas respuestas a los efectos del presente Tratado. La Autoridad Central para el Reino de España será la Dirección General de Codificación y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia e Interior, la Autoridad Central para Canadá será el Ministerio de Justicia o un funcionario por él designado.

Artículo 13. Confidencialidad.

1. El Estado requerido podrá exigir, previa consulta con el Estado requirente, que la información o pruebas facilitadas o la fuente de dicha información o pruebas se mantengan confidenciales o se revelen o utilicen únicamente con sujeción a los términos y condiciones que determinare.

2. En la medida en que así se le solicite, el Estado requerido mantendrá confidencial una solicitud, su contenido, los documentos justificativos y cualquier acción tomada de conformidad con la solicitud salvo en el grado necesario para ejecutarla.

Artículo 14. Limitaciones de uso.

El Estado requirente no revelará ni utilizará la información o las pruebas aportadas para fines distintos de los supuestos en la solicitud sin el previo consentimiento del Estado requerido.

Artículo 15. Autenticación.

Las pruebas o documentos transmitidos de conformidad con el presente Tratado no necesitarán ninguna forma de autenticación, salvo lo que se especifica en el artículo 5.

Artículo 16. Idioma.

1. Las solicitudes y los documentos justificativos irán acompañados de una traducción al francés o al inglés, en caso de una solicitud formulada por el Reino de España, y al español en caso de una solicitud formulada por Canadá.

2. Las solicitudes de notificación irán acompañadas de una traducción de los documentos que deban notificarse a una lengua que comprenda el destinatario de la notificación.

Artículo 17. Funcionarios consulares.

1. Los funcionarios consulares podrán tomar declaración en el territorio del Estado receptor a un testigo con carácter voluntario y sin necesidad de solicitud formal. Se notificarán previamente las actuaciones que vayan a realizarse al Estado receptor. Dicho Estado podrá denegar su consentimiento por alguna de las razones previstas en el artículo 3.

2. Los funcionarios consulares podrán notificar documentos a una persona que comparezca voluntariamente en las oficinas consulares.

Artículo 18. Gastos.

1. El Estado requerido sufragará los costes de ejecución de la solicitud de asistencia, a excepción de los siguientes costes, que correrán por cuenta del Estado requirente:

a) Los gastos relacionados con el transporte de cualquier persona al territorio del Estado requerido o desde el mismo a petición del Estado requirente, cualesquiera dietas o gastos que deban pagarse a dicha persona mientras se encuentre en el Estado requirente en virtud de los artículos 7 u 8 del presente Tratado, y

b) Gastos y honorarios de los peritos tanto en el Estado requerido como en el Estado requirente.

2. Si resultare manifiesto que la ejecución de la solicitud exige gastos de índole extraordinaria, las partes contratantes se consultarán para determinar los términos y condiciones en que pueda prestarse la asistencia citada.

PARTE IV

Disposiciones finales

Artículo 19. Otra asistencia.

El presente Tratado no afectará a las obligaciones subsistentes entre las partes contratantes en virtud de otros tratados, acuerdos u otros conceptos, ni impedirá a las partes contratantes prestarse o seguirse prestando asistencia recíproca de conformidad con otros tratados, acuerdos u otros conceptos.

Artículo 20. Ambito de aplicación.

El presente Tratado será aplicable a cualesquiera solicitudes presentadas después de su entrada en vigor aunque el acuerdo, los actos u omisiones correspondientes se hubieran producido antes de esa fecha.

Artículo 21. Consultas.

Las partes contratantes se consultarán sin demora a solicitud de cualquiera de ellas, en relación con la interpretación y aplicación del presente Tratado.

Artículo 22. *Terceros Estados.*

Si en el marco de una investigación o de un procedimiento las autoridades judiciales de un tercer Estado dictan una resolución que tenga por efecto imponer a un nacional o a un residente de una de las partes contratantes una conducta en el territorio de la otra parte contratante inconciliable con el derecho de esta última, las partes contratantes convienen en consultarse por vía diplomática con el fin de encontrar los medios de evitar o de remediar tal situación.

Artículo 23. *Entrada en vigor y denuncia.*

1. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha en que las partes contratantes se hayan notificado mutuamente por escrito que se han cumplido sus requisitos respectivos para su entrada en vigor.

2. Cualquiera de las partes contratantes podrá denunciar el presente Tratado en cualquier momento notificándolo por escrito con un año de antelación a la otra parte contratante.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados para ello por sus Gobiernos respectivos, firman el presente Tratado.

Hecho en Madrid, a 4 de julio de 1994 por duplicado, en español, inglés y francés, siendo cada uno de estos textos igualmente auténtico.

El presente Tratado entrará en vigor el 3 de marzo de 1995, treinta días después de la fecha de la última de las notificaciones cruzadas entre las partes comunicándose el cumplimiento de sus requisitos respectivos, según se establece en su artículo 23.1.

Real Decreto 266/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria (BOE de 16 de marzo de 1995).

La Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, ha tenido, hasta el presente, un desarrollo normativo concretado básicamente en dos Reglamentos: el Reglamento del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia y del Procedimiento para el reconocimiento de la condición de objector de conciencia (aprobado por Real Decreto 551/1985, de 24 de abril), y el Reglamento de la prestación social de los objetores de conciencia (aprobado por Real Decreto 20/1988, de 15 de enero).

Como consecuencia de la evolución que la objeción de conciencia ha experimentado en los últimos años se ha hecho necesaria la revisión de determinados aspectos reglamentarios para poder dar un tratamiento unitario a este fenómeno con el fin de agilizar la gestión, conjugando una mayor eficacia administrativa con las correspondientes garantías tanto del interés general como del status de los objetores.

En este sentido se produce la unificación en un solo texto reglamentario de la regulación del reconocimiento de la condición de objector de conciencia y de la prestación social sustitutoria, acabando con la dualidad reglamentaria hasta ahora vigente y actualizando los procedimientos conforme a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Tras establecer el Título preliminar las definiciones oportunas de la terminología, empleada a lo largo del texto, el Título I regula el reconocimiento de la condición de objector de conciencia, concretando las normas reguladoras del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, así como de los procedimientos correspondientes. Especialmente,

debe destacarse como regulación novedosa la mayor participación de las asociaciones más representativas en la designación del vocal objetor miembro del Consejo, así como la previsión de que este órgano pueda aceptar las solicitudes de objetores que desean volver a su situación militar anterior.

El Título II, por su parte, desarrolla los preceptos relativos a la prestación social de los objetores de conciencia, destacándose, con carácter general, una reducción significativa de los plazos para resolver por parte de la Administración. Las exenciones y aplazamientos de incorporación encuentran un tratamiento pormenorizado y exhaustivo siguiendo la línea de equiparación con el servicio militar que en esta materia señala la Ley 48/1984 y la forma de adscripción de los objetores a los puestos de actividad de cumplimiento de la prestación social sustitutoria se flexibiliza, abriendo la posibilidad de realizar adscripciones de oficio, con el fin de conseguir una mayor agilidad en la asignación de puestos a los objetores. En cuanto al contenido del régimen de realización de la prestación social, éste se perfila con una delimitación por materias de los derechos y deberes de los objetores y se completa con la regulación de la situación de reserva.

Por otra parte, se concretan y definen los criterios que deben regir los programas propuestos para la realización de conciertos con las entidades colaboradoras, incidiéndose de forma importante en todo lo relativo a la formación de los objetores de cara a la realización de la prestación social y en que no pueden utilizarse objetores en puestos de plantillas de empleados de la respectiva entidad o en sustitución de los mismos.

Finalmente, el Reglamento contiene una adaptación organizativa y competencial a la estructura del Ministerio de Justicia e Interior, así como una adecuación del procedimiento sancionador a los principios establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y al Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1994, de 4 de agosto.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia e Interior, previa aprobación del Ministro para las Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 24 de febrero de 1995,

DISPONGO:

Artículo único.

Se aprueba el Reglamento de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, cuyo texto se inserta a continuación.

DISPOSICION DEROGATORIA UNICA.

Quedan derogados el Real Decreto 551/1985, de 24 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia y del procedimiento para el reconocimiento de la condición de objetor de conciencia; el Real Decreto 20/1988, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la prestación social de los objetores de conciencia; el apartado primero de la Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno de 29 de diciembre de 1989, así como cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en este Real Decreto y en el Reglamento que por el mismo se aprueba.

DISPOSICION FINAL PRIMERA.

Sin perjuicio de las especialidades previstas en el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto, será de aplicación lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de no-

viembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

DISPOSICION FINAL SEGUNDA.

Para el cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento adjunto, los Ministerios de Justicia e Interior y de Defensa se prestarán mutua colaboración, mediante las comunicaciones y certificaciones que sean precisas.

DISPOSICION FINAL TERCERA.

Se faculta al Ministro de Justicia e Interior para dictar las Ordens y adoptar las medidas precisas para la aplicación y desarrollo del presente Real Decreto y del Reglamento que se aprueba.

DISPOSICION FINAL CUARTA.

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**REGLAMENTO DE LA OBJECCION DE CONCIENCIA
Y DE LA PRESTACION SOCIAL SUSTITUTORIA****TITULO PRELIMINAR****Artículo 1. *Definiciones.***

A los efectos del presente Reglamento se entiende por:

Objetores de conciencia: quienes habiendo presentado la correspondiente solicitud, hayan sido reconocidos como tales por el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia.

Adscripción: acto por el que la Oficina para la Prestación Social de los Objetores de Conciencia (en adelante la Oficina) destina al objector a un programa de actividad.

Incorporación: presentación del objector en el lugar de destino señalado por la Oficina.

Situación de actividad: período durante el cual el objector realiza las actividades propias de la prestación social.

Aplazamiento de incorporación: acto por que se retrasa la fecha de incorporación del objector al programa de actividad.

Exención: situación en la que el objector queda liberado de la obligación de realizar la prestación social.

Residente en el extranjero: objector de conciencia con permanencia fuera del territorio nacional desde el 1 de enero del año de cumplimiento de los diecisiete de edad, acreditada con la correspondiente inscripción en el Registro de Matrícula de Españoles de la Oficina Consular o Sección Consular de la Embajada correspondiente o, en su defecto, mediante la prueba fehaciente de tal hecho ante dichos órganos.

TITULO I

Del reconocimiento de la condición de objetor de conciencia

CAPITULO I

Del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia y su Secretaría

Artículo 2. *Competencia del Consejo.*

El Consejo Nacional de Objeción de Conciencia adscrito al Ministerio de Justicia e Interior, es el órgano competente para el reconocimiento de la condición de objetor de conciencia, resolviendo las solicitudes que al efecto le sean presentadas, así como para ejercitar las demás funciones que le atribuye la Ley 48/1984, de 26 de diciembre. Para ello contará con el apoyo técnico y administrativo de su Secretaría.

Artículo 3. *Composición del Consejo.*

1. El Consejo Nacional de Objeción de Conciencia está compuesto por:
 - a) El Presidente del Consejo, nombrado por el Gobierno a propuesta del Ministro de Justicia e Interior, oído el Consejo General del Poder Judicial, entre miembros de la carrera judicial con categoría de magistrados.
 - b) Dos vocales, designados, cada uno de ellos, por los Ministros de Justicia e Interior y de Defensa entre juristas o, en su caso, titulados superiores con experiencia profesional adecuada.
 - c) Un vocal objetor de conciencia, que haya realizado la prestación social nombrado por el Ministro de Justicia e Interior de entre una terna de objetores, propuestos, previo requerimiento, por las asociaciones más representativas de los objetores de conciencia. Transcurridos dos meses desde que se formulara el citado requerimiento sin que se haya presentado la terna de candidatos, el Ministro de Justicia e Interior nombrará un vocal que reúna los requisitos establecidos en el párrafo anterior.
 - d) Un vocal, que actuará como Secretario del Consejo, nombrado por el Ministro de Justicia e Interior que será el titular de la Subdirección General de la Secretaría del Consejo.
2. Los miembros del Consejo que tengan la condición de funcionarios deberán estar destinados en Madrid y su nombramiento no afectará a su situación administrativa. Por asistir a las reuniones del Consejo tendrán derecho a las indemnizaciones por razón de servicio o a la percepción económica equivalente que establezca la normativa que les sea de aplicación.
3. La competencia para acordar el cese de los miembros del Consejo corresponde a los mismos órganos competentes para su nombramiento.
4. Podrá participar en las sesiones del Consejo, con voz pero sin voto, el Director general de Objeción de Conciencia cuando sea requerido para ello o a petición propia.

Artículo 4. *Presidente.*

Corresponde al Presidente del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia:

- 1.^º Ostentar la representación del Consejo.
- 2.^º Convocar y presidir sus sesiones.

- 3.^º Fijar el orden del día.
- 4.^º Las demás funciones que se le asignen por el Consejo.

Artículo 5. *Secretario.*

Corresponde al titular de la Secretaría del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia:

- 1.^º Preparar los informes sobre los asuntos que deban ser sometidos a la deliberación y decisión del Consejo.
- 2.^º Levantar acta de las sesiones y expedir las certificaciones del Consejo.
- 3.^º Auxiliar al Presidente en lo relativo al funcionamiento del Consejo.
- 4.^º Desempeñar la jefatura de los servicios de apoyo al Consejo, bajo la dependencia del Director general de Objeción de Conciencia.
- 5.^º Cuantas otras funciones se le asignen por el Consejo, su Presidente o el Director general de Objeción de Conciencia.

CAPITULO II**Del procedimiento para el reconocimiento de la condición de objetor de conciencia****Artículo 6. *Presentación y contenido de las solicitudes.***

1. La solicitud de reconocimiento como objetor de conciencia deberá dirigirse al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, firmada por el interesado, y acompañada de fotocopia del documento nacional de identidad o pasaporte y podrá presentarse en el Registro de la Dirección General de Objeción de Conciencia o en cualquiera de las oficinas mencionadas en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. La solicitud deberá contener:

a) Los datos personales del solicitante: nombre, apellidos, fecha y lugar de nacimiento, domicilio y número del documento nacional de identidad o pasaporte y firma del interesado.

b) La situación militar del solicitante, con expresión del organismo de reclutamiento en que esté adscrito o del Ayuntamiento u Oficina Consular en que debe efectuar su inscripción, así como la fecha en que debiera incorporarse al servicio militar en su caso.

c) La exposición de los motivos de conciencia por los que se opone al cumplimiento del servicio militar, en razón de sus convicciones de orden religioso, ético, moral, humanitario o filosófico, u otras de la misma naturaleza.

3. En aplicación del artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si la solicitud no reúne los requisitos señalados en los apartados anteriores, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos con indicación de que si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido en su pretensión archivándose sin más trámite, con los efectos previstos en el artículo 42.1 de la mencionada Ley.

4. Asimismo, el solicitante hará constar las circunstancias personales, tales como sus obligaciones familiares, su ocupación laboral o profesional y títulos académicos, así como el sector en el que preferentemente desea realizar la prestación social sustitutoria y en general cualquier otra circunstancia que pudiera ser relevante para la determinación del lugar y forma de realización de la prestación. Igualmente, podrá aportar cuantos documentos y testimonios estime pertinentes a fin de acreditar las manifestaciones y los datos alegados.

Artículo 7. Requerimientos.

El Consejo Nacional de Objeción de Conciencia podrá recabar de los interesados que, por escrito u oralmente, amplíen los razonamientos expuestos en la solicitud, pudiendo realizar al efecto las entrevistas personales que considere procedentes sin entrar a valorar en ningún caso, las doctrinas alegadas por el solicitante. Asimismo, podrá requerir de los solicitantes o de otras personas, órganos o instituciones la aportación de documentación complementaria o testimonios que se entiendan pertinentes para el reconocimiento como objetor de conciencia.

Artículo 8. Plazo y efectos de la presentación de la solicitud.

1. La solicitud de reconocimiento como objetor de conciencia podrá presentarse a partir del momento de la inscripción en el alistamiento y hasta el momento en que se produzca su incorporación al servicio militar, así como mientras permanezca en la situación de reserva.

2. Cuando la solicitud se presente, al menos, con dos meses de antelación a la fecha señalada para la incorporación al servicio militar, suspenderá dicha incorporación hasta tanto recaiga resolución firme del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia o, en su caso, de los órganos jurisdiccionales competentes.

Artículo 9. Plazo de resolución.

Transcurridos seis meses a partir del día de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente sin que haya recaído resolución, se podrá entender concedida la condición de objetor.

Artículo 10. Solicitud de incorporación al servicio militar.

1. El Consejo Nacional de Objeción de Conciencia resolverá las solicitudes de los reconocidos objetores de conciencia que, mediante escrito motivado, manifiesten de forma inequívoca su voluntad de incorporarse al servicio militar obligatorio en cualquier momento anterior a su incorporación a la prestación social y antes de cumplir los veintisiete años de edad.

2. El Consejo admitirá estas solicitudes, por una sola vez y con carácter irrevocable, informando inmediatamente de su resolución al Ministerio de Defensa.

Artículo 11. Resolución y notificaciones.

1. Los miembros del Consejo votarán si ha o no ha lugar al reconocimiento de la condición de objetor de acuerdo con la convicción que libremente se hubiesen formado sobre la base de las manifestaciones, los informes, la documentación, los testimonios examinados, así como por las entrevistas personales realizadas, actuando con criterios de imparcialidad y objetividad, y de acuerdo con los apartados 2 y 3 del artículo 4 de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre. Asimismo, podrán hacer constar su oposición motivada al acuerdo mediante voto particular que se incorporará al acta correspondiente.

2. Las resoluciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia se notificarán con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 12. *Recursos.*

1. Las resoluciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, en asunto de su competencia, ponen fin a la vía administrativa.

2. Contra las resoluciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia que denieguen el reconocimiento como objeto de conciencia o que, sin haber resuelto sobre el fondo, pongan fin al procedimiento, podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo con arreglo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, y en el artículo 6 de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

3. Contra las demás resoluciones del mismo se podrá interponer recurso contencioso-administrativo conforme a lo previsto en el artículo 58 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956.

Artículo 13. *Comunicaciones.*

El Consejo Nacional de Objeción de Conciencia a través de la Dirección General de Objeción de Conciencia, comunicará a la Dirección General del Servicio Militar del Ministerio de Defensa la información sobre su actividad que resulte relevante para el ejercicio de sus propias competencias.

TITULO II**De la prestación social de los objetores de conciencia****CAPITULO I****Disposiciones generales****Artículo 14. *Sujeción al régimen de la prestación social sustitutoria.***

Quienes sean legalmente reconocidos objetores de conciencia quedan sujetos al régimen de la prestación social sustitutoria con los derechos y obligaciones establecidos en la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, en el presente Reglamento y disposiciones complementarias.

Artículo 15. *Plazos para resolver y recursos.*

1. Las solicitudes de los objetores reguladas en el presente Título II serán resueltas en los plazos previstos en el mismo. De no recaer resolución expresa podrán entenderse desestimadas.

2. Contra las resoluciones y actos dictados al amparo de este Título que no pongan fin a la vía administrativa podrá interponerse recurso-ordinario en el plazo de un mes.

CAPITULO II

Exenciones y aplazamientos de incorporación

SECCIÓN 1.^a DISPOSICIONES COMUNESArtículo 16. *Concesión y tramitación.*

1. Salvo que expresamente se atribuya la competencia a otro órgano, corresponde a la Oficina la concesión de exenciones y de aplazamientos de incorporación a la prestación social.

2. La tramitación de las solicitudes de objetores que residan en el extranjero se realizará mediante la documentación remitida por las Oficinas Consulares y Secciones Consulares de las Embajadas.

Artículo 17. *Solicitudes de exención o aplazamiento.*

1. Los objetores no clasificados en el servicio militar podrán solicitar la exención de la prestación social o un aplazamiento de incorporación durante los dos meses siguientes a la notificación del reconocimiento de la condición de objetor. Posteriormente sólo podrá solicitarse por causa sobrevenida en los casos establecidos en este Reglamento y durante el mes siguiente al acaecimiento inicial de la causa respectiva.

2. Quienes hubiesen sido clasificados en el servicio militar podrán solicitar, por causa sobrevenida a su clasificación y en los casos y plazos establecidos en este Reglamento, la exención de la prestación social o un aplazamiento de incorporación cuando fuesen compatibles con la clasificación militar asignada.

3. No se admitirá en la prestación social la reiteración de solicitudes desestimadas o que impliquen la reapertura de plazos caducados en el servicio militar.

Artículo 18. *Plazos para resolver.*

1. Las solicitudes de exención o aplazamiento se resolverán en el plazo de seis meses.

2. Las solicitudes de exención o aplazamiento presentadas por objetores incorporados a la prestación social serán resueltas en tres meses a partir del día de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente. Asimismo, en un plazo de tres meses contado desde la incorporación, serán resueltas las solicitudes presentadas antes de la misma.

SECCIÓN 2.^a EXENCIONESArtículo 19. *Causas de exención.*

Son causas de exención de la prestación social:

- a) Mantener obligaciones familiares de carácter excepcional, de acuerdo con los artículos 20 y 30.
- b) Padecer alguna enfermedad o limitación física o psíquica que impida realizar la prestación social.
- c) Las derivadas de convenios internacionales. Aquellos objetores residentes en el extranjero que tengan un puesto de trabajo y no se les garantice por convenio su re-

serva, en caso de trasladarse a España podrán obtener la exención, siempre que hayan agotado las posibles ampliaciones de prórroga de cuarta clase.

- d) Tener cumplidos treinta años de edad.
- e) Haber obtenido la ampliación por seis años de la prórroga de sexta clase.

Artículo 20. Exención por mantener obligaciones familiares de carácter excepcional.

1. La exención por obligaciones familiares podrá solicitarse por causas excepcionales de carácter humanitario o irreversible, suficientemente justificadas, cuando la presencia del solicitante en su domicilio sea considerada imprescindible para el desarrollo de la vida familiar.

2. El Secretario de Estado de Justicia resolverá estas solicitudes de exención a propuesta elevada por la Dirección General de Objeción de Conciencia con informe de la Oficina.

Artículo 21. Exención por enfermedad o limitación física o psíquica.

1. Es causa de exención de la prestación social el padecimiento de alguna enfermedad o limitación física o psíquica incluida en el vigente cuadro médico de exenciones para el servicio militar. Los objetores podrán formular las correspondientes alegaciones en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia y con el adecuado apoyo documental.

2. La Oficina podrá recabar la presencia de cualquier objetor para valorar su aptitud psicofísica mediante citación, en que se expresará objeto, lugar, fecha y hora, con la advertencia de que de no comparecer sin justificación, se presumirá, salvo prueba en contrario obrante en el expediente, la aptitud para la prestación social. Cuando el interesado acredite con certificado médico la imposibilidad de presentarse al reconocimiento se acordará su aplazamiento o la realización en el domicilio del objetor.

3. Los reconocimientos físicos o psíquicos serán efectuados por los servicios de sanidad pública, previos los correspondientes convenios de colaboración con las Administraciones sanitarias competentes. También podrán realizarse por los facultativos que designe la Oficina. Cuando se trate de objetores que se hallen en el extranjero, los reconocimientos se efectuarán en el momento de la incorporación a la prestación social.

4. Podrá prescindirse del reconocimiento cuando de las alegaciones efectuadas y de la documentación obrante en el expediente pueda formarse criterio sobre la existencia o inexistencia y la transcendencia de la enfermedad o limitación.

5. Es competente para resolver estas solicitudes de exención el Secretario de Estado de Justicia, en los términos señalados en el artículo 20.2 de este Reglamento.

Artículo 22. Exención y convalidación por convenio internacional.

1. Los objetores podrán acogerse a la exención de la prestación social establecida en convenios internacionales, mediante solicitud apoyada en la cita del Convenio de que se trate, complementada con documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos correspondientes.

2. Se dará por cumplida la prestación social a los españoles que, habiendo permanecido en el extranjero, se acojan a la validez recíproca del servicio militar o del servicio civil sustitutorio, reconocidas en convenios internacionales, o los hubiesen prestado en otro país por imperativo inexcusable de su legislación.

3. También se dará por cumplida la prestación social a quienes adquieran o hayan adquirido la nacionalidad española, siempre que en el país de origen hubiesen cumplido,

o estuviesen exentos del cumplimiento obligatorio del servicio militar o del civil sustitutorio de éste.

4. Las solicitudes de exención y convalidación reguladas en este artículo serán resueltas por el Director general de Objeción de Conciencia.

SECCIÓN 3.^a APLAZAMIENTOS DE INCORPORACIÓN

Parte 1.^a Disposiciones generales

Artículo 23. Clases de aplazamientos.

Procede la concesión de aplazamientos de incorporación en los casos siguientes:

- a) Por prórrogas.
- b) Por la preferencia manifestada por el objetor de retrasar su incorporación.
- c) Por padecer enfermedad o limitación física o psíquica cuyos efectos requieran examen posterior a la fecha prevista para la incorporación o puedan prolongarse después de ésta, conforme el artículo 42.
- d) Por cumplir condena de privación de libertad o encontrarse sujeto a medidas legales incompatibles con la realización de la prestación social.
- e) Por cumplir el servicio militar o la prestación social un hermano del objetor.

Parte 2.^a Aplazamientos por prórrogas

A) Normas generales

Artículo 24. Clases de prórrogas.

Existen las siguientes clases de prórrogas de incorporación a la prestación social:

Primera clase: por ser necesaria la concurrencia del objetor al sostenimiento de su familia.

Segunda clase, por alguna de las causas siguientes:

- a) Por razón de estudios.
- b) Por ser el objetor figura relevante en el ámbito artístico o deportivo. A los efectos de este apartado se considerarán artistas relevantes aquéllos que hayan representado a España en certámenes artísticos internacionales, desarrollen actividades de esta naturaleza con una acreditada proyección internacional o estén en vías de alcanzarla en un futuro próximo.

Tercera clase: por razones de tipo laboral para consolidar un puesto de trabajo.

Cuarta clase: por ostentar la condición de residente en el extranjero.

Quinta clase: por desempeñar un cargo público de elección popular.

Sexta clase: por decisión del Gobierno fundada en razones excepcionales o de interés nacional.

Artículo 25. Solicitud de prórrogas.

- 1. Las prórrogas se solicitarán en los plazos expresados en el artículo 17, acompañando la documentación preceptiva en cada caso, y sus ampliaciones, en los plazos que para cada clase establece este Reglamento.

2. Si se solicitase una prórroga a la vez que se alega una enfermedad o limitación física o psíquica se dará prioridad o la tramitación de esta alegación.

Si se declarase la exención o se concediese el aplazamiento, se archivará la solicitud de prórroga sin más trámite que la notificación al interesado.

3. La Oficina revisará de oficio las prórrogas o ampliaciones concedidas cuando tuviese conocimiento de modificaciones habidas en las circunstancias determinantes de la concesión.

Artículo 26. *Efectos y duración de las prórrogas.*

1. Las prórrogas y sus ampliaciones, excepto las de primera y quinta clases, permiten retrasar en su caso la incorporación hasta el año de cumplimiento de los veintitrés de edad. La concesión de ampliaciones posteriores que permitan retrasarla hasta el año de cumplimiento de los veintiseis de edad, quedará sujeta a los requisitos especiales determinados para cada una de ellas.

2. La duración de las prórrogas será la siguiente:

a) Prórrogas de primera clase y sus ampliaciones, tres años.

b) Prórrogas de segunda, tercera, cuarta y sexta clases y sus ampliaciones, uno o dos años, atendiendo a la solicitud de los objetores. Si no se expresase, se entenderá formulada por dos años.

c) Prórrogas de quinta clase duración igual a la del mandato para el que el objeto; hubiera sido elegido, conforme al artículo 39.

3. Las prórrogas tienen efecto desde el momento de su concesión y finalizan, salvo renuncia previa, el 31 de diciembre del año en que concluya su duración.

Artículo 27. *Incompatibilidad entre prórrogas.*

1. No se podrán disfrutar simultánea ni sucesivamente prórrogas de diferentes clases, excepto las de primera, quinta y sexta clases, a las que se podrá optar aunque se haya solicitado o disfrutado otra de primera segunda, tercera o cuarta clases. Tampoco se podrán solicitar prórrogas, excepto las de primera, quinta y sexta clases, después de haber obtenido por manifestación de preferencia, aplazamiento de incorporación.

2. Se tendrán en cuenta las prórrogas, ampliaciones y aplazamiento de incorporación disfrutados en el servicio militar, a cuyo objeto los interesados estarán obligados a comunicarlos a la Oficina.

B) Prórrogas por sostenimiento familiar

Artículo 28. *Circunstancias y requisitos para su concesión.*

1. La prórroga de primera clase se concede cuando la concurrencia del objeto sea necesaria para el sostenimiento de la familia en las condiciones establecidas en este Reglamento.

2. Para la concesión de esta prórroga es necesario que el objeto contribuya con los rendimientos de su trabajo a los ingresos líquidos anuales de la unidad familiar con una aportación igual o superior al 25 por 100 de los mismos y que los ingresos líquidos de la familia, incluidos los que el solicitante podría percibir durante la prestación social, no rebasen en su cuantía anual las siguientes unidades económicas en función del número de familiares del objeto:

a) Un familiar: 480 unidades;

b) Dos familiares: 610 unidades;

c) Tres familiares: 740 unidades,

y así sucesivamente, aumentando 130 unidades anuales por cada familiar más. Los ingresos no estarán sujetos a esta limitación cuando el objetor sea el único perceptor de la familia.

3. Se entiende por «unidad» el salario mínimo interprofesional diario fijado periódicamente por el Gobierno para los trabajadores mayores de dieciocho años, vigente en el año en que se efectúe la evaluación económica que será el de la presentación de la solicitud y, en caso de resultar los datos económicos incompletos o insuficientes, el año precedente.

4. Se consideran miembros de la unidad familiar el cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, padres adoptivos, parientes por consanguinidad ascendientes, descendientes, o colaterales hasta el segundo grado y los afines en primer grado, así como los acogidos de hecho y adoptados, siempre que convivan efectivamente en el hogar familiar, salvo que se acredite que la no convivencia está justificada.

5. Para determinar la cuantía anual de los ingresos íntegros de la unidad familiar se tendrán en cuenta los efectivamente percibidos por todos los miembros de la misma, incluidos los que el objetor pudiera percibir durante la realización de la prestación social.

6. Para determinar los ingresos líquidos a que se refiere este artículo se deducirán de la suma de los ingresos íntegros anuales las siguientes cantidades:

a) El importe de las contribuciones, tasas e impuestos de la Administración del Estado, Autonómica y Local necesarios para la obtención de los ingresos íntegros.

b) El importe de las cantidades satisfechas a la Seguridad Social como aportación de los trabajadores.

c) El importe real de los gastos por concepto de vivienda de la unidad familiar, hasta un máximo de 125 unidades, previa justificación documental.

d) Ciento treinta unidades por cada miembro de la unidad familiar que sea disminuido físico o psíquico y no sea perceptor de pensión o ingresos por trabajo.

Artículo 29. *Documentación justificativa.*

La Oficina valorará la documentación aportada por el objetor para acreditar las circunstancias alegadas que justifican la concesión de la prórroga de primera clase, y si la considerase insuficiente podrá requerir como documentación complementaria la siguiente:

A) Del objetor:

1.º Fotocopia del contrato de trabajo, licencia fiscal, certificado de la cámara agraria u otros documentos análogos.

2.º Certificado de la empresa, organismo o cámara agraria de los ingresos que percibiría el objetor en caso de incorporarse a la prestación social, de acuerdo con las previsiones legales o del correspondiente convenio laboral.

3.º Fotocopia de la declaración de la renta, conjunta o separada, o certificación del Ministerio de Economía y Hacienda de no haberla efectuado.

4.º Certificados de las cantidades satisfechas a que se refiere el apartado 6 del artículo anterior.

B) Del resto de las personas que componen la unidad familiar:

1.º Personas en edad laboral: fotocopia del contrato de trabajo y certificación de la liquidación de ingresos anuales. En su caso, demostración documental de estar en paro y de la cuantía de la prestación o subsidio que percibe.

2.º Personas impedidas para el trabajo y personas jubiladas: certificado de la pensión y cuantía anual.

3.º Personas mayores de sesenta y cinco años que no sean pensionistas: acreditación de no percibir pensión del Estado, Comunidad Autónoma, Corporación Local o Seguridad Social.

Artículo 30. *Ampliaciones de la prórroga.*

1. Para obtener ampliación de la prórroga de primera clase deberá solicitarse durante el mes de noviembre del año de vencimiento de la prórroga o de su primera ampliación y acreditarse el cumplimiento de los requisitos exigidos para la concesión. De no presentarse dentro de plazo las solicitudes se entenderá caducada la ampliación.

2. La concesión de la segunda ampliación producirá la exención de la Prestación social.

Artículo 31. *Solicitud por causa sobrevenida.*

1. Son admisibles como causas sobrevenidas de solicitud de prórroga de primera clase las siguientes:

a) La disminución debidamente justificada de los ingresos líquidos familiares por causa no imputable a sus miembros.

b) El aumento del número de miembros de la familia.

2. La concesión de prórroga de primera clase por causa sobrevenida está sujeta al cumplimiento de las normas y requisitos establecidos en los artículos anteriores, así como el plazo fijado en el artículo 17.

C) Prórrogas por estudios

Artículo 32. *Circunstancias y requisitos para su concesión.*

1. Para solicitar prórroga por estudios o ampliación de la misma que permita retrasar la incorporación hasta el año en que se cumplan los veintiuno de edad será necesario, alternativamente:

a) Cursar estudios en programas de garantía social de formación profesional u otras enseñanzas reconocidas por el Ministerio de Educación y Ciencia de nivel equivalente o superior a las citadas.

b) Cursar estudios oficiales en otro país del mismo o superior nivel de los señalados en el párrafo anterior.

2. Para solicitar prórroga o ampliación que permita retrasar la incorporación hasta el año en que se cumplan los veintitrés de edad será necesario, alternativamente:

a) Haber finalizado el ciclo formativo de grado medio de formación profesional o enseñanzas equivalentes y estar matriculado o tener, al menos, reserva de plaza para continuar estudios.

b) Tener aprobado como mínimo un número de asignaturas igual al que constituye el primer curso de estudios de enseñanza superior y estar matriculado o tener al menos, la reserva de plaza para el segundo curso.

Cuando se trate de planes de estudios estructurados en créditos será necesario haber obtenido el número de créditos que resulte de dividir el total de los que integren el plan de estudios por el número de años que lo componen y estar matriculado en otro número igual a dicho cociente.

3. Para solicitar prórroga o ampliación que permita retrasar la incorporación hasta el año en que se cumplan los veinticinco de edad será necesario:

a) Haber finalizado el ciclo formativo de grado superior de formación profesional o enseñanzas equivalentes y estar matriculado o tener, al menos, la reserva de plaza para la enseñanza superior.

b) Tener aprobados, como mínimo, un número de asignaturas igual al que constituyen los dos primeros cursos de estudios de enseñanza superior y estar matriculado o tener, al menos, la reserva de plaza para el tercer curso.

Cuando se trate de planes de estudios estructurados en créditos será necesario haber obtenido el doble del número de créditos que resulte de dividir el total de los que integren el plan de estudios por el número de años que lo componen y estar matriculado en un número de créditos igual al cociente resultante en la mencionada división.

4. Para solicitar prórroga o ampliación que permita retrasar la incorporación hasta el año en que se cumplan los veintisiete de edad será necesario tener aprobado, como mínimo, un número de asignaturas igual al que constituyen los tres primeros cursos de estudios de enseñanza superior y estar matriculado o tener, al menos, la reserva de plaza para el cuarto curso de dichos estudios.

Cuando se trate de planes de estudios estructurados en créditos será necesario haber obtenido el triple número de créditos que resulte de dividir el total de los que integren el plan de estudios por el número de años que lo componen y estar matriculado en un número de créditos igual al cociente resultante en la mencionada división.

5. Asimismo, se podrá solicitar prórroga o ampliación para:

a) Preparar oposiciones oficiales.

b) Realizar prácticas exigidas oficialmente para la obtención de títulos.

c) Cursar estudios en seminarios o centros de formación profesional pertenecientes a Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas que tengan firmados Acuerdos o Convenios de cooperación con el Estado.

6. Con carácter excepcional, previa solicitud del interesado y a propuesta de la Oficina, el Director general de Objeción de Conciencia podrá acordar la ampliación de la prórroga, aunque no se cumplan los requisitos de los apartados precedentes, cuando se acrediten causas excepcionales y graves que justifiquen la ampliación.

7. La solicitud de prórroga por estudios o su ampliación se acompañará de certificado acreditativo de estar cursando los estudios a prácticas correspondientes, expedido por la dirección del establecimiento oficial o centro privado autorizado y, en su caso, la documentación acreditativa de las circunstancias excepcionales del apartado anterior.

8. En caso de preparar oposiciones oficiales, el certificado de inscripción correspondiente podrá sustituirse por el de la persona bajo cuya dirección se realicen los estudios o, cuando la preparación se realice particularmente, por una declaración del interesado. Las solicitudes de ampliación se acompañarán de certificado de haberse presentado a las pruebas de la oposición para la que se solicitó la prórroga y estar pendiente de concurrencia a ejercicios o fases de la misma.

9. Las ampliaciones de prórroga se solicitarán durante el mes de noviembre del año en que caduque la anteriormente concedida.

Artículo 33. *Solicitud por causa sobrevenida.*

Con los requisitos y límites establecidos en el artículo anterior podrá solicitar, por causa sobrevenida, prórroga de segunda clase por estudios el objeto que cesase en un aplazamiento de incorporación a la prestación social, concedido en los casos siguientes:

a) Por enfermedad o limitación física o psíquica, solicitándola durante el mes siguiente al cese del aplazamiento.

b) Por privación de libertad o sujeción a medidas incompatibles con la realización de la prestación social, solicitándola en el mes siguiente al cese del aplazamiento.

c) Por prórroga de segunda clase como figura relevante en el ámbito artístico o deportivo, solicitándola durante el mes de noviembre del año en que concluya la prórroga.

D) Prórrogas por ser el objetor figura relevante en el ámbito artístico o deportivo

Artículo 34. *Solicitud y ampliaciones de la prórroga.*

1. La condición de artista relevante la acreditará el interesado mediante certificación extendida por el Ministerio de Educación y Ciencia o el de Cultura, y en el caso de los deportistas de alto nivel, por certificación del Consejo Superior de Deportes, siempre que estén incluidos en la lista anual elaborada a tal fin, y de acuerdo con la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

2. En los supuestos anteriores y mientras conserve su condición se podrán solicitar ampliaciones sucesivas de la prórroga para retrasar la incorporación hasta el año en que se cumplan los veintisiete años de edad. Las ampliaciones se solicitarán durante el mes de noviembre del año en que caduque la anteriormente concedida.

E) Prórrogas por razones laborales

Artículo 35. *Solicitud y requisitos.*

1. La prórroga de tercera clase se podrá conceder inicialmente o por causa sobrevenida por razones de tipo laboral, debidamente documentadas, que hagan imprescindible la presencia de un trabajador por cuenta ajena en el puesto de trabajo para su consolidación.

2. A la solicitud de la prórroga se acompañará documento de la Administración o empresa correspondiente que acredite que los estudios, cursos de formación, méritos o prácticas a realizar, son imprescindibles para la consolidación del puesto de trabajo. También se hará constar la duración y la fecha de finalización de los mismos.

3. Caso de mantenerse la situación determinante de la concesión de la prórroga, la solicitud de ampliación, debidamente documentada, podrá presentarse durante el mes de noviembre del año en que caduque la prórroga concedida sin que quepa posterior ampliación.

F) Prórrogas a residentes en el extranjero

Artículo 36. *Solicitud y requisitos.*

1. La prórroga de cuarta clase y sus ampliaciones se podrán conceder a los objetores que reglamentariamente tengan la condición de residentes en el extranjero, conforme al artículo 1 del presente Reglamento y permitirá retrasar la edad de incorporación hasta el año en que se cumplan los veintisiete de edad, siempre que se mantenga la residencia en el extranjero.

2. La prórroga y sus ampliaciones se solicitarán de la Oficina a través de la Oficina Consular o Sección Consular de la Embajada correspondiente al lugar de residencia.

Artículo 37. *Traslados a territorio nacional y limitaciones de la prórroga.*

1. No podrá obtener ampliación de prórroga de cuarta clase el objetor que regrese para residir en España.
2. No obstará a la prórroga de cuarta clase la permanencia en territorio nacional, previo conocimiento de la correspondiente Oficina o Sección Consulares, por períodos que no excedan de tres meses al año, bien de una sola vez bien fraccionadamente. El sobrante no será acumulable al año siguiente.
3. No se aplicará la limitación de párrafo anterior a los objetores con prórroga o ampliación que trabajen como profesionales en empresas extranjeras de transporte terrestre, marítimo o aéreo, siempre que su permanencia en territorio español no exceda de la duración de la estancia obligatoria por el servicio a realizar y que el total de días, incluido el tiempo permanecido según lo establecido en el apartado anterior, no exceda de ciento ochenta al año.
4. Cuando circunstancias políticas, sociales o económicas de carácter excepcional del país de residencia, acreditadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores, obliguen a españoles a regresar a territorio nacional, se podrá solicitar la conversión de la prórroga de cuarta clase en otra de sexta.

Artículo 38. *Cambio de domicilio y modificaciones en las circunstancias de concesión de la prórroga.*

1. Los objetores con prórroga de cuarta clase que cambien de domicilio en el extranjero deberán comunicarlo a la Oficina o Sección Consulares de procedencia, las cuales darán traslado al Consulado correspondiente al nuevo domicilio y a la Oficina.
2. Las Oficinas Consulares y las Secciones Consulares de las Embajadas comunicarán de inmediato a la Oficina cualquier modificación de las circunstancias que motivaron la concesión de la prórroga de la que tuvieran conocimiento, debiendo velar los cónsules en sus demarcaciones por el cumplimiento de las condiciones de quienes soliciten o disfruten de prórrogas de cuarta clase.

G) Prórrogas por elección popular

Artículo 39. *Solicitud y requisitos.*

1. La prórroga de quinta clase se concederá por desempeñar un cargo público de elección popular.
2. La duración de la prórroga será igual a la del mandato para el que los objetores hayan sido elegidos y será efectiva a partir del momento de la adquisición de su condición de cargo público de elección popular.
3. La solicitud de la prórroga se dirigirá a la Oficina dentro del mes siguiente al de proclamación por la correspondiente Junta electoral o, en su caso, al de finalización de cualquier otra prórroga que se tuviese concedida y se documentará con la acreditación oficial de la selección determinante de la condición correspondiente.

H) Prórrogas por decisión del Gobierno

Artículo 40. *Circunstancias y requisitos para su concesión.*

1. La prórroga de sexta clase podrá concederse por razones excepcionales o de interés nacional apreciadas por el Gobierno.
2. En las circunstancias que determine el Consejo de Ministros, la concesión de las prórrogas de sexta clase establecidas en el apartado anterior y de sus ampliaciones corresponde al Secretario de Estado de Justicia.
3. La solicitud de prórroga de sexta clase, debidamente documentada, será dirigida a la Oficina o, en su caso, a las Oficinas Consulares. Con el informe pertinente se elevará a la Dirección General de Objeción de Conciencia, que propondrá la concesión, si procede.
4. La solicitud de ampliación se efectuará ante los órganos mencionados en el apartado anterior durante el mes de noviembre del año en que caduque la prórroga.
5. La concesión por seis años de la ampliación de la prórroga de sexta clase será causa de exención de la prestación social. En el caso de que las circunstancias alegadas en la solicitud de concesión de la prórroga fuesen excepcionales, permanentes y no susceptibles de modificación, se podrá conceder la exención de la prestación social.

Parte 3.^a Otros aplazamientos de incorporación

Artículo 41. *Aplazamiento por manifestación de preferencia.*

1. La manifestación de preferencia por incorporarse a la prestación social entre los diecinueve y los veinticuatro años de edad podrá formularse dentro de los dos meses siguientes a la notificación al objetor de su reconocimiento como tal, así como dentro del mes siguiente a la denegación de una prórroga de incorporación, pudiéndose superar, en este último supuesto, ese límite de edad en casos excepcionales que valorará la Oficina.
2. La concesión del aplazamiento se subordinará a la necesidades de los servicios civiles atendidos por los objetores.

Artículo 42. *Aplazamiento por enfermedad o limitación física o psíquica temporales.*

1. A los objetores de conciencia que como resultado de las pruebas y reconocimientos a que se refiere el artículo 21 se les aprecie una enfermedad o limitación física o psíquica incluida en el vigente cuadro médico de aplazamientos para el servicio militar, que impida temporalmente realizar la prestación social, con efectos que puedan prolongarse hasta la fecha previsible de incorporación, se les concederá un aplazamiento de dos años sin perjuicio de que puedan solicitar su vencimiento anticipado por cese de las causas correspondientes.
2. Se concederá un nuevo aplazamiento siempre que en la revisión se confirmase la persistencia de las causas que motivaron la concesión del anterior.

Artículo 43. *Aplazamientos por estar cumpliendo condena de privación de libertad o sujetos a medidas legales que resulten incompatibles con la realización de la prestación social.*

1. Los objetores de conciencia que cumplan condena de privación de libertad o estén sujetos a medidas legales incompatibles con la realización de la prestación social

comunicarán en los plazos del artículo 17 esta situación a la Oficina que, previa comprobación documental, concederá el correspondiente aplazamiento de incorporación.

2. Cuando la Oficina tenga conocimiento de objetores que se encuentren en la situación a que se refiere el apartado anterior procederá de oficio a dicha concesión.

3. A los objetores comprendidos en los apartados anteriores no se les tendrán en cuenta otras solicitudes de aplazamiento que pudiesen formular hasta que extingan sus penas, obtengan la libertad condicional o dejen de estar sometidos a las correspondientes medidas.

4. Al cesar las causas que dieron lugar al aplazamiento, los objetores, en un plazo de un mes, lo comunicarán a la Oficina a los efectos correspondientes, pudiendo solicitar las exenciones o aplazamientos que, en su caso, procedan.

Artículo 44. *Aplazamientos por tener un hermano cumpliendo el servicio militar o la prestación social sustitutoria.*

1. La incorporación a la realización de la prestación social puede aplazarse, por una sola vez, al objector que, debiendo incorporarse con menos de veintiséis años de edad, se encuentre en alguno de los casos siguientes:

a) Tener un hermano realizando el servicio militar o el correspondiente servicio reglamentario en la Cruz Roja u otras organizaciones con fines de interés general.

b) Tener un hermano realizando la prestación social.

c) Tener un hermano pendiente de incorporación dentro del mismo año a dichos servicio o prestación.

2. Cuando el hermano que da origen al aplazamiento esté sujeto a la realización del servicio militar el solicitante deberá aportar la documentación siguiente:

a) Si se encontrase incorporado: certificado del Jefe de la respectiva unidad especificando el reemplazo, mes de incorporación y fecha en que concluya dicho servicio.

b) Si no se hubiese incorporado: certificado del centro de reclutamiento expresando los datos del apartado anterior.

3. La concesión del aplazamiento retrasa la incorporación del objector hasta después de transcurridos tres meses desde la finalización del servicio o prestación social del hermano que dio origen al aplazamiento.

4. Cuando el motivo del aplazamiento fuese tener un hermano sujeto a la realización del servicio militar se comunicará su concesión a la Dirección General del Servicio Militar.

CAPITULO III

Adscripción e incorporación de objetores

SECCIÓN 1.^a DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 45. *Objetores incorporables.*

1. Son incorporables a la prestación social los objetores que no tengan concedida una exención o aplazamiento vigentes de incorporación.

2. De modo especial, son incorporables a la prestación social los objetores siguientes:

a) Objetores que no soliciten en plazo la concesión de exenciones o aplazamientos de incorporación.

- b) Objetores que, requeridos al efecto, no se presenten sin causa justificada a actos necesarios para tramitar un aplazamiento o exención o no presenten la documentación necesaria al efecto, salvo que fuese suficiente la que en uno u otro caso obre en el expediente.
- c) Objetores clasificados «aptos», en el servicio militar.
- d) Objetores reconocidos durante el año en que cumplan veintisiete o más años de edad, en tanto no hayan quedado exentos o tengan concedido algún aplazamiento de incorporación.

Artículo 46. *Solicitudes relativas a la adscripción o incorporación.*

Las solicitudes de los objetores relativas a su adscripción o incorporación a la prestación social serán resueltas en un plazo de seis meses a partir del día de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente y, en todo caso, dentro de los tres meses siguientes a la incorporación.

SECCIÓN 2.^a ADSCRIPCIÓN DE LOS OBJETORES

Artículo 47. *Sistema de adscripción.*

1. La Oficina adscribirá a los objetores incorporables a puestos de actividad en programas o centros de prestación de servicios directamente dependientes de la Administración General del Estado o de las entidades públicas y privadas colaboradoras de la prestación social, merced al correspondiente concierto. Las Comunidades Autónomas que tengan establecidos conciertos con la Administración General del Estado podrán asignar a los objetores que les sean adscritos, a los diversos puestos de actividad que tengan concertados.

2. El Secretario de Estado de Justicia podrá suspender la adscripción de los objetores residentes en el extranjero que hubiesen agotado las ampliaciones de prórroga.

3. Conforme al artículo 12.2 de la Ley 48/1984 la adscripción se realizará atendiendo prioritariamente a las necesidades de los servicios civiles y, en su caso, a la capacidad, aptitudes y domicilio habitual del objetor.

4. Con subordinación a los criterios expresados en el apartado anterior, podrán atenderse las preferencias manifestadas por los objetores que sean compatibles con las necesidades de gestión de la prestación social y la disponibilidad de los puestos.

5. A efectos de manifestación de preferencia podrá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado» la relación de puestos de actividad en que hayan de realizar su prestación social los correspondientes objetores. La publicación será comunicada a los interesados.

6. Se adscribirán de oficio a los puestos disponibles al efecto los objetores que no hubiesen manifestado preferencia o desistiesen de la manifestada o cuando no fuese posible atenderla por estar cubiertos los puestos de actividad. También podrá adscribirse de oficio a los objetores mayores de veintisiete años. La adscripción de oficio a localidad situada fuera de la residencia habitual del objetor se hará a puesto con alojamiento y manutención o con la correspondiente indemnización de los gastos ocasionados en los casos que se determine.

7. La adscripción tendrá lugar dentro de los seis meses siguientes al plazo final a que se refiere el artículo 18.1.

8. Efectuada la adscripción, ésta se comunicará al objetor. Igualmente, se comunicarán a las respectivas entidades los datos personales de los objetores adscritos.

9. Por circunstancias graves, debidamente acreditadas la Oficina podrá modificar las condiciones de la adscripción.

10. Previa solicitud, el Director general de Objeción de Conciencia podrá suspender temporalmente la adscripción a quienes, por circunstancias excepcionales debidamente justificadas, se les produzca un grave perjuicio transitorio. Su duración máxima será de un año, ampliable a dos, en caso de imperiosa necesidad.

11. Los objetores que presenten la solicitud de reconocimiento de esta condición, con posterioridad a la asignación de destino en el servicio militar, deberán incorporarse a la primera plaza de cumplimiento de la prestación social sustitutoria que esté disponible.

SECCIÓN 3.^a INCORPORACIÓN DE LOS OBJETORES

Artículo 48. *Sistema de incorporación.*

1. La incorporación de los objetores tendrá lugar dentro de los seis meses siguientes al final del plazo establecido por el artículo 47.7 para adscribir a los objetores a los puestos respectivos, plazo que, a petición de los interesados y consideradas las necesidades de los servicios y la disponibilidad de puestos, podrá ampliarse en seis meses más.

2. La fecha y el lugar en que se ordene la incorporación y la indicación de la responsabilidad en que pudiera incurrir el objector por no presentarse o presentarse con retraso, sin causa justificada, se notificará al objector. A tal efecto será suficiente la notificación hecha al domicilio declarado por el mismo. La notificación a los residentes en el extranjero se practicará a través de la correspondiente Oficina Consular o Sección Consular de la Embajada.

3. Cuando intentada la notificación ésta no se hubiera podido practicar o no conste su efectividad o el objector se encuentre en paradero desconocido, la orden de incorporación se notificará a través del «Boletín Oficial del Estado» y del tablón de anuncios del Ayuntamiento de su último domicilio que conste en la Oficina o del tablón de anuncios de la Oficina Consular o Sección Consular de la Embajada donde el objector esté inscrito.

4. Cuando la incorporación exija el desplazamiento del objector, en las condiciones que se determinen, se le compensarán los gastos del viaje inicial al destino y final de regreso del mismo. Los gastos se harán efectivos con el escrito de notificación o en el momento y lugar en él determinados.

5. Los gastos de desplazamiento de los residentes en el extranjero podrán abonarse a través de la correspondiente Oficina Consular o Sección Consular de la Embajada. Cuando la incorporación del objector sea a petición propia, los gastos serán por su cuenta.

Artículo 49. *Formalización de la incorporación.*

1. La incorporación se formalizará mediante la firma de la correspondiente acta.

2. Los objetores que por enfermedad no puedan incorporarse en la fecha ordenada deberán comunicarlo inmediatamente, acompañando el correspondiente certificado médico a la Oficina, que podrá acordar el oportuno reconocimiento médico, comunicándolo a su vez a las entidades afectadas.

3. Excepcionalmente, podrá suspenderse la incorporación en los términos del artículo 50.7 por circunstancias extraordinarias sobrevenidas con posterioridad a la orden de incorporación, determinantes de un grave perjuicio, transitoriamente evitable con la suspensión y siempre que posteriormente pueda completarse íntegramente el período de actividad.

CAPITULO IV**Realización de la prestación social****Artículo 50. *Régimen de realización de la prestación social.***

1. La situación de actividad, consistente en la realización de la prestación social comenzará el día en que el objetor efectúe el acto de incorporación y finalizará cuando obtenga la baja por pase a la reserva o exención de la prestación social.
2. La prestación social se realizará en los sectores de actividad determinados, conforme al artículo 6 de la Ley 48/1984.
3. La duración de la situación de actividad será de trece meses.
4. El tiempo anterior de cumplimiento del servicio militar por objetores que presentaron su solicitud de objeción con anterioridad a su incorporación a filas será computado en proporción a la duración de la prestación social sustitutoria.
5. La realización de las tareas que se encomiendan a los objetores de conciencia no supondrá, en ningún caso, existencia de relación laboral.
6. La realización de la prestación social será continuada, salvo por causas establecidas en este Reglamento. Excepcionalmente, podrá suspenderse la situación de actividad por circunstancias extraordinarias sobrevenidas durante la misma, determinantes de un grave perjuicio, transitoriamente evitable con la suspensión y siempre que posteriormente pueda completarse el período de actividad.
7. La suspensión de la situación de actividad, a solicitud del objetor, tendrá una duración de uno a seis meses y se concederá por el Secretario/a de Estado de Justicia.

Artículo 51. *Modo de realización de la prestación social y formación.*

1. Los objetores de conciencia realizarán su prestación social del modo y en las condiciones que exijan las necesidades de los servicios y centros de destino. Con carácter general, las condiciones de desempeño serán análogas a las legalmente establecidas para el personal empleado de la entidad en el sector correspondiente al centro de prestación de servicios.
2. Los objetores que acrediten aptitud al efecto serán designados monitores o coordinadores.
3. Los objetores quedan sujetos al régimen interior y al sistema de organización del centro de destino.
4. Los objetores se encuentran sujetos al deber de obediencia a las autoridades de la prestación social, así como a los responsables de los servicios en que ésta se realice, en todo lo que respecta a la realización de la prestación social.
5. Se proclamará el conocimiento por los objetores de la organización básica y fines de la prestación social las tareas que deban desempeñar, el contenido del concierto suscrito por la entidad correspondiente, el régimen general de sus derechos y deberes, así como el de la protección y defensa civil, a cuyo efecto la Oficina recabará la colaboración necesaria de los órganos competentes en la materia. En su caso, los objetores recibirán una formación básica sobre cooperación al desarrollo.
6. Cuando la realización de la prestación social requiera especiales conocimientos o preparación, el objetor deberá seguir un curso de formación, computándose como prestación social el tiempo dedicado a la formación.

Artículo 52. *Horario, vacaciones y permisos.*

1. La jornada de la prestación social será ordinaria de treinta y cinco a cuarenta horas semanales, en régimen especial de turnos o de modo intensivo, como conse-

cuencia de necesidades objetivas de los servicios prestados y siempre con un total de mil seiscientas horas de actividad para todo el período reglamentario de duración de la prestación social.

2. Los objetores tendrán derecho a disfrutar de treinta días de vacaciones y de descansos semanales, fiestas y permisos en los casos y condiciones de la legislación aplicable al personal empleado de la entidad del correspondiente centro.

3. Con subordinación, en todo caso, al régimen interior y a la organización de las tareas en el centro de destino, los objetores tendrán derecho a disfrutar de permisos extraordinarios, con una duración máxima de cinco días continuados y un total de trece días para el período reglamentario de duración de la prestación social. Su duración será deducible de los treinta días de vacaciones, excepto en caso de fallecimiento o enfermedad grave de familiares en primer y segundo grado.

4. Los objetores que tengan la consideración de deportistas de alto nivel tendrán derecho a otros permisos, hasta totalizar un máximo de ciento veinte días, incluidas las vacaciones y demás permisos reglamentados para asistir a competiciones o prepararse para ellas, siempre que estén autorizados por el Consejo Superior de Deportes. Para la concesión de estos permisos el interesado los solicitará a la Dirección General de Objeción de Conciencia con tiempo suficiente, adjuntando la aprobación del citado Consejo.

5. El Director general de Objeción de Conciencia podrá acordar, a propuesta de la Oficina, la concesión de un permiso excepcional de hasta dos meses, cuando la realización de la prestación social se hubiese realizado habitualmente en condiciones de extraordinaria onerosidad personal.

Artículo 53. Percepciones y otros derechos de los objetores.

1. Los objetores devengarán una cantidad para gastos personales y lo necesario para su alimentación vestuario y transporte en las condiciones de equivalencia previstas en la ley.

2. Los objetores percibirán la cantidad para gastos personales que fije la Ley de Presupuestos Generales del Estado para quienes cumplan el servicio militar obligatorio, que podrá hacerse efectiva directamente por la Administración o a través de las correspondientes entidades colaboradoras, en los plazos y forma que se establezcan.

3. El régimen de alojamiento y manutención vendrá determinado, en su caso, por los correspondientes servicios de que disponga el puesto de actividad asignado al objector, según el respectivo concierto o de conformidad con lo previsto en el artículo 47.6.

4. Los objetores tendrán derecho, en las condiciones que se determinen, a la indemnización de los gastos por desplazamientos ordenados por la Oficina, como consecuencia de la tramitación de exenciones o aplazamientos de incorporación, formación, incorporación o regreso final del objector a su residencia.

5. A los objetores destinados se les proporcionará vestuario o equipo especial de trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 60.2.

6. Los objetores tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo desempeñado antes de la incorporación, de acuerdo con lo previsto en la legislación laboral y de funcionarios públicos. Los centros de enseñanza estarán obligados a reservar las plazas a los estudiantes que se incorporen a la prestación social, de acuerdo con la organización de las enseñanzas y los centros.

7. La suspensión del contrato de trabajo por incorporación a la prestación social será considerada, a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, de asimilación al alta.

8. Los funcionarios públicos, conforme a su legislación reguladora permanecerán en la situación administrativa de servicios especiales durante la realización de la prestación social.

9. Con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, los objetores de conciencia, y sus beneficiarios, a los que no sea de aplicación lo previsto en el apartado 7, se incluirán en la Seguridad Social, a efectos de obtener la asistencia sanitaria de ésta, que les

será prestada con idéntico contenido, extensión y aportaciones que las establecidas para el Régimen General.

10. Los objetores que realizando la prestación social, fallezcan, se inutilicen, padeczan lesiones o sean dados por desaparecidos, siempre que sea en acto de servicio o como consecuencia del mismo, causarán derecho a pensión o indemnización, de acuerdo con el régimen establecido por la Ley. Tendrán la consideración de accidentes en acto de servicio los que se produzcan al ir o volver del lugar del servicio.

Artículo 54. Plazo de resolución de las solicitudes.

Las solicitudes de los objetores de conciencia sobre las condiciones de realización de la prestación social serán resueltas en el plazo de tres meses a partir del día de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente.

CAPITULO V

Situación de reserva

Artículo 55. Situación de reserva.

1. La situación de reserva empezará al día siguiente de la obtención de la baja por finalización de la prestación social o en el momento en que un reservista del servicio militar obtenga la consideración legal de objector, y se extenderá hasta el 31 de diciembre del tercer año posterior a la finalización de la situación de actividad o, en su caso, del cumplimiento del servicio militar.

2. En la situación de reserva, el Gobierno podrá acordar la reincorporación de los objetores en los supuestos previstos en la normativa sobre servicio militar y movilización nacional, a fin de realizar actividades de protección y defensa civil.

3. Durante la situación de reserva se conservará el expediente del objector con los datos relativos al período de actividad.

CAPITULO VI

Conciertos con entidades colaboradoras

Artículo 56. Entidades y programas.

1. La prestación social se realizará preferentemente en entidades dependientes de las Administraciones públicas. También podrá cumplirse en entidades no públicas que no tengan fines lucrativos y que sirvan el interés general de la sociedad, en especial en los sectores sociales más necesitados.

2. No podrá realizarse la prestación social en los programas siguientes:

a) Que favorezcan alguna opción ideológica o religiosa.

b) Que no cuenten con la infraestructura y organización necesarias para garantizar una atención, formación y ocupación de los objetores acordes con las finalidades de utilidad pública y de interés social de la prestación social y con lo dispuesto en el presente Reglamento.

c) Que por su naturaleza o condiciones puedan suponer una manifiesta desigualdad en relación con otros objetores o con quienes realicen el servicio militar.

d) Que utilicen a los objetores en puestos de plantilla de empleados de la respectiva entidad o en sustitución de los mismos.

Artículo 57. Reconocimiento de las entidades colaboradoras.

1. La realización de la prestación social en una entidad requiere su reconocimiento como entidad colaboradora por la Dirección General de Objeción de Conciencia, mediante la formalización del correspondiente concierto.

2. El reconocimiento como entidad colaboradora exige la realización de programas propios de los sectores de la prestación social determinados por el Consejo de Ministros y el cumplimiento de las demás condiciones legalmente establecidas.

Artículo 58. Plan de conciertos.

1. La Oficina elaborará Planes de conciertos, que el Director general de Objeción de Conciencia someterá a la aprobación del Ministro de Justicia e Interior.

2. El Plan de conciertos, valorando las necesidades de los sectores de actividad de la prestación social, determinará las entidades objeto de concertación y el número de puestos a desempeñar por los objetores de conciencia en los respectivos programas y centros.

Artículo 59. Contenido y naturaleza de los conciertos.

1. Los conciertos con las entidades colaboradoras deberán especificar, al menos los aspectos siguientes:

a) Finalidad del programa o centro en que hayan de colaborar los objetores.

b) Número de objetores adscribibles al programa o centro.

c) Condiciones del puesto de actividad referidas a localización, jornada y, en su caso, condiciones de transporte, vestuario y equipo de trabajo, alojamiento y manutención.

d) Programas concretos de actividad de los objetores.

e) Controles que garanticen la realización de la actividad encomendada a cada uno de los objetores.

f) En su caso, los medios de formación a proporcionar a los objetores para el mejor desarrollo de sus actividades y con los que no podrán favorecerse opciones ideológicas o religiosas.

g) Prohibición de utilizar a los objetores en puestos de plantilla o en sustitución de empleados.

h) Prohibición de otorgar a los objetores beneficios no autorizados por la normativa vigente o el propio concierto que puedan resultar discriminatorios para los demás objetores o para quienes cumplan el servicio militar.

i) Documentación y comunicaciones a la Oficina de uso obligatorio.

j) Compromiso de la entidad de facilitar a los órganos competentes la vigilancia e inspección del cumplimiento del propio concierto y de la normativa reguladora de la prestación social.

k) Funciones atribuidas a la entidad en relación con el régimen de la prestación social.

l) Vigencia del concierto y causas de resolución.

2. Los conciertos tienen carácter administrativo. En caso de litigio en su interpretación, modificación, resolución y efectos, agotada la vía administrativa, únicamente habrá lugar a recurso contencioso-administrativo.

3. Podrán establecerse conciertos-tipo, aprobados por el Secretario de Estado de Justicia.

Artículo 60. *Obligaciones de las entidades.*

1. Las entidades colaboradoras están obligadas a cumplir, en relación con los objetores de conciencia, las medidas de higiene y seguridad en el trabajo establecidas en la correspondiente normativa.

2. Las entidades colaboradoras deberán proporcionar a los objetores lo necesario para su formación, alojamiento, manutención, vestuario y equipo de trabajo y transporte, en los casos, forma y condiciones que establezcan los conciertos. Cuando dichas atenciones, conforme al concierto, no deban ser por cuenta de la entidad colaboradora se determinará el procedimiento para compensar o afrontar los gastos satisfechos o a satisfacer por la entidad, pudiendo fijarse, al efecto, módulos cuantitativos.

3. La entidad colaboradora no podrá, en ningún caso, ceder a terceros los servicios de los objetores que se le hubiesen adscrito, aunque sí, con autorización de la Oficina, encomendarles actividad en programas mixtos con otras entidades. No se podrán realizar asignaciones económicas a los objetores diferentes a las establecidas.

4. Los centros de prestación de servicios podrán ser habilitados como centros pagadores de la asignación que corresponda a los objetores.

5. Las entidades colaboradoras quedan obligadas a justificar documentalmente, en su caso la aplicación de las cantidades destinadas a los objetores o a la realización de los servicios o prestaciones a que se refieren los apartados 2 y 4 de este artículo.

6. Podrá habilitarse como instructor de un expediente disciplinario al responsable del programa o centro de prestación de servicios del objector o a otra persona de la respectiva entidad colaboradora.

Artículo 61. *Funciones de los responsables.*

Todo programa de actividad que tenga adscritos objetores contará con un responsable de los mismos. Entre sus funciones figurarán las siguientes:

a) Asignarles tareas adecuadas que aseguren una ocupación efectiva y el cumplimiento de la jornada.

b) Facilitarles la preparación y entrenamiento adecuados para la realización de las tareas asignadas.

c) Proporcionarles las instrucciones, dirección y supervisión que las tareas asignadas requieran en cada momento.

d) Cuidar que los objetores tengan la debida información sobre sus derechos y deberes, asegurándoles una atención personal.

e) Autorizar los permisos reglamentarios que correspondan a los objetores y comunicarlos a la Oficina.

f) Servir de cauce habitual a las comunicaciones entre los objetores y la Oficina.

g) Llevar al día el libro oficial de incidencias, especialmente las relativas a asistencia y puntualidad y comunicarlas a la Oficina, de acuerdo con lo establecido en el respectivo concierto.

h) Facilitar a los órganos de vigilancia e inspección de la prestación social el control de su cumplimiento tanto en relación a los deberes de los objetores como a los de la propia entidad colaboradora y del responsable del programa o centro correspondientes.

i) Las demás funciones que fuesen expresamente encomendadas en el respectivo concierto.

Artículo 62. Duración y resolución de los conciertos.

1. Los conciertos tendrán una duración de dos años prorrogables tácitamente por períodos bienales sucesivos, caso de que subsistan los mismos programas de actividad objeto del concurso.
2. Serán causas de resolución del concurso:
 - a) El incumplimiento de las estipulaciones del concurso o de las normas reguladoras de la prestación social especialmente en la ocupación efectiva de los objetores en tareas de utilidad pública o interés social.
 - b) La desaparición del programa de actividad objeto del concurso.
 - c) La negativa u obstaculización a la inspección de la prestación social.
 - d) El preaviso de seis meses de una de las partes, de su voluntad de resolver el concurso.
3. En caso de resolución del concurso, la Oficina adscribirá a los objetores correspondientes a otros centros o programas para cumplir la parte restante de la prestación social.
4. La resolución anticipada del concurso determinará la correspondiente liquidación.

CAPITULO VII**Organos con competencias sobre la prestación social****Artículo 63. Organos competentes.**

1. Al Ministerio de Justicia e Interior, por medio de la Dirección General de Objeción de Conciencia, dependiente de la Secretaría de Estado de Justicia, le corresponden las funciones de gestión e inspección de la prestación social a cuyo efecto contará además de con la Secretaría del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, con la Oficina para la Prestación Social de los Objetores de Conciencia y la Subdirección General de Coordinación e Inspección.
2. Corresponde al Ministro de Justicia e Interior:
 - a) Proponer al Consejo de Ministros, de acuerdo con el artículo 6.0 de la Ley 48/1984, los sectores de desarrollo de la prestación social.
 - b) Aprobar planes de conciertos, conforme al artículo 58 de este Reglamento.
3. Corresponde al Secretario de Estado de Justicia:
 - a) Aprobar modelos de concurso-tipo conforme al artículo 59.3 de este Reglamento.
 - b) Celebrar convenios de colaboración administrativa con los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas para la colaboración en la gestión de la prestación social, previa su aprobación por el Gobierno, de acuerdo con el artículo 6.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 64. Dirección General de Objeción de Conciencia.

1. A la Dirección General de Objeción de Conciencia le corresponde la dirección, coordinación y supervisión de la gestión e inspección de la prestación social y, en particular, las funciones siguientes:
 - a) Proponer al Ministro de Justicia e Interior los sectores de realización de la prestación social, a efectos del artículo 12 de la Ley 48/1984, así como someter a su aprobación los planes de conciertos.

b) Someter a la aprobación del Secretario de Estado de Justicia los proyectos de concierto-tipo, conforme a los artículos 58 y 59 de este Reglamento.

2. La Dirección General de Objeción de conciencia podrá cursar directamente instrucciones, circulares u órdenes particulares a los centros y servicios en que los objetores realicen la prestación social en relación con su régimen jurídico o con aquellos aspectos que se expresen en los correspondientes conciertos.

Artículo 65. *Subdirección General de la Oficina para la Prestación Social de los Objetores de Conciencia.*

La Oficina para la Prestación Social de los Objetores de Conciencia es el órgano, con rango de Subdirección General de gestión y control ordinarios de la prestación social de los objetores de conciencia. En particular, corresponde al Subdirector general de la Oficina promover y adoptar, entre otras, las siguientes medidas:

- A) No considerar como período de actividad el tiempo durante el cual el objetor hubiese dejado de cumplir la actividad asignada.
- B) Acordar el cambio de adscripción del objetor por las causas siguientes:
 - 1.^a Solicitud del objetor que tuviese que cambiar de domicilio habitual. En este caso el cambio de adscripción se producirá únicamente en caso de existir plazas disponibles para la prestación en el nuevo domicilio y sin que quedara en ningún caso suspendida la situación de actividad.
 - 2.^a No ser apto para el tipo de actividad asignada, sin que exista en el programa o centro de adscripción un puesto más acorde con su capacidad.
 - 3.^a Sanción disciplinaria legalmente impuesta.
 - 4.^a Resolución del concierto con la entidad de la que dependa el programa o centro de destino del objetor.
- 5.^a Mejor interés del régimen de la prestación social y de los servicios a realizar. Por esta causa podrá también autorizarse la prestación de servicios en una tercera entidad.
- C) Cualquiera otra que le corresponda reglamentariamente o le encomiende el Director general de Objeción de Conciencia.

Artículo 66. *Subdirección General de Coordinación e Inspección.*

A la Subdirección General de Coordinación e Inspección le corresponden, entre otras, las funciones siguientes:

- a) Vigilar la correcta realización por los objetores de la prestación social y que la actividad desarrollada en las entidades colaboradoras se adecúe al contenido y finalidad de la prestación social.
- b) Acordar la incoación de procedimientos disciplinarios e imponer a los infractores las sanciones legalmente procedentes, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y los perjuicios causados al servicio y al ciudadano.
- c) Cuidar que la actividad de los objetores no incida negativamente en el mercado de trabajo.

Artículo 67. *Otros órganos con competencias en la materia.*

- 1. Los Gobiernos Civiles comunicarán al Ministerio de Justicia e Interior cualquier incumplimiento de las normas reguladoras de la prestación social, apoyando con sus servicios la gestión, inspección e información de la objeción de conciencia y de la prestación social.

2. En su respectivo ámbito territorial corresponden a las Oficinas Consulares y a las Secciones Consulares de las Embajadas las funciones expresadas en el apartado anterior.

3. Los Delegados e Inspectores de la Dirección General de Objeción de Conciencia realizarán, en su respectivo ámbito territorial y con dependencia orgánica del Delegado del Gobierno, o del Gobernador Civil, las funciones de gestión e inspección reglamentariamente encomendadas.

CAPITULO VIII

Régimen disciplinario

SECCIÓN 1.^a INFRACCIONES LEVES

Artículo 68. *Tipificación.*

Son infracciones leves de los objetores de conciencia los hechos siguientes, cuando no sean susceptibles de calificación más grave:

a) La ausencia, hasta veinticuatro horas, del centro de prestación de servicios, sin autorización previa o justificación.

b) El incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las instrucciones y obligaciones relativas a las actividades propias de la prestación social, incluidas las del régimen interior del centro de prestación de servicios.

c) El trato irrespetuoso a los responsables y a las personas del programa o del centro de prestación de servicios, así como a los usuarios de los mismos.

d) El maltrato, la negligencia y el descuido en la conservación o uso del vestuario, equipo, material o efectos del centro de prestación de servicios, siempre que no sean constitutivos de falta grave.

Artículo 69. *Sanciones.*

A las infracciones leves corresponden las sanciones siguientes:

a) Amonestación, que es la reprobación escrita dirigida al interesado.

b) Pérdida de remuneraciones, hasta un máximo de un mes.

c) Suspensión de permisos y licencias discrecionales, hasta el máximo de un mes.

SECCIÓN 2.^a INFRACCIONES GRAVES

Artículo 70. *Tipificación.*

Son infracciones graves de los objetores de conciencia, las siguientes:

a) La manifiesta insubordinación individual o colectiva a quienes dirijan los servicios en los que presten su actividad los objetores o a las autoridades, funcionarios u órganos competentes.

b) El abandono, por tiempo superior a veinticuatro horas e inferior a setenta y dos, de la actividad en que consista la prestación.

c) El incumplimiento del régimen de dedicación de la prestación social cuando esté motivado por el desarrollo de actividades remuneradas.

- d) La destrucción voluntaria, sustracción o enajenación de materiales, equipo y prendas que fueren confiadas al objector.
- e) La negligencia grave en la conservación o mantenimiento del material de equipo y vestuario.
- f) La acumulación de tres sanciones leves, en el plazo de dos meses consecutivos o de cinco, a lo largo de todo el período de actividad.
- g) El embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas durante el servicio.
- h) El quebrantamiento de sanción.

Artículo 71. *Sanciones.*

1. A las infracciones graves corresponderán las siguientes sanciones:
 - a) Adscripción a distinto servicio o anulación de los cambios de adscripción acordados a instancia del objector.
 - b) Recargo, hasta un máximo de tres meses más, de la duración que corresponda a la situación de actividad.
2. La sanción de recargo podrá ser reducida o exonerada en razón a la buena conducta observada por el objector sancionado.

SECCIÓN 3.^a RECURSOS. PRESCRIPCIÓN Y PROCEDIMIENTO

Artículo 72. *Recursos.*

La resolución sancionadora podrá recurrirse ante el órgano jerárquicamente superior a aquél que la hubiese acordado.

Artículo 73. *Prescripción de infracciones y sanciones.*

1. Las infracciones leves prescribirán a los seis meses y las graves a los dos años, contados los plazos desde el día de la comisión.
2. Las sanciones impuestas por faltas leves prescribirán al año y las impuestas por faltas graves a los dos años, contados desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución sancionatoria.

Artículo 74. *Procedimiento.*

En todo lo relativo al procedimiento de las materias reguladas en el presente capítulo, será de aplicación lo dispuesto por el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

DISPOSICIÓN ADICIONAL UNICA.

1. Las comunicaciones de carácter oficial que realice la Dirección General de Objeción de Conciencia o sus órganos en cumplimiento de sus cometidos gozarán de franquicia postal y telegráfica, pudiéndose imprimir la estampación del sello de fechas obligatorio en estas comunicaciones. También gozarán de franquicia postal las respuestas de los objetores de conciencia a la mencionada Dirección General cuando dichas comunicaciones fuesen preceptivas. Se utilizará para ello el sobre con membrete oficial que se habrá remitido al efecto.

2. Gozarán, asimismo, de franquicia postal las notificaciones a los interesados de resoluciones que afecten a sus derechos o intereses y que, por exigir la constancia de la recepción, se envíen por correo certificado.

Ley 10/1995, de 24 de abril, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y se crea la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción (BOE de 25 de abril de 1995).

EXPOSICION DE MOTIVOS

Con ocasión del debate de Política General sobre el estado de la Nación celebrado los días 19 y 20 de abril de 1994 en el Congreso de los Diputados, se adoptaron una serie de resoluciones instando al Gobierno de la Nación a promover y adoptar, en su caso, determinadas medidas de orden legislativo.

En concreto, fue aprobada una por la que se insta al Gobierno a promover la modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para la creación de una Fiscalía Especial para la represión de los delitos de naturaleza económica y corrupción. Sus funciones consistirán fundamentalmente en la intervención en los procesos penales por delitos económicos relacionados con la corrupción y en la coordinación de actuaciones de las distintas fiscalías en orden a la prevención y represión de estos delitos.

A estos efectos obedece la Ley que modifica el aludido Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, partiendo del hecho de la conveniencia siempre deseable de la especialización orgánica y funcional que se hace necesaria como remedio para el problema de nuevas formas de delincuencia que se apartan de aquélla que podríamos llamar «tradicional» y que ha venido en definirse como delincuencia económica.

Dado el carácter que se pretende de esta Fiscalía Especial es obvio que la práctica puede servir de pauta y guía para lograr un encaje correcto y una articulación adecuada. En este sentido se ha considerado válido el modelo de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, cuya implantación y desarrollo por la Ley 5/1988, de 24 de marzo, ha puesto de manifiesto el acierto legislativo en la persecución de los fines que legalmente le fueron atribuidos.

Para ello el marco legislativo adecuado es la modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en cumplimiento del artículo 124.2 de la Constitución que diseña un Ministerio Fiscal que actúa por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

Artículo único. *Modificación de la Ley 50/1981.*

La Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, queda modificada en los términos siguientes:

1. El apartado 1 del artículo 12 queda redactado de la forma siguiente:

- «1. Son órganos del Ministerio Fiscal:
- El Fiscal General del Estado.
 - El Consejo Fiscal.
 - La Junta de Fiscales de Sala.
 - La Fiscalía del Tribunal Supremo.

- La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.
- La Fiscalía de la Audiencia Nacional.
- La Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.
- La Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción.
- Las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia.
- Las Fiscalías de las Audiencias Provinciales.»

2. El apartado 1 del artículo 18 queda redactado de la forma siguiente:

«1. En la Audiencia Nacional, en los Tribunales Superiores de Justicia y en cada Audiencia Provincial, existirá una Fiscalía bajo la Jefatura directa del Fiscal respectivo, integrada por un Teniente Fiscal y los Fiscales que determine la plantilla. La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, bajo la dirección del Fiscal General del Estado, estará integrada por un Fiscal de Sala y los Fiscales que determine la plantilla. La Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, bajo la dirección del Fiscal General del Estado, estará integrada por un Fiscal de Sala, por un Teniente Fiscal de la categoría segunda y por los Fiscales que determine la plantilla, que podrán pertenecer indistintamente a las categorías segunda y tercera. Del mismo modo, la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, bajo la dirección del Fiscal General del Estado y con competencias ante cualquier órgano judicial del territorio nacional, estará integrada por un Fiscal de Sala, por un Teniente Fiscal de la categoría segunda y por los Fiscales que determine la plantilla que podrán pertenecer indistintamente a las categorías segunda o tercera. También se considerarán integrados en la misma los Fiscales de las distintas Fiscalías que designe el Fiscal General del Estado en cuanto ejerzan las funciones específicas a que se refiere el artículo 18 ter de esta Ley.

Corresponde a los Fiscales Jefes de cada órgano:

- a) Organizar los servicios y la distribución de trabajo entre los Fiscales de la plantilla, oída la Junta de Fiscalía.
- b) Conceder los permisos y licencias de su competencia.
- c) Ejercer la facultad disciplinaria en los términos que se establezcan en el presente Estatuto y su Reglamento.
- d) Hacer las propuestas de recompensas, de méritos y las menciones honoríficas que procedan.
- e) Las demás facultades que este Estatuto u otras disposiciones le confieran.»

3. Se introduce un nuevo artículo 18 ter con la siguiente redacción:

«Artículo 18 ter.

La Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción practicará las diligencias a que se refiere el artículo 5 de esta Ley e interverá directamente en procesos penales de especial trascendencia, apreciada por el Fiscal General del Estado, en relación a:

- a) Delitos contra la Hacienda Pública, contrabando, y en materia de control de cambios.
- b) Delitos de prevaricación.
- c) Delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada.
- d) Malversación de caudales públicos.
- e) Fraudes y exacciones ilegales.
- f) Delitos de tráfico de influencias.
- g) Delitos de cohecho.
- h) Negociación prohibida a los funcionarios.
- i) Delitos comprendidos en los capítulos IV y V del Título XIII del Libro II del Código Penal.
- j) Delitos conexos con los anteriores.

Para su adecuado funcionamiento se le adscribirá una Unidad Especial de Policía Judicial y cuantos profesionales y expertos sean necesarios para auxiliarla de manera permanente u ocasional.

El Fiscal General del Estado podrá designar uno o varios Fiscales de cada Fiscalía para su integración en la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, en lo que resulta de competencia de ésta.

El Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial tendrá, con respecto a los mismos y sólo en el ámbito específico de su competencia, las mismas facultades y deberes que corresponden a los Fiscales Jefes de los demás órganos del Ministerio Fiscal. Dichos Fiscales deberán informar de los asuntos a que esta Ley se refiere al Fiscal Jefe del órgano en que desempeñen sus funciones.

El Fiscal General del Estado remitirá semestralmente un informe a la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo y al Consejo Fiscal sobre los procedimientos en los que ha intervenido la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción.»

4. El artículo 19 queda redactado de la forma siguiente:

«Artículo 19.

Las Fiscalías del Tribunal Supremo, ante el Tribunal Constitucional, Audiencia Nacional, Tribunal de Cuentas, para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas y para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción tienen su sede en Madrid y extienden sus funciones a todo el territorio del Estado. Las demás Fiscalías tendrán su sede donde residan los respectivos Tribunales y Audiencias y ejercerán sus funciones en el ámbito territorial de los mismos.»

5. Se añade un párrafo «h» al apartado 1 del artículo 35 con la siguiente redacción:

«h) Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción.»

6. El apartado 3 del artículo 35 queda redactado de la forma siguiente:

«3. Será preciso pertenecer a la categoría segunda para servir los restantes cargos en las Fiscalías del Tribunal Supremo, ante el Tribunal Constitucional, Audiencia Nacional, Tribunal de Cuentas Inspección Fiscal, Secretaría Técnica, Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial, Teniente Fiscal de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas y Teniente Fiscal de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción.»

7. El apartado 1 del artículo 36 queda redactado de la forma siguiente:

«1. Los destinos correspondientes a la categoría primera los de Fiscales del Tribunal Supremo y los de Fiscales Jefes de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales se proveerán por el Gobierno, previo informe del Fiscal General del Estado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de este Estatuto. De igual modo serán designados los Tenientes Fiscales de aquellos órganos cuyo Jefe pertenezca a la categoría primera y los de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas y los de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción.»

DISPOSICION TRANSITORIA UNICA.

Las retribuciones del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción serán las mismas que fija el artículo 26.Dos.2 de la Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado

para 1995, para los Fiscales Jefes de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, de la Secretaría Técnica del Fiscal General del Estado, de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas y de los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo para 1995.

DISPOSICION FINAL PRIMERA. *Habilitación de créditos*

El Ministerio de Economía y Hacienda habilitará los créditos necesarios para la puesta en funcionamiento de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción.

DISPOSICION FINAL SEGUNDA. *Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Sobre las desviaciones causales:

«consumación anticipada» y «dolus generalis»

(Comentario a la STS de 6 junio 1994. Ponente Sr. Conde-Pumpido Ferreiro)

FRANCISCO BALDÓ LAVILLA

Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Barcelona

I

1. «Probado y así se declara, que el procesado, José H.D., mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 16,00 horas de 22 de octubre de 1992, recogió a su esposa María Soledad H.M. en el Centro Psiquiátrico de Tafira donde ésta había estado internada temporalmente y se dirigió a su domicilio, sito en la Urbanización “Los Eucaliptus” de la localidad de Telde, iniciándose en dicho domicilio una discusión entre ambos por el transcurso de la cual *el procesado agarró fuertemente a su esposa por el cuello por lo que cayeron ambos al suelo, provocando que la víctima se fracturara la tercera vértebra cervical con hemisección medular que le causó la muerte, aunque el procesado no dejó en ningún momento de oprimir el cuello de su esposa fuertemente hasta que notó el cuerpo inerme* (sic.), momento en el que decidió, para que no lo viese su hijo, ocultar bajo la cama el cadáver hasta que al día siguiente se presentó en el Cuartel de la Guardia Civil de las Palmas de Gran Canaria para

confesar los hechos. Con anterioridad a estos hechos el procesado había agredido y amenazado de muerte a su esposa en varias ocasiones.» (1). A estos hechos declarados probados hay que añadir que la STS, refiriéndose a la SAP de las Palmas de Gran Canaria, indica que el Tribunal «a quo» estima que durante todo el decurso de los hechos el procesado actuó con *ánimo homicida*, si bien llega a dudar sobre el mecanismo de la muerte señalando en el Fundamento jurídico que se produjo bien por la fuerte y violenta presión que ejerció el procesado sobre el cuello de la víctima o indirectamente por esta presión acompañada de la caída de su esposa al suelo» (2).

2. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria condenó al luego recurrente como autor de un delito de parricidio con la atenuante de arrepentimiento espontáneo. El único motivo del recurso denuncia la inaplicación de la atenuante 4.^a del art. 9 del Código Penal. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

II

3. Los hechos que se transcriben en el relato fáctico nos sitúan en el complicado ámbito de las desviaciones causales. Ello es así porque la representación subjetiva del autor acerca de los hechos y el objetivo decurso de los mismos no son «congruentes» (3). Precisando más las cosas, los hechos nos sitúan, como mostraremos más adelante, en el ámbito de una clase concreta de desviaciones causales (4): las llamadas *desviaciones causales* que producen una «*consumación anticipada*» (5).

(1) Hechos probados extraídos de las Observaciones a la STS de 6-6-1994, publicada en: Actualidad Penal n.^o 33/12-18 Septiembre 1994, pp. 1411-1413, pp. 1412-1413. La cursiva no consta en el original.

(2) Extracto de la propia STS 6-6-1994 en: AP n.^o 33/12-18 Septiembre 1994, p. 1412.

(3) Sobre el concepto de «congruencia» y su trascendencia en el ámbito de las desviaciones causales, ver, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «*Aberratio ictus*» e imputación objetiva, ADPCP 1984, pp. 347 ss y BALDÓ, F., Algunos aspectos conceptuales de la inducción, en: VVAA, Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1992, pp. 89 ss.

(4) Sobre las clases de desviaciones causales en general, ver, por todos, MIR PUIG, S.: Derecho Penal. Parte General, 3.^a ed. (1990), pp. 275 ss y SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «*Aberratio ictus*» e imputación objetiva, ADPCP 1984, pp. 347 ss.

(5) Sobre esta clase concreta de desviaciones causales, ver, de momento, por todos, FRISCH, W., Tatbestansmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, pp. 569 ss (sobre las desviaciones causales en general) y p. 623 (sobre los casos de consumación anticipada (verfrühten Erfolgseintritts)); y, asimismo, aunque abordando la cuestión desde la óptica del desistimiento voluntario, MUÑOZ CONDE, F., El desistimiento voluntario de consumar el delito, 1972, pp. 144 ss; *el mismo autor*, Der mißlungene Rücktritt: Eine Wiederkehr der Erfolgshaftung?, GA 1973, pp. 33 ss; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales, 1994, pp. 84 ss.

Casos éstos de desviaciones causales cuya estructura es precisamente la inversa (6) a la de otra clase de desviaciones causales, a saber, las de «*dolus generalis*» (7). Ciertamente, si el procesado pretendía dar muerte a su mujer estrangulándola hasta la asfixia y no lo consiguió por la vía que se representó subjetivamente —el estrangulamiento—, sino por otra distinta que actuó anticipando el resultado —la fractura cervical producto de la caída— (circunstancia ésta sobre la que en ningún momento tuvo constancia —siguió oprimiendo fuertemente el cuello de su esposa hasta que notó el cuerpo inerme—), los hechos nos sitúan en efecto en el ámbito de las «desviaciones causales» pues manifiestan una incongruencia entre la representación subjetiva del autor acerca del curso causal lesivo y el curso causal objetivamente lesivo. Esta incongruencia se produce en el caso en cuestión debido a que la desviación causal anticipa la producción del resultado buscado por el autor evitando, a su vez, la consumación del curso causal por el dolosamente originado. Todo ello nos plantea la cuestión de cuál ha de ser el tratamiento jurídico-penal de los casos de las desviaciones causales que producen una consumación anticipada. ¿Ha de responder el autor por el delito doloso consumado pese a que no se representa subjetivamente el curso causal efectivamente lesivo? ¿Ha de responder el autor por un delito doloso intentado porque la anticipación del resultado producto de un curso causal que no abarca su dolo impide que le sea imputable? ¿Hay que abogar por un tratamiento jurídico-penal distintivo? ¿Qué diferencia existe entre estos casos y los de «*dolus generalis*»? La respuesta a todas estas cuestiones que condicionan la concreta resolución del caso objeto de este comentario, exige efectuar algunas consideraciones con carácter previo.

4. Los casos de «*dolus generalis*» son aquéllos en los que el autor, en la creencia errónea de haber consumado previamente el resultado perseguido, sin saberlo lo causa realmente a través de una segunda acción destinada a ocultar la primera. Esto es, a nuestro juicio, se caracteriza por presentar la siguiente estructura: a) un primer comportamiento originador de un riesgo típico dolosamente abarcado que no se realiza en el resultado aunque su autor así —erróneamente— lo cree; y b) un segundo comportamiento originador de un nuevo riesgo que es el que realmente se realiza objetivamente en el resultado, pese a que es discutible su título de imputación —objetiva y subjetiva—. Estos casos son relativamente frecuentes en la práctica (8), pues frecuente es que un sujeto

(6) Ver, señalando este carácter inverso, HRUSCHKA, J.: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil*, 2. (1988), p. 31; SCHROEDER, F.-C., *LK-SiGB*, 11. ed (1994), § 16, nm. 34; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales*, 1994, p. 86.

(7) Sobre el «*dolus generalis*», ver, de momento, por todos, ROXIN, C., *Gedanken zum «dolus generalis»*, Würtenberger-FS (1977), pp. 109 ss.

(8) Destaca la frecuencia con que estos casos acontencen en la vida práctica, ROXIN, C., *Gedanken zum «dolus generalis»*, Würtenberger-FS (1977), p. 109.

creyendo haber consumado un delito decide ocultar los hechos, simular otros distintos, etcétera. *Casos tipo* de «*dolus generalis*», según la doctrina, serían los siguientes: (1) «A apuñala a su enemigo B, en venganza por una afrenta infligida a su honra. Posteriormente, creyendo muerto al hombre a quien apuñaló, que realmente sólo estaba herido, le arroja al río para borrar huellas del supuesto homicidio. La víctima muere realmente ahogada entre las aguas de aquél» (9); (2) «Tras de estrangular a su víctima el autor, creyendo haberle causado la muerte, pretende simular un suicidio por ahorcamiento y es cuando verdaderamente pierde la vida el supuesto muerto» (10). Respecto a esta estructura se han postulado diversos tratamiento jurídico-penales que a grandes rasgos pueden reconducirse a dos grandes orientaciones doctrinales y jurisprudenciales, así como algunas posiciones particulares diferenciadoras y otras que podríamos denominar «*sui generis*». Las dos grandes orientaciones son las que sostienen la *solución del delito doloso consumado* y la *solución del delito doloso intentado* en concurso real con un delito imprudente consumado.

5. Una primera gran línea doctrinal aboga por una responsabilidad del autor por *delito doloso consumado* (11). Ya sea porque se entienda que hay que tratar los dos sucesos como si fueran uno único y unitario acto total, extendiendo el dolo inicial al segundo acto parcial no doloso, en una suerte de dolo conjunto, por no ser el segundo suceso más que un acto parcial de la acción total (12). Ya sea porque se entienda que en ellos sólo concurre una desviación en el curso causal de

(9) Caso de JIMÉNEZ DE ASÚA recogido en: SILVA-CORCOY-BALDÓ, Sistema de casos prácticos de Derecho Penal. Parte general —con soluciones—, 1993, p. 83.

(10) Caso recogido por JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, p. 420.

(11) WELZEL, H., Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. (1969), § 13, I, 3, d, β (p. 74), para los casos en los que la voluntad del sujeto está dirigida a realizar un homicidio encubierto. Introduciendo la salvedad, sin embargo, de que la intención de ocultar el primer acto a través del segundo debe haber surgido ya antes del primer acto. De lo contrario, esto es, si sólo surge posteriormente, ya no defiende la solución de delito doloso consumado, sino la del concurso real con el delito imprudente; JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, pp. 420-421, estimando que «la desviación del curso causal resulta inesencial, ya que los casos en los que el autor se emplea a sí mismo de forma inconsciente como instrumento de la consumación de su hecho entran perfectamente en el ámbito de la imputación objetiva (...) Sólo sería posible una solución distinta cuando en el caso concreto hubiese que negar la imputación objetiva del resultado producido únicamente por el segundo acto»; SCH-SCH-CRAMER, P., StGB Kommentar, 24. ed. (1991), § 15, nm. 58 (p. 236); STRATENWERTH, G., Strafrecht. AT I, Die Straftat, 3. ed. (1981), n. 281 (pp. 102 y 103), a partir del baremo de la adecuación, pero rechazando la construcción del «acto total» de WELZEL; BACIGALUPO, E., Principios de Derecho Penal. Parte General, 2. ed. (1990), p. 133-134; MUÑOZ CONDE, F., en: Muñoz Conde-García Arán, Derecho Penal. Parte General, 1993, p. 254.

(12) WELZEL, H., Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. (1969), § 13, I, 3, d, β (p. 74).

naturaleza inesencial (13), que algún autor decide conforme al criterio de «la experiencia general de la vida» (14); conforme al criterio de la adecuación (15), etcétera. Razón por la cual se condena por delito doloso consumado. Con todo, hay que advertir que algunos autores introduce limitaciones a esta solución: así, la exigencia de que el dolo de realizar el segundo acto de ocultación, simulación, etcétera, exista ya antes de realizar el primer acto y que no se llegue a esta resolución en la fase que media entre la finalización del primer acto y el inicio del segundo —en cuyo caso se decantan por la solución de la tentativa— (16); o, asimismo, la exigencia de que sea posible imputar objetivamente el resultado producido por el segundo acto, pues de lo contrario concurre una desviación esencial en el curso causal —en cuyo caso se decantan de nuevo por la solución de la tentativa— (17).

6. Una *segunda gran línea doctrinal* parte de la consideración de que ambas acciones son distintas y, en consecuencia, el dolo referido al acto inicial no puede extenderse al segundo acto salvo empleando una «ficción» que viola las reglas generales de la teoría del delito. Razón por la cual se sostiene una responsabilidad del autor por un *delito doloso intentado* (18); *eventualmente, en concurso real con el correspondiente*

(13) JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, pp. 420-421; SCH-SCH-CRAMER, P., StGB Kommentar, 24. ed. (1991), § 15, nm. 58 (p. 236).

(14) SCH-SCH-CRAMER, P., StGB Kommentar, 24. ed. (1991), § 15, nm. 58 (p. 236).

(15) STRATENWERTH, G., Strafrecht. AT I, Die Strafstat, 3. ed. (1981), n. 281 (pp. 102-103).

(16) Así, WELZEL, H., Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. (1969), § 13, I, 3, d, β (p. 74); SCH-SCH-CRAMER, P., StGB Kommentar, 24. ed. (1991), § 15, nm. 58 (p. 236); BACIGALUPO, E., Principios de Derecho Penal. Parte General, 2. ed. (1990), p. 133-134.

(17) En esta línea, por ejemplo, JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, p. 421.

(18) ENGISCH, K., Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, p. 72; HRUSCHKA, J., Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS 1982, pp. 317 ss.; *el mismo autor*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil, 2. ed. (1988), pp. 28 ss.; JOSHI JUBERT, U., La doctrina de la «actio libera in causa» en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto), 1992, pp. 97-98; diferenciadamente, SCHROEDER, F.-C., LK-StGB, 11. ed. (194), § 16, nm. 31, por introducir restricciones en la medida en que la primera acción sea concretamente idónea para producir el resultado —en cuyo caso entiende que no se puede excluir el dolo y se decanta por la solución de la consumación—; FRISCH, W., Tatbestandsmäßiges Vehalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, p. 620 ss., p. 622; JAKOBS, G., Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. ed. (1991), 8/77 ss., 8/79.

delito imprudente consumado. En esta misma línea se han sostenido asimismo soluciones diferenciadoras (19).

7. Hay que mencionar finalmente una *tercera posición* «*sui generis*» no reconducible a las anteriores: la solución basada en el criterio de la «*realización del plan*» (20). Según ésta, y en ello, coincide con la solución de la tentativa, no basta con determinar si se produce una desviación esencial o inesencial en el plano de la mera imputación objetiva para atribuir una responsabilidad a título de delito doloso consumado. Será necesario probar también el dolo conforme al criterio de la realización del plan. Si los hechos se muestran como una realización del plan del autor el delito será doloso. Lo que sucederá si puede afirmarse desde un punto de vista normativo que el sentido objetivo del proceso se corresponde con lo que el autor quería (21). Según ello, tendrá pleno sentido político-criminal atribuir a título de dolo todos aquellos cursos causales que representen una realización del plan del autor (22). Esta solución no parece acertada, pues se basa meramente en sustituir la cuestión de lo que es «*imputable a título de dolo*» por la cuestión de lo que es «*imputable como realización del plan*». No da una respuesta a una pregunta, sino una nueva pregunta a la pregunta en cuestión (23).

8. Merece la pena señalar que todas las objeciones que se han dirigido mútuamente los autores que sostienen una u otra posición tienen, al final, un rasgo general común. En efecto, los autores que sostienen la solución del delito doloso consumado objetan siempre, en el fondo, a la solución de la tentativa de delito doloso, que el tratamiento de las desviaciones causales no es una cuestión de Lógica, sino de Valoración (24) —político-criminal o de otro tipo—. Y, a la inversa, los autores que sostienen la solución de la tentativa de delito doloso objetan siempre, en el fondo, al la solución del delito consumado, que éstos no es sólo ya que infrinjan las reglas lógicas, sino que más allá de ello practican una especie de «*decisionismo basado en razones de sentimiento*» (25). Por mi

(19) SCHROEDER, F.-C., LK-StGB, 11. ed. (1994), § 16, nm. 31; FRISCH, W., Tatbestandsmäßiges Vehalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, p. 620 ss., p. 622; JAKOB, G., Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. ed. (1991), 8/77 ss, 8/79.

(20) ROXIN, C., Gedanken zum «*dolus generalis*», Würtenberger-FS (1977), pp. 109 ss.

(21) *El mismo autor, en el mismo lugar*, p. 125.

(22) *El mismo autor, en el mismo lugar*, p. 116.

(23) Sobre otras críticas a este criterio de la realización del plan, ver, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «*Aberratio ictus*» e imputación objetiva, ADPCP 1984, pp. 347 ss, pp. 378-379; y MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales, 1994, pp. 84 ss.

(24) Ver PRITTWITZ, C., Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, pp. 110 ss., p. 113, recogiendo las ideas apuntadas por ROXIN, Gedanken zum «*dolus generalis*», Würtenberger-FS (1977), pp. 109 ss., que pretende superar este peligro.

(25) Ver SCHROEDER, F.-C., LK-StGB, 11. ed. (1994), § 16, nm. 30; recogiendo esta idea de SCHROEDER, PRITTWITZ, C., Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, pp. 110, ss., p. 116, donde apunta que ROXIN, Gedanken zum «*dolus generalis*», Würtenberger-FS (1977), pp. 109 ss., pretende superar este peligro a través del criterio de la «*realización del Plan del autor*».

parte, entiendo que existen buenas razones para decantarse por la solución de la tentativa siempre que «realmente» se dé un supuesto de «*dolus generalis*». Esto es, siempre que la segunda acción origine un «nuevo riesgo «distinto» del que crea la primera acción. O, lo que viene a ser lo mismo, siempre que la segunda acción y los cursos causales que derivan de la misma no puedan ser entendidos como un «*desarrollo continuador del riesgo típico inicialmente originado por la primera acción*». De no ser así, a mi juicio no se pueden sino reconocer las mínimas exigencias que derivan de la analítica distintiva —o, si se quiere, de la lógica—, pues el respeto al «principio de simultaneidad» (26) impide extender un dolo sólo existente respecto al riesgo que origina un acto a otro riesgo que origina otro acto distinto, respecto al cual el dolo del primero constituye únicamente un «*dolus antecedens*» (27). En cambio, si el segundo acto se limita a continuar desarrollando una «clase de riesgo» que ya se originó con el primer acto (28) y si este riesgo era abarcado dolosamente, nada impide que el autor responda por el delito doloso consumado. Con ello se postula aquí una *solución diferenciadora de la tentativa orientada al análisis de los riesgos típicos*, que puede comportar asimismo diferencias en cuanto al tratamiento concursal. Por lo demás, en realidad, si se analizan bien los casos, se observará que todos aquéllos en los que las razones de sentimiento jurídico abogan por la solución del delito doloso consumado son casos en los que el curso causal que ocasiona el resultado con el segundo acto no es más que un curso causal que ya acarreaba la primera clase de riesgo dolosamente creado por el primer acto, constituyendo el segundo solamente un desarrollo continuador del primero y no un acto de originación de nuevos y autónomos riesgos. Con todo, hay que reconocer que la solución de estos casos con una u otra construcción doctrinal siempre implica, al final, un cierto grado de «decisionismo». Lo importante, a mi juicio, para decantarse por la solución de la tentativa y, en concreto, por la construcción particular que de la misma aquí se sostiene, es que en ella el grado de «decisión» es mucho menor y, sobre todo, opera «al final» tras haber analizado todas las estructuras posibles conforme a las reglas generales de la imputación objetiva y subjetiva; y, no, como sucede en la solución de la consumación, «ya en un inicio», de forma escasamente distintiva

(26) Ver, sobre él, HRUSCHKA, J.: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil*, 2. ed. (1988), *passim*; el mismo autor, *Die Herbeigführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen*, JuS 1982, pp. 217, ss, pp. 317-318.

(27) Así, JOSHI JUBERT, U., *La doctrina de la «actio libera in causa» en Derecho Penal (Ausencia de acción o imputabilidad provocadas por el sujeto)*, 1992, p. 98, diferenciando, por lo demás, los supuestos de «*dolus generalis*» de los de «*actio libera in causa*»; HRUSCHKA, J.: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil*, 2. ed. (1988), 27.

(28) Sobre el concepto de «clase de riesgo», ver, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «*Aberratio ictus*» e imputación objetiva, ADPCP 1984, pp. 347 ss.

de las estructuras posibles y, consiguientemente, con un alto grado de «decisión basada en sentimientos».

9. No podemos detenernos más en estas cuestiones que aquí sólo poseen una importancia incidental, en la medida en la que nos interesan primordialmente para delimitar los casos de «*dolus generalis*» frente a los casos de «desviaciones causales que producen una consumación anticipada». Por lo demás, con lo ya apuntado estimo que basta para mostrar que el presente caso objeto de comentario no reúne los elementos conceptuales y estructurales de la figura del «*dolus generalis*». Ciertamente, entre el caso objeto de este comentario y los casos de «*dolus generalis*» se dan algunas *afinidades*. La más significativa es la de que en ambos supuestos el autor pretende producir un concreto resultado típico —la muerte—, consiguiéndolo a través de un curso causal que no es el que subjetivamente se representó. Sin embargo, también se dan importantes *diferencias*. La más relevante es la de que así como en los casos de «*dolus generalis*» existen dos comportamientos distintos —pluralidad de hechos— que producen respectivamente «riesgos típicos», en el caso en cuestión sólo existe un comportamiento —unidad de hecho— generador de «riesgos típicos». En efecto, el caso objeto de este comentario no presenta la estructura del «*dolus generalis*» porque el concreto resultado se produce a consecuencia de un riesgo típico generado ya por el único comportamiento existente de forma jurídico-penalmente relevante y no a consecuencia de un nuevo riesgo típico generado por un segundo comportamiento del mismo autor que en el presente caso no existe de forma jurídico-penalmente relevante. Así las cosas, es posible afirmar que ambos casos de desviaciones causales son diversos: (1) porque, objetivamente, en los casos de «*dolus generalis*» existen dos acciones que respectivamente originan «cada una» de ellas «diversos riesgos típicos», y en los casos de «consumación anticipada» es «una sola acción» la que origina «diversos riesgos relevantes»; y (2) porque, subjetivamente, en los casos de «consumación anticipada» la desviación causal produce el resultado antes de lo que el autor se representa subjetivamente mientras que en la estructura de «*dolus generalis*» la desviación causal produce el resultado de forma posterior a lo que el autor se representa subjetivamente. Esto es, son estructuras «*no isomorfas*» e «*inversas*».

10. Establecidos los presupuestos conceptuales y estructurales de la figura del «*dolus generalis*» con objeto de distinguirla y delimitarla de su situación inversa, que es la que como veremos aquí interesa, pasaremos a ocuparnos de esta última. Esto es, pasaremos a ocuparnos de las *desviaciones causales que producen una «anticipación del resultado»*. Mas para ello anticiparemos ya la que, a nuestro juicio, es la *estructura troncal* de esta clase particular de desviaciones causales. Esta se caracteriza por los siguientes *elementos*: a) una solo comportamiento —unidad de acción—; b) originador de varios riesgos; c) un riesgo típico dolosamente abarcado pero que no produce el resultado pretendido; y d)

otro riesgo distinto que produce el resultado anticipadamente evitando la consumación del anterior, pese a ser discutible su título de imputación —objetiva o subjetiva—. *Casos a considerar* sobre esta constelación de casos son los siguientes: (1) el aquí comentado: STS de 6 junio 1994; (2) un sujeto intenta matar a otro que no sabe nadar lanzándolo a un río caudaloso desde un puente, pero la víctima muere al golpearse contra uno de los pilares (29); (3) etcétera. Sobre ellos, no se puede afirmar que exista unanimidad doctrinal y jurisprudencial en cuanto a su tratamiento jurídico-penal. En efecto, respecto a esta estructura también se han postulado diversos tratamiento jurídico-penales que a grandes rasgos pueden reconducirse a dos grandes orientaciones doctrinales y jurisprudenciales, así como algunas posiciones particulares diferenciadoras. Las dos grandes corrientes doctrinales son las que sostienen la *solución del delito doloso consumado* —con sus diversas manifestaciones y variantes— y la *solución del delito doloso intentado* en concurso real con un delito imprudente consumado —con sus diversas manifestaciones y variantes—.

11. La *solución del delito consumado* (30). Esta primera gran línea doctrinal aboga por una responsabilidad del autor por un *delito doloso consumado*. La razón para sostener tal solución es que se parte de la consideración de que en estos casos sólo concurre una desviación en el curso causal de naturaleza «inesencial», que algún autor decide conforme al criterio de «la experiencia general de la vida» (31); conforme al criterio de la «causalidad adecuada» (32), conforme a una «valoración ético-jurídica del hecho» (33), etcétera —como sucedía con la figura del «*dolus generalis*»—. La mayoría de los autores que actualmente siguen esta línea estiman, con todo, que si no es posible imputar objetivamente

(29) Ejemplo tradicional en la doctrina alemana (ver, JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, p. 418), asimismo recogido, por ejemplo, por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., El desistimiento en Derecho Penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales, 1994, p. 90; BACIGALUPO, E., Principios de Derecho Penal. Parte General, 2. ed. (1990), p. 132.

(30) WELZEL, H., Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. (1969), § 13, I, 3, d, β (p. 74); SCH-SCH-CRAMER, P., StGB Kommentar, 24. ed. (1991), § 15, nm. 58 (p. 236); STRATENWERTH, G., Strafrecht. AT I, Die Straftat, 3. ed. (1981), n. 283 (p. 103); en general para las desviaciones causales, aunque sin referirse a este caso concreto, CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal Español. Parte General I (Introducción. Teoría jurídica del delito/1), 3. ed. (1985), p. 351; BACIGALUPO, E., Principios de Derecho Penal. Parte general, 2. ed. (1990), p. 134, aunque aludiendo a un ejemplo que a mi juicio no puede encauadrarse en esta estructura (delito imprudente de homicidio consumado en concurso real con una tentativa inidónea de homicidio doloso).

(31) Así, SCH-SCH-CRAMER, P., StGB Kommentar, 24. ed. (1991), § 15, nm. 58 (p. 236).

(32) Así, WELZEL, H., Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. (1969), § 13, I, 3, d, β (p. 74), ya que la desviación se produce dentro del ámbito de la experiencia cotidiana.

(33) JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, pp. 417-419, p. 418.

el resultado producido de forma anticipada por la desviación causal, tampoco cabe apreciar la solución del delito doloso consumado. E, igualmente, admiten la posibilidad excepcional de que pueda producirse una desviación causal que conforme a los criterios (objetivos) ya apuntados se considere «esencial», en cuyo caso estiman concurrente un error de tipo que excluirá el dolo (34) y que redundará en una responsabilidad del autor por la vía de la tentativa de delito (35). Todo ello bajo la a mi juicio errónea suposición de que como en efecto no es necesario conocer elcurso causal en todos sus detalles —lo que es correcto—, «basta» con que la desviación sea objetivamente imputable «para que» exista «dolo» —lo que a mi juicio no es correcto—.

12. *La solución de la tentativa* (36). Esta segunda gran línea doctrinal aboga por una responsabilidad del autor por un *delito doloso intentado; eventualmente, en concurso ideal con el correspondiente delito imprudente consumado*. Sosteniéndose asimismo dentro de esta gran orientación doctrinal algunas soluciones diferenciadoras (37). A grandes

(34) Lo que comporta mezclar los planos del error de tipo y de la imputación objetiva. Se decide cuándo una desviación es *objetivamente* esencial conforme a los criterios de la adecuación, de la valoración ético-social, etcétera (imputación objetiva), y con ello se decide sin más cuándo una desviación es *subjetivamente* esencial (imputación subjetiva-*error de tipo*). En realidad, esta forma de proceder no es otra cosa que una manifestación más de la «responsabilidad objetiva».

(35) Así, por todos, JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho penal. Parte General (trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde) tomo I, pp. 418-419.

(36) HRUSCHKA, J., Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS 1982, pp. 317 ss.; *el mismo autor*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil, 2. ed. (1988), pp. 33 ss.; MUÑOZ CONDE, E., El desistimiento voluntario de consumar el delito, 1972, p. 144 ss.; *el mismo autor*, Der Mißlungene Rückritt: Eine Wiederkehr der Erfolgshaftung?, GA 1973, pp. 33 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales, 1994, pp. 93 ss.; diferenciadamente, HERZBERG, R.D., Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 (1973), pp. 867 ss.; p. 883; WOLTER, J., Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung — zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelik —, ZStW 89 (1977), pp. 649 ss.; pp. 697 ss.; *el mismo autor*, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum «Strafgrund der Vollendung», H. Leferenz-FS (1983), pp. 545 ss., pp. 560 ss.; SCHROEDER, F.-C.; LK-StGB, 11. ed (1994), § 26, nm. 34, estimando —erróneamente— que ambos delitos se hallan en relación de concurso real, y siempre que el autor no conociera la concreta idoneidad de su comportamiento para producir el resultado; JAKOBS, G., Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. ed. (1991), 8/77 ss., 8/79 (pp. 300-301); FRISCH, W., Tatbestansmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, p. 623.

(37) HERZBERG, R.D.; Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 (1973), pp. 867 ss., p. 883; WOLTER, J.; Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung — zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelik —, ZStW 89 (1977), pp. 649 ss., pp. 697 ss.; *el mismo autor*, Vorsätzliche Volledung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum «Strafgrund der Vollendung», H. Leferenz-FS (1983), pp. 545 ss.; pp. 560 ss.; SCHROEDER, F.-C.; LK-StGB, 11. ed. (1994), Verhalten und Zurechnungslehre, 2. ed. (1991), § 16, nm. 34; JAKOBS, G., Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. ed. (1991), 8/77 ss.; 8/79 (pp. 300-301); FRISCH, W., Tatbestansmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, p. 623.

rasgos, todo ello en la consideración de que resulta obligado respetar las reglas básicas de la imputación objetiva y de la imputación subjetiva. Con todo, hay que poner de relieve que no todas las construcciones que se pueden reconducir a esta solución respetan en igual medida las mencionadas reglas de la imputación objetiva y subjetiva. Desde luego, todos los autores sostienen la necesidad de que el resultado anticipado producido por la desviación causal sea uno objetivamente imputable —con qué criterios, ya es otra cuestión—. Por lo que hasta aquí no podrían establecerse grandes diferencias respecto a la solución de la consumación. Pero no todos coinciden en el grado de representación subjetiva que es necesario para la imputación subjetiva. Esto es, no todos coinciden en las reglas conforme a las cuales se decide si concurre un error de tipo: para algunos basta para que concurra dolo con que se dé una «conciencia concomitante» (38); para otros, con que el autor se represente el peligro inherente a la conducta típica (39); etcétera. Nuestra opinión al respecto la exponemos más adelante (40).

13. Se señala que la solución de la consumación le sustraе antes de tiempo al autor la posibilidad de un *desistimiento voluntario* de la tentativa, pues de lo contrario se tiene que admitir la posibilidad de un desistimiento voluntario posterior a la consumación (41). Sin embargo, este argumento no posee una fuerza decisiva, pues en efecto parte de la suposición de que un posible desistimiento voluntario del autor poseería eficacia aunque ya no fuera eficaz —como sucede en estos casos, por la consumación anticipada—. Construcción esta última del concepto de desistimiento voluntario relevante jurídico-penalmente que es cuando menos discutible (42). Y ello porque como ya hace un tiempo señaló entre nosotros *Muñoz Conde* el efecto de impunidad del desistimiento voluntario depende de la posibilidad de evitar el resultado (43). Circunstancia ésta que no puede producirse en los casos en cuestión. En efecto, es estos casos nos hallaremos ante supuestos que presentan la estructura de «*desistimiento malogrado*» (44). Esta estructura se caracteriza por las

(38) HERZBERG, R.D.; *Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf*, ZStW 85 (1973), pp. 867 ss.

(39) FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes*. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbetrieblicher Möglichkeitsvorstellungen, 1983, pp. 46 ss.

(40) Ver, II., n. 14.

(41) SCHROEDER, F.-C.; *LK-StGB*, 11. ed. (1994), § 16, nm. 34.

(42) WOLTER, J., *Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum «Strafgrund der Vollendung»*, H. Leferenz-FS (1983), pp. 545 ss., pp. 561.

(43) MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, 1972, pp. 144 ss.

(44) Ver, ampliamente, MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, 1972, pp. 144 ss.; *el mismo autor*, *Der mißlungene Rücktritt: Eine Wiederkehr der Erfolgshaftung?*, GA 1973, pp. 33 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales*, 1994, pp. 84 ss.

siguientes notas: a) una solo comportamiento —unidad de acción—; b) originador de varios riesgos; c) un riesgo típico dolosamente abarcado pero que no produce el resultado pretendido; d) otro riesgo distinto que produce el resultado anticipadamente evitando la consumación del anterior, pese a ser discutible su título de imputación —objetiva o subjetiva—; y e) una tentativa de desistimiento voluntario malograda por la consumación anticipada que produce la desviación causal. Un caso del mismo mencionado doctrinalmente sería el siguiente: A quiere matar a B y coloca una bomba de relojería en su habitación, pero unas horas más tarde arrepentido desconecta la bomba, a pesar de ello y con gran sorpresa por su parte, la bomba estalla y mata a B (45). A mi juicio, el desistimiento malogrado no posee apenas trascendencia «en sí mismo». Y ello, como veremos más adelante, porque tanto los casos de desviación causal con consumación anticipada, como los casos de desviación causal con consumación anticipada más desistimiento malogrado, han de recibir básicamente un tratamiento jurídico-penal igual en los casos estándar: delito doloso intentado en concurso ideal con delito imprudente consumado (46). La diferencia de tratamiento jurídico-penal residirá en la aplicación a estos últimos, según el autor mencionado, de una eventual atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo (47). Esta escasa trascendencia del «desistimiento malogrado», que como regla general no produce el efecto de impunidad, se muestra a mi juicio plenamente justificada. En efecto, hasta donde alcanzo a ver, la figura del desistimiento voluntario se fundamenta en el fondo en los *deberes de aseguramiento* que resultan de la «injerencia previa» —tentativa inacabada o acabada—, de forma que estos obligan bien a detener la ejecución —en la fase de tentativa inacabada—, bien a impedir que se produzca el resultado —en la fase de ten-

(45) Caso recogido por MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, 1972, p. 146, otros ejemplos, en pp. 146 ss.

(46) Así, MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, 1972, p. 152, sostiene que el desistimiento malogrado debe ser castigado por delito frustrado o intentando con la atenuante de arrepentimiento espontáneo u otra análoga en concurso con el delito consumado culposo; en la misma línea, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales*, 1994, pp. 84 ss.; p. 86. Este es el tratamiento jurídico-penal estándar, en otras variantes estructurales, como veremos, el tratamiento jurídico-penal puede ser el delito doloso intentando —bien porque el resultado anticipado producido por la desviación causal no es objetivamente imputable o bien por que no es en grado alguno subjetivamente imputable—. Y, en otras, otros tratamientos jurídico-penales MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, 1972, p. 145, plantea una excepción que a mi juicio no es más que un supuesto de «desistimiento voluntario incompleto y frustrado (eficaz parcialmente)», pues la desviación causal: (1) se produce cuando ya existe un «intento inacabado de desistimiento eficaz»; (2) que se frustra por producir la desviación causal una consumación anticipada «no imputable objetivamente» (conforme a los criterios de la prohibición de regreso). Cuestión distinta es la de el tratamiento jurídico-penal de tal desistimiento voluntario incompleto y frustrado que excede de las posibilidades de este simple comentario.

(47) MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, 1972, p. 152.

tativa acabada—. De tal forma que, si el desistimiento es ya imposible por objetivamente ineficaz, no existe desistimiento voluntario relevante jurídico-penalmente. Así, si el autor origina un riesgo de forma plenamente imputable (objetiva y subjetivamente) que desencadena varios cursos causales y uno de ellos anticipa el resultado, perderá el beneficio de la posibilidad de desistimiento voluntario, pues su acción originadora de varios cursos causales le obliga a contar con que la fase omisiva podrá verse «acortada». Fundamentación ésta en la que en este comentario no podemos extendernos más.

14. Descritas las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tratamiento jurídico-penal de esta clase de desviaciones causales, conviene sin embargo delimitar en su justa medida la *diferencia real* que a mi juicio existe entre ambas soluciones. Veamos. En este caso el injusto de la tentativa resulta de las siguientes consideraciones. Durante el «iter» que discurre hasta la tentativa acabada, la tentativa pasa por una fase —la inicial hasta la consumación anticipada— en la que puede hablarse de *tentativa idónea inacabada*, para transformarse en una *tentativa inidónea inacabada* —desde la consumación anticipada— y sucesivamente en una *tentativa inidónea acabada* (48). Tentativas estas que a mi juicio entran en *concurso de leyes* a solucionar conforme al principio de subsidiariedad. Si el resultado producido anticipadamente por el curso causal desviado no es objetivamente imputable, hay que destacar en orden a mostrar las diferencias reales entre ambas teorías que probablemente ambas soluciones llegarán a la misma solución: a saber, responsabilidad del autor por tentativa de delito. Las cosas y su tratamiento jurídico-penal pasarán, sin embargo, a ser controvertidos tan pronto como el curso causal desviado y no abarcado por el dolo origine el resultado de forma que éste sea objetivamente imputable. Ciertamente, a partir de este momento, los autores que defienden la solución de la consumación pasarán a abogar por una responsabilidad del autor por el delito doloso consumado; y, en cambio, los autores que defienden la solución de la tentativa pasarán a abogar por una responsabilidad del autor por el delito doloso intentado —eventualmente, en unidad de hecho con un posible delito imprudente consumado si el riesgo que produce la desviación causal eficaz es atribuible a título de imprudencia (consciente o inconsciente)—. Observaremos, pues, que cuando el resultado anticipado no es objetivamente imputable o, en los términos de la teoría de la consumación, no es esperable según la experiencia general de la vida, las diferencias de tratamiento no existen. La teoría de la consumación hablará de una desviación causal «esencial» y la teoría de la tentativa de un resultado objetivamente no imputable al autor. Y, observaremos también, que las diferencias de tratamiento sólo surgirán cuando el resultado anticipado

(48) Ver, sobre el concepto de tentativa inidónea que tengo para mí por correcto, BALDÓ, F., Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad», 1994, pp. 111-119, pp. 113 ss.

sea objetivamente imputable o, en los términos de la teoría de la consumación, esperable conforme a la experiencia general de la vida. En tal caso, la teoría de la consumación entenderá que se produce una desviación causal «inesencial» y abogará, por tanto, por una responsabilidad por el delito doloso consumado; en tanto que la teoría de la tentativa se limitará «de momento» a afirmar por lo menos una responsabilidad del autor por delito doloso intentado. Decimos «por lo menos» pues según la solución de la tentativa que aquí se defiende no acabará con ello el análisis del caso. En efecto, habrá de proseguir con éste para poder determinar si el riesgo que produce el resultado anticipadamente por la desviación causal es imputable a título de dolo, imprudencia o no es en absoluto subjetivamente imputable. De ahí que frente al tratamiento de la solución de la consumación que podría ser considerado un tratamiento jurídico-penal uniforme, el tratamiento de solución de la tentativa pueda ser considerarse un tratamiento jurídico-penal «distintivo» y que, por tanto, posea la ventaja de realizar en mayor medida el principio de igualdad. Para poder realizar este tratamiento más distintivo será determinante el concepto de «voluntad y conocimiento» que manejemos o, si se quiere, las reglas de imputación subjetiva que sostengamos. Aquí, sin poder en este momento precisar más la cuestión nos decantamos por un concepto de *dolo cognoscitivo* que ha de abarcar —objeto del dolo— la clase de riesgo originada desde el inicio de la fase de tentativa *hasta la tentativa acabada*, siendo indiferente el que se mantenga, cambie, etcétera, después de ella (49). Es necesario, con todo, delimitar normativamente hasta qué grado el autor debe representarse subjetivamente en todos sus detalles un riesgo para que no se violen las reglas de la imputación subjetiva. A mi juicio, bastará con que el autor se represente subjetivamente la peligrosidad objetiva que ex ante factu acarrea su comportamiento conforme a las leyes de la experiencia cotidiana, sin que por ello sea necesario que prevea todos y cada uno de los cursos causales inherentes a su comportamiento originador de riesgos, ni tampoco que posea un conocimiento de las leyes naturalísticas o técnicas conforme a las cuales se desarrolla el curso causal (50). *Bastará pues*

(49) Ver BALDÓ, F., Algunos aspectos conceptuales de la inducción en: VV AA, Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1992, p. 104, not. 65; ROXIN, C., Gedanken zum «dolus generalis», Würtenberger-FS (1977), p. 115.

(50) Cfr., sobre el concepto de dolo, por ejemplo, FRISCH, W., Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aubertatbeständlicher Möglichkeitsvorstellungen, 1983, 56 ss., *El mismo autor*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, pp. 572, 586-587; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Aberratio ictus» e imputación objetiva, ADPCP 1984, pp. 347 ss., p. 367, entendiendo que el curso causal y el resultado pertenecen al tipo penal, pero no al tipo de injusto, por lo que no han de ser abarcados por el dolo, lo que comporta que no se pueda hablar de errores sobre el proceso causal. Ahora bien, exige que el dolo abarque el riesgo que precisamente se realiza en el resultado; y, sobre el concepto de dolo de peligro, RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., Delitos de peligro, dolo e imprudencia, 1994, *passim*.

con que el agente se represente en el momento de la acción los posibles peligros y efectos que la misma puede acarrear según las reglas de la experiencia cotidiana. Conocimiento que se adquiere a través del proceso de aprendizaje que desde la infancia sigue todo sujeto y que se actualiza en cada acción concreta que realiza un sujeto. De no actualizarse en el momento de comisión del hecho puede concurrir un error de tipo (51).

15. De ahí que aquí nos inclinemos por la versión de la solución de la tentativa en la manifestación concreta hasta ahora desarrollada. Esto es, por una versión diferenciadora de la solución de la tentativa orientada a las estructuras y a las reglas de imputación objetiva y subjetiva. Ello significa que el tratamiento jurídico-penal que aquí se defiende para los casos que presentan la *estructura troncal* de desviaciones causales que producen la consumación anticipada depende, por un lado, de las posibles *variantes estructurales* que de la misma cabe establecer y, por otro, de las *reglas de imputación objetiva y subjetiva* que se tienen por aplicables.

16. Así, existe un *primer grupo* de casos en los que existe una conexión causal entre el resultado buscado y el comportamiento del sujeto (que por tanto origina un riesgo causal), mas este riesgo que efectivamente se realiza causalmente en el resultado no es objetivamente imputable. En cuyo caso no podrá hablarse ni desviación causal irrelevante, ni de resultado imputable, ni mucho menos de desviación causal como clase de error «de tipo» (52). Con todo, el autor responderá por el riesgo típico por él originado de forma dolosa, pese a que éste no se haya realizado en el resultado —consumado—, y no responderá por el otro riesgo que también desencadenó, pues sólo se ha realizado en el resultado en términos «fácticos». Es decir, el autor responderá por un *delito doloso intentado*. En este tratamiento jurídico-penal coincidirían, como ya se ha indicado, tanto las soluciones del delito consumado como las del delito intentado —en el supuesto de que se mantengan idénticos criterios de imputación objetiva—. Así, por ejemplo, (1) «A administra una dosis medicamentosa mortal de efectos retardados a B, su mujer, con ánimo homicida, marchando acto seguido de la vivienda común. La vivienda común se hunde por la explosión provocada por una fuga de gas ocasionada por otro vecino del inmueble, produciendo la muerte de sus ocupantes; (2) La víctima no muere por las heridas inferidas sino a consecuencia del incendio que se desencadena en el hospital donde era curado (53);

(51) Ver, sobre el concepto de error de tipo que tengo para mí por correcto, BALDÓ, F., *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 11 ss.

(52) Así, MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, e. ed. (1990), p. 276.

(53) Ejemplo recogido por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales*, 1994, p. 87.

(3) Se quería matar, pero sólo se hiere, y el herido muere por un accidente que sufre la ambulancia (54). En todos estos casos la cuestión decisiva será la de qué criterios de imputación objetiva se tienen por válidos.

17. Y existe un *segundo gran grupo* de casos en los que sí cabe propiamente hablar de desviaciones causales con producción anticipada del resultado que pueden redundar en supuestos de error «de tipo», porque la desviación causal no excluye la imputación objetiva. Esto es, casos en los que un solo comportamiento típico origina dos o más riesgos objetivamente típicos de forma que el riesgo que se realiza en el resultado perseguido es precisamente el riesgo cuyo título de imputación subjetiva es discutible. Dentro de esta variante estructural podemos distinguir a su vez diversas variantes estructurales, aunque algunas de ellas no constituyan tampoco supuestos de error de tipo en sentido estricto. A) *En primer lugar*, podemos distinguir los casos de «dolo alternativo» (55). Esto es, aquéllos en los que un sujeto origina dos o más riesgos objetivamente típicos, todos ellos dolosamente abarcados, a sabiendas de que sólo uno de ellos se realizará en el resultado típico perseguido. Bastará asimismo el dolo eventual respecto a la desviación causal. Caso éste en el que en principio no cabe hablar de desviaciones causales subjetivamente relevantes, ni por tanto de error de tipo. El autor responderá por un *delito doloso consumado*. B) *En segundo lugar*, hay que distinguir el grupo de casos en los que el resultado típico se origina a consecuencia de uno de los riesgos típicos ocasionados por el comportamiento del agente, pero no a través del riesgo típico dolosamente abarcado, sino a través del un riesgo objetivamente típico que se realiza anticipadamente en el resultado de forma que no es siquiera imputable a título de imprudencia. Caso éste en el que en cabe hablar de desviaciones causales subjetivamente relevantes, respecto a las cuales concurre un error de tipo invencible. El autor responderá por un *delito doloso intentado*. Y C) *en tercer lugar*, podemos distinguir el grupo de casos en el que el resultado típico se origina a consecuencia de uno de los riesgos objetivamente típicos ocasionados por el comportamiento del agente, pero no a través del riesgo típico dolosamente abarcado, sino a través del otro riesgo típico que se realiza anticipadamente en el resultado de forma imputable a título de imprudencia. Caso éste en el que

(54) Ejemplo recogido por MIR PUIG, S.; Derecho Penal. Parte General, e. ed. (1990), p. 276; también por CEREZO MIR, J., Curso de Derecho penal Español. Parte General I (introducción. Teoría jurídica del delito/1), 3. ed. (1985), p. 352.

(55) Sobre él se sostienen diversos tratamientos jurídico-penales, pero también diversos «conceptos», ver JOERDEN, J.C., Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen ferichtete Vorsatz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des dolus alternativus, ZStW 95 (1983), pp. 565-605; SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Aberratio ictus» e imputación objetiva, ADPCP 1984, pp. 347 ss.; p. 376, not. 141; FARRE TREPAT, E., La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia, 1986, pp. 114 ss.; BALDÓ, F., Algunos aspectos conceptuales de la inducción, en : VV AA, Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1992, p. 121 y not. 139.

cabe hablar de desviaciones causales subjetivamente relevantes, respecto a las cuales concurre un error de tipo vencible. El autor responderá por *un delito doloso intentado en concurso ideal con un delito imprudente consumado*. En todos estas variantes estructurales la cuestión decisiva será la de qué criterios de imputación subjetiva se tienen por válidos. Esto es, la cuestión de qué grado de representación subjetiva es exigible para el dolo y para la imprudencia (56).

III

18. Hecha toda esta exposición del debate doctrinal existente en torno al tratamiento jurídico-penal de los supuestos de desviaciones causales de la especie «consumación anticipada» y «dolus generalis» (II.), nos hallamos ya en disposición de abordar la *resolución concreta* del caso objeto de este comentario. Empezaremos por destacar aquellos elementos del relato fáctico que a nuestro juicio se muestran como relevantes para su evaluación jurídico-penal. El Tribunal «a quo» declara probado que el procesado agarró fuertemente a su esposa por el cuello por lo que cayeron ambos al suelo, provocando que la víctima se fracturara la tercera vértebra cervical con hemisección medular que le causó la muerte, aunque el procesado no dejó en ningún momento de oprimir el cuello de su esposa fuertemente hasta que notó el cuerpo inerme, entendiendo que todo el proceso fue guiado por un ánimo homicida -que deduce según el expediente procesal de los actos anteriores (el procesado había agredido y amenazado de muerte a su esposa en varias ocasiones), coetáneos (en este caso, la clase de agresión) y posteriores-. Si estos son los hechos declarados probados, hemos de suponer que el procesado pretendía dar muerte a su mujer estrangulándola hasta que muriera por asfixia. Y hemos de suponer asimismo que, a pesar de conseguir darle muerte como pretendía, no lo consiguió por la vía que se representó —el estrangulamiento—, sino por otra distinta que anticipó el resultado —la fractura cervical producto de la caída—, circunstancia ésta acerca de la que en ningún momento tuvo constancia —siguió oprimiendo fuertemente el cuello de su esposa hasta que notó el cuerpo inerme—. También hemos de suponer, en este caso por vía de hipótesis, pues lamentablemente los hechos probados nada dicen al respecto, que la caída se produjo como producto natural de la confrontación entre la violencia agresiva empleada por el autor en el intento de estrangulamiento y la violencia defensiva empleada por la víctima; y no por otra circunstancia en mayor o menor medida accidental o imputable.

(56) Sobre ello, ver, II., n. 14.

19. Si éstos son los hechos, podemos ya establecer que el caso en cuestión presenta la estructura de las «*desviaciones causales que producen una anticipación del resultado*». Y que, en cambio, no presentan la estructura de los casos de «*dolus generalis*», ni la de los casos de «*preterintencionalidad*» —como pretende la alegación del recurso de casación—, ni, por lo demás, presentan la estructura de los casos de «*desistimiento voluntario malogrado*». Casos todos estos que ya han sido analizados (en II).

20. Ciertamente, cabe afirmar que los hechos reúnen todos los elementos necesarios como para que los enmarquemos claramente en el ámbito de la *estructura troncal de las desviaciones causales que producen un resultado anticipado*. A saber, como ya ha quedado dicho: (1) una solo comportamiento típico —unidad de acción—; (2) originador de varios riesgos; (3) uno dolosamente abarcado pero que no produce el resultado pretendido; y (4) otro que produce anticipadamente el resultado pese a ser discutible su título de imputación —objetiva o subjetiva—. De aceptarse todo ello como correcto, el siguiente paso que cabe dar en orden a la calificación del hecho es el de determinar cuál de las variantes estructurales de la estructura troncal de «*desviación causal con anticipación del resultado*» se realiza en el caso en cuestión. Parece claro que conforme a los hechos probados es posible afirmar la *imputación objetiva* del resultado originado por el riesgo no dolosamente abarcado. Para no entrar en un análisis demasiado prolífico que prolongue más de lo debido la explicación, lo expresaremos a través del clásico argumento «*a fortiori*». En efecto, si es regla general afirmar la imputación objetiva del resultado más grave en los casos de empujón, empellón, forcejeo preterintencionales (57), con mayor razón habrá que afirmar la imputación objetiva del resultado anticipado que se produce en nuestro caso producto de un estrangulamiento con forcejeo (58). Así pues, descartada la posibilidad de que el resultado anticipado no sea objetivamente imputable, nos

(57) En efecto, la no exclusión de la imputación objetiva en estos casos es la regla general para los casos normales; en casos anómalos, sin embargo, pueden darse situaciones de no imputación objetiva en el ámbito de las constelaciones de casos comentadas.

(58) La mención que hace la STS, refiriéndose a la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, indicando que el tribunal «*a quo*» llega a dudar sobre el mecanismo de la muerte señalando en el Fundamento jurídico que se produjo «*bien por la fuerte y violenta presión que ejerció el procesado sobre el cuello de la víctima o indirectamente por esta presión acompañada de la caída de su esposa al suelo*», podría, de ser cierta, cambiar la solución del caso. De todas formas hay que señalar, por un lado, que esta mención se hace en los fundamentos jurídicos y que los hechos probados son precisamente otros —(...) provocando que la víctima se fracturara la tercera vértebra cervical con hemisección medular que le causó la muerte (...)—, y por otra, aunque esta consideración es meramente particular, hay que decir que es realmente cuestionable en términos causales que la asfixia pueda ser co-causal en un caso de muerte instantánea por hemisección medular de la tercera vértebra.

situamos ya en el campo en el que las teorías de la consumación y de la tentativa llegan a soluciones diversas. De ahí, si se me permite, la *singularidad* del caso que aquí se comenta. Que las cosas son así, lo demuestra el tratamiento jurídico que se sostiene en la sentencia en cuestión: el del delito doloso consumado. Tratamiento cuya mejor fundamentación se puede buscar en la anteriormente expuesta -aunque criticada- solución de la consumación para los casos de desviaciones causales con anticipación del resultado. Y el tratamiento jurídico por el que aquí, en cambio, nos decantaremos: el que propugna la solución de la tentativa, aunque en la orientación diferenciadora aquí sostenida. Que parte, recordemos, tanto del respecto a las diversas variantes estructurales, como de una determinada concepción de las reglas de imputación objetiva y subjetiva. Conforme a lo ya expuesto, el siguiente paso a dar en este análisis del caso será el de determinar si el riesgo que produce el resultado anticipado —estrangulamiento /forcejeo /desnucamiento— es un riesgo que es imputable subjetivamente a título de dolo eventual, de imprudencia o no imputable subjetivamente. Las escasas pruebas que poseemos respecto a este punto en el momento de redactar este comentario sólo nos permiten efectuar meras *hipótesis*. Presumimos aquí que si el autor se hubiera representado —actualizado en su conciencia (59)— con dolo eventual o con culpa consciente la posibilidad de que la víctima hubiera muerto por la caída, lo más probable es que en el acto de arrepentimiento espontáneo posterior ante la Guardia Civil, en vez de confesar su estrangulamiento, hubiera dado una versión de los hechos más propicia para sus propios intereses. Hay que reconocer, sin embargo, que ello no deja de ser una mera hipótesis. Con todo, lo que ya es más difícil de cuestionar es la existencia, cuando menos, de *culpa inconsciente* respecto al riesgo que produce como ha quedado dicho el resultado anticipado —estrangulamiento /forcejeo /desnucamiento—. De ahí que aquí no aboguemos por la solución de la tentativa «pura», sino por la de una responsabilidad del autor por *un delito doloso de parricidio intentado en concurso ideal con un delito imprudente de parricidio consumado* (60).

21. No se da, en cambio, un supuesto de *desistimiento voluntario malogrado*, pues el agente en ningún momento del proceso decide desistir voluntariamente de la ejecución. Ni antes de haber producido efectivamente el resultado buscado, ni antes de haberlo producido según su representación subjetiva —errónea—, el autor decide desistir de la ejecución. Sólo después de haber producido efectivamente el resultado buscado y después asimismo de que se represente haber producido el resultado que pretendía, el agente decide entregarse. Tal estructura se corresponde con la que cabe sostener para los casos de arrepentimiento

(59) Ver, II., n. 14 *in fine*.

(60) A partir de la entrada en vigor del nuevo Código Penal: delito doloso de homicidio intentado en concurso ideal con un delito imprudente de homicidio consumado.

espontáneo. En efecto, durante el «iter delictivo» se pueden establecer las siguientes correspondencias: (1) tentativa inacabada-desistimiento voluntario pasivo; (2) tentativa acabada-desistimiento voluntario activo; (3) consumación-arrepentimiento espontáneo. Así las cosas, ni es éste un caso de desistimiento voluntario, ni uno de desistimiento voluntario malogrado —en cuyo caso entraría en consideración la aplicación de una atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo (61)—, sino, eventualmente, de *arrepentimiento espontáneo*.

22. Hay que señalar que por las razones apuntadas (en II.) el caso comentado de desviación causal que produce una anticipación del resultado no constituye un supuesto de «*dolus generalis*». Pero podría haberlo sido. Obsérvese la siguiente reconstrucción de los hechos: si en vez de que la víctima hubiera muerto producto de la caída, hubiere muerto a consecuencia de algún golpe que se le hubiera podido dar el autor después del intento de estrangulamiento, cuando «(...) decidió, para que no lo viese su hijo, ocultar bajo la cama el cadáver...», estos hechos reconstruidos presentarían la estructura del «*dolus generalis*».

23. Por lo demás, y para concluir, hay que descartar el motivo del recurso: a saber, la alegación de *preterintencionalidad*. La circunstancia de que en el caso en cuestión sea una sola acción la que produce varios riesgos relevantes podría —erróneamente— hacer pensar, como así sucedió en el fundamento del recurso, que cabría tratarlo jurídico-penalmente como si fuera un caso de preterintencionalidad. Y, ciertamente, cabe convenir que la estructura que presentan los casos de preterintencionalidad y la que presenta el caso en cuestión coinciden en que en ambas es una sola acción la que origina diversos riesgos típicos. Sin embargo, no se puede sino reconocer que no son estructuras «isomórfas» pues así como el riesgo típico de muerte originado por la acción preterintencional nunca deben ser subjetivamente imputado a su autor a título de dolo, en el caso en cuestión existe cuando menos un riesgo típico de muerte que es imputable subjetivamente a su autor de forma dolosa. Diferencia ésta que no puede desconocerse. En efecto, la *estructura* de preterintencionalidad «stricto sensu» se caracteriza a mi juicio porque ella supone la *realización de una conducta que acarrea directamente dos riesgos: un riesgo típico básico dolosamente abarcado y un riesgo típico más grave culposamente abarcado*. Puesto que es una sola conducta la que constituye dos delitos, su tratamiento jurídico-penal queda sujeto al régimen prescrito por el *concurso ideal* de delitos. El primer riesgo típico que origina la conducta, el básico, constituye un riesgo dolosamente abarcado. De ahí que si la conducta no produjera ulteriores consecuencias más graves, no se plantearía problema alguno.

(61) Así lo sostiene al menos, MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, 1972, p. 152.

El sujeto respondería por el correspondiente delito doloso consumado o no. Pero como quiera que la «misma» conducta acarrea (lleva inherente) un segundo riesgo, que puede o no producir ulteriores consecuencias más graves, se hace necesario estudiar cómo responderá el sujeto por las mismas. Ciertamente, si estas consecuencias más graves «directamente» ligadas a la conducta en cuestión *no son objetivamente imputables* a la misma conforme a los criterios jurídico-penales usuales, no podrá hablarse nunca de preterintencionalidad en sentido estricto. Se podrá a lo sumo decir que el sujeto ha ocasionado en términos fácticos consecuencias más graves de las que pretendía, pero no que deba responder de ellas conforme a las reglas jurídico-penales de la preterintencionalidad. Si, por el contrario, puede afirmarse la *relación de imputación objetiva* entre la conducta y las consecuencias más graves, se hace necesario distinguir *tres posibles subestructuras* básicas. La *primera* es aquélla en la que el riesgo objetivo que ocasiona las consecuencias más graves, si bien no era el pretendido (intención), si que cuando menos es abarcado en términos de dolo eventual. En ese caso, tampoco podemos hablar de preterintencionalidad en sentido estricto. Podemos decir, de nuevo, que el sujeto ocasiona consecuencias más graves que las que pretendía; mas, con todo, estás le serán imputables a título doloso. Por lo tanto, responderá por ellas conforme al correspondiente delito doloso consumado. Este desplazará normalmente al delito básico conforme a las reglas del concurso de leyes —el riesgo doloso más grave absorbe al riesgo doloso menos grave— (subsidiariedad). La *segunda* es aquélla en la que el riesgo objetivo que ocasiona las consecuencias más graves, no sólo no era el pretendido (intención), sino que ni siquiera le era atribuible subjetivamente a título de imprudencia —pese a ser objetivamente imputable—. En ese caso, tampoco podemos hablar de preterintencionalidad en sentido estricto. Podremos decir, de nuevo, que el sujeto ocasiona consecuencias más graves que las que pretendía, pero estás no le serán, con todo, imputables, ni a título dososo ni a título imprudente. Por lo tanto, no responderá por ellas, aunque evidentemente sí responderá por el delito doloso básico, consumado o no. Y, finalmente, una *tercera*, a la que podemos denominar como *preterintencionalidad en sentido estricto*. Esta se caracteriza porque en ella el riesgo que ocasiona las consecuencias más graves, ni era el pretendido (intención), ni era abarcado en términos de dolo eventual, pero sí era subjetivamente imputable a título de imprudencia (culpa consciente/culpa inconsciente). Es en este caso cuando podemos hablar de preterintencionalidad en sentido estricto. De ser así las cosas, el sujeto responderá por *un delito básico doloso (consumado o no) en concurso ideal con un delito imprudente consumado*. Este tratamiento jurídico-penal arranca de una propuesta de *Mir Puig* (62)

(62) Ver, MIR PUIG, S., *Preterintencionalidad y límites del art. 50 del CP*, RJCat. 1979, pp. 57 ss.

y es hoy en día comúnmente aceptada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina dominante (63). Pues bien, si esta es la estructura de la preterintencionalidad, parece claro que en el caso aquí objeto de comentario no nos hallamos ante un caso que presente su estructura troncal, ya que el comentado se caracteriza por ser un «comportamiento que aca-rrea directamente dos riesgos: un riesgo dolosamente abarcado de cau-sar un resultado «concreto» que no se consuma por la realización anticipada en ese mismo resultado «concreto» del otro riesgo no dolosa-mente abarcado». El caso en cuestión y los casos de preterintencionali-dad coinciden, por tanto, en que todos ellos suponen un único comportamiento que origina directamente dos riesgos —unidad de ac-ción—, pero divergen en varios aspectos: cuando menos, (1) en el caso en cuestión el comportamiento del autor origina un riesgo «dolosamen-te» abarcado que podría producir el resultado de no ser por la consumación anticipada del otro y, en cambio, en los casos de preterintencionalidad el riesgo «dolosamente» abarcado nunca se refiere al «resultado más gra-ve»; y (2) en el caso en cuestión, ambos riesgos —el dolosa y el no dolosamente abarcado— se refieren a «un mismo resultado» y, en cambio, en los supuestos de preterintencionalidad, ambos riesgos se refieren a «resultados diversos (el más grave y el menos grave».

(63) Ver, por todos, MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, 3. ed. (1990), pp. 308 ss., y los autores allí citados.

BIBLIOGRAFIA

Libros

ANGEL SANZ MORAN, «Elementos subjetivos de justificación», J.M.^a Bosch Editor, Barcelona, 1993, 109 páginas.

La monografía objeto de esta recensión tiene por objeto, como el propio título indica, el estudio de los elementos subjetivos de la justificación, esto es, del aspecto o componente subjetivo que presentan las causas de justificación o de exclusión de la an-tijuricidad. Se trata de determinar en qué medida, presentes los presupuestos objetivos de una causa de justificación, deben éstos ser captados por la conciencia y voluntad de quien actúa para afirmar la justificación de la conducta.

Tiene este estudio, en primer término, el valor de contribuir a la formación de una teoría general de las causas de justificación, en gran medida descuidada en nuestra doctrina. Es cierto que la teoría de la justificación ha de desenvolverse en principio a la zaga de aquélla del injusto. Si la justificación es el reverso material del injusto, la estructura formal de las causas de justificación viene mediatisada de modo fundamental por aquélla del tipo del injusto. Pero, por otra parte, este razonamiento lógico-sistemático no tiene que ser llevado siempre a sus últimas consecuencias —pues debe ceder en función de premisas de otra naturaleza— y, en todo caso, no disculpa de la necesidad de un estudio particular de la justificación en Derecho Penal. Cabría destacar al respecto cuestiones como la estructura del tipo de justificación —cuyo aspecto subjetivo es objeto de esta contribución—, el exceso, el error —en sus diferentes variantes: sobre la justificación misma, sobre los límites y sobre los presupuestos objetivos de justificación—, el concurso de causas de justificación, la eficacia de las causas de justificación en el delito culposo, etc.

Teniendo en cuenta esa inicial vinculación entre la teoría del injusto y la de la justificación, comienza Sanz Morán por aclarar los presupuestos metodológicos que fundamentan las tomas de posición personal que aparecen a lo largo del estudio. Estos remiten a la función de protección de bienes jurídicos que asigna al Derecho Penal y conciernen a la teoría del injusto: cabe destacar como rasgos fundamentales de la misma la pertenencia del desvalor de resultado al injusto y la consideración de la peligrosidad objetiva de la acción para el bien jurídico como momento central del desvalor de acción.

Seguidamente pone el autor de relieve el enlace histórico existente entre la teoría de los elementos subjetivos de justificación y las distintas concepciones del injusto. Su origen es común a aquél de los elementos subjetivos del injusto. Se refiere a ambos por primer vez Fischer en 1911, en relación al Derecho Civil, desde donde son trasladados al Derecho Penal. En este ámbito señala a M.E. Mayer como verdadero descubridor de los elementos subjetivos de justificación. Su evolución inicial en la doctrina penal es bien conocida: si en el seno de la teoría del delito neoclásica —paradigma de ella es la obra de Mezger— se reconocen sólo excepcionalmente elementos subjetivos en particulares causas de justificación, desde la orientación finalista se reclamará la presencia de un elemento subjetivo de justificación general, esto es, en todas las causas de justificación. H.v. Weber, en los años treinta, es el protagonista de este giro.

Continúa Sanz Morán presentando el estado actual del debate, caracterizado por una variedad de soluciones en lo que respecta a la exigencia con carácter general o excepcional de este requisito, así como también sobre su fundamento, contenido y, finalmente, sobre las consecuencias jurídicas de su ausencia. Todas estas cuestiones son analizadas en capítulos separados y no conjuntamente, pues no aparece una línea continua de enlace entre ellas: por ejemplo, la exigencia de un elemento subjetivo de justificación general puede obedecer a diferentes fundamentos, se le otorgan contenidos divergentes y se proponen tratamientos no coincidentes para las situaciones de ausencia del mismo. Todo lo cual da idea de la complejidad del tema elegido por el autor, así como de la imposibilidad de ofrecer aquí siquiera una imagen de todas las alternativas. Nos referiremos por ello sólo a las fundamentales.

Respecto al primer interrogante, destaca el autor dos tendencias fundamentales. Por un lado, el punto de vista dominante en la literatura penal italiana y española —aunque minoritario en el medio alemán—, que remite la cuestión a la interpretación de cada causa de justificación en particular, entendiendo que éstas tienen un carácter fundamentalmente objetivo y que sólo algunas requieren la constatación de un componente subjetivo. Esta orientación viene marcada a la doctrina italiana por lo dispuesto en tal sentido en el art. 59 del *Codice Penale*. Su difusión en la doctrina española tradicional, así como en la jurisprudencia, ha procedido en alta medida de la interpretación en sentido subjetivo de expresiones que comienzan por la preposición «en» («en defensa», «en ejercicio de», etc.) utilizadas en la descripción de las causas de justificación del art. 8 del Código Penal. En la doctrina alemana y austriaca domina, por el contrario, la convicción de que todas las causas de justificación constan de componentes objetivos y subjetivos. Esta solución procede de una concepción personal del injusto, de acuerdo con la cual la exigencia de un desvalor de acción y de un desvalor de resultado para la fundamentación del injusto tiene su contrapartida en la exigencia de un correlativo valor de acción y de resultado para su exclusión. Este punto de vista encuentra creciente difusión en la doctrina penal española más reciente.

Aborda a continuación Sanz Morán la fundamentación normativa de la teoría de los elementos subjetivos de justificación. Siguiendo en este punto las investigaciones de Frisch, indica —distanciándose de otras alternativas—, que ésta sólo puede encontrarse en la propia naturaleza del injusto, esto es, en aquello que las causas de justificación anulan. Se revela aquí la íntima conexión existente entre teoría del injusto y de la justificación que el autor ya advirtió en las páginas iniciales. Desde su propia concepción del injusto, cuyas líneas maestras ya presentamos, estima que el fundamento de la exigencia

de un elemento subjetivo de justificación radica en la exclusión del desvalor subjetivo de acción —como elemento codeterminante del injusto— y, de modo consecuente, en la punición por tentativa inidónea. De este modo, la decisión legal de incriminar también la tentativa inidónea —presente en nuestro Derecho (art. 52 del CPe)— proporciona fundamento normativo a la exigencia de un elemento subjetivo de justificación general.

La investigación del autor avanza seguidamente hacia un nuevo problema, la determinación del contenido de los elementos subjetivos de justificación. Destaca al respecto tres direcciones fundamentales. La primera precisa tal contenido en correspondencia con el dolo, como elemento subjetivo general del injusto. Reclama entonces el conocimiento y voluntad referidos a los elementos del tipo de justificación. Algunos autores se refieren sólo al primero de estos elementos. Sanz Morán muestra cómo, no obstante, estas diferencias, lejos de ser substanciales, son más bien propiciadas por una falta de unidad terminológica al respecto, reflejo de la existente a propósito del dolo. Otras autores, representantes de líneas minoritarias, defienden la exigencia de un componente intencional o tendencial, o bien tienen en cuenta los motivos y móviles que inspiran la conducta del autor. Estas alternativas, tomadas fundamentalmente de la doctrina alemana, encuentran su reflejo en la española, que es analizada por el autor poniendo de relieve la frecuente falta de claridad que se aprecia en algunas exposiciones, así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Antes de abordar la relevancia práctica de la cuestión objeto del estudio, analiza el autor, de modo complementario, varios problemas que aparecen en este contexto. Singularmente, la cuestión del conocimiento eventual de la situación de justificación —paralela a la del dolo eventual—; la admisión de las denominadas «causas de justificación mutiladas en dos actos» —reflejo también de los «delitos mutilados en dos actos»—; el requisito, adicional al elemento subjetivo de justificación general, de un examen cuidadoso de la presencia de los presupuestos objetivos de justificación —también denominado «examen conforme a deber»— con el valor añadido de suplir la posible ausencia de la base objetiva de justificación; y, por último, la posible exigencia de un elemento subjetivo de justificación en los delitos culposos. En relación a esta última, indica que la solución está condicionada por la adoptada, con carácter general, para los supuestos de inexistencia del elemento subjetivo de justificación. Pues de apreciarse una tentativa inidónea —como propone el autor en las páginas siguientes—, al ser impune la tentativa inidónea de un delito culposo, se concluye que la exigencia de un componente subjetivo para la justificación de un comportamiento culposo típico es irrelevante. De este modo, sólo desde la tesis de la consumación, tiene relevancia tal exigencia. Añade que, sin embargo, esta solución «aparece vinculada a la atribución de un contenido intencional al elemento subjetivo de justificación difícilmente configurable, sin embargo, en los delitos culposos» (pp. 58 y ss).

Se ocupa finalmente Sanz Morán de analizar las consecuencias prácticas de la ausencia del elemento subjetivo de justificación, cuestión que, lógicamente, sólo tiene interés para quienes no adoptan una concepción estrictamente objetiva del injusto y de la justificación. La alternativa se plantea entre la punición correspondiente al delito consumado o a la tentativa inidónea. De nuevo se muestra aquí la complejidad de la materia, pues, como expone detalladamente el autor, a ambas soluciones se llega desde caminos

diversos. En todo caso, la decisión viene en gran medida condicionada por el contenido que se asigne al elemento subjetivo de justificación. Después de analizadas las diferentes propuestas, así como su presencia en la doctrina española, el autor toma posición siempre desde los presupuestos metodológicos antes explicados. De acuerdo con ellos, considera que la punición correspondiente a la tentativa inidónea que se propugna desde la teoría de la «justificación separada» para los supuestos de ausencia del elemento subjetivo de justificación resulta la solución más acorde con la concepción dualista del injusto defendida. La teoría de la justificación separada, destaca el autor, «aparece estrechamente vinculada a las concepciones dualistas del injusto, es decir, aquellas que atienden, para su fundamentación, a la existencia de un doble desvalor: de acción y de resultado, exigiendo correlativamente para su exclusión la presencia de dos elementos: un resultado valioso (jurídicamente aprobado) unido, en cuanto «valor de acción», al correspondiente elemento subjetivo de justificación»; entendiendo que «en los dos casos (fundamentación y exclusión del injusto) se puede atribuir relevancia separada a cada uno de los desvalores/valores concurrentes» (pp. 74 s). De este modo, ausente el elemento subjetivo de justificación, «estará presente un «valor de resultado», puesto que el desvalor de resultado típico se ve anulado o compensado por la presencia de un estado de cosas objetivamente justificante (salvación, por ejemplo, de un interés de rango superior), persistiendo solamente el desvalor de acción, dado que el autor ha dirigido su acción a la lesión de un bien jurídico protegido, (sin que el carácter disvalioso de este acto se vea anulado o desvirtuado por la conciencia (y voluntad) de colmar los presupuestos de una causa de justificación)». «Ahora bien, el binomio desvalor de acción sin desvalor de resultado es precisamente lo que caracteriza a las situaciones que calificamos como tentativa». Y, concretamente, estas hipótesis se corresponden valorativamente con aquellas de tentativa inidónea o imposible, pues «también aquí es objeto de reproche jurídico la traducción en actos ejecutivos de una voluntad contraria a Derecho» (p. 93). En efecto, en ambos supuestos nos encontramos ante acciones que, desde un punto de vista puramente objetivo, carecen de virtualidad lesiva. Su punición tiene un carácter excepcional y responde por ello a una fundamentación *ad hoc*, si se parte de un concepto de injusto como el defendido en la obra, cuyo elemento central es el desvalor objetivo de la acción entendido como puesta en peligro de bienes jurídicos. Advierte también Sanz Morán que la punición expresa en nuestro Código Penal de los supuestos de tentativa inidónea —en la regla 2.^a del art. 52— sirve también de fundamento a la exigencia de un momento subjetivo en las causas de justificación. Entiende además que la aplicación de esta norma procede de forma directa y no analógica. Con el fin de precisar aún más su postura procede a separar las hipótesis de verdadera tentativa inidónea punible de otras que responden a categorías próximas como la tentativa irreal —luego impune— y el delito putativo —también exento de pena—.

La solución es diferente, sin embargo, cuando la ausencia va referida no al elemento subjetivo de justificación general sino a un elemento intencional exigido explícitamente por el legislador en alguna causa de justificación particular. Procede entonces apreciar un delito consumado, al faltar un elemento legal del tipo de justificación —solución paralela a la reconocida para la ausencia de los elementos subjetivos del injusto—.

Para concluir queremos destacar de nuevo el interés de la monografía que comentamos no sólo para el investigador universitario sino también para el jurista dedicado a

la práctica. Para el primero ofrece un tratamiento dogmático de la cuestión detallado y riguroso. El propio autor subraya el «singular interés dogmático y metodológico» del problema, pues «en la discusión en torno a los «elementos subjetivos de justificación» se ponen de manifiesto todos los contrastes y antinomias que ofrece la actual teoría jurídica del delito» (p.3). La amplia información que de la literatura sobre la justificación penal se ofrece aparece no simplemente concatenada sino conectada sistemáticamente y críticamente analizada. Se aprecia, por otra parte, una constante preocupación por el cierre, desde la perspectiva del sistema penal, de todas las tomas de posición personal. De este modo —por ejemplo—, la cuestión de la ausencia del elemento subjetivo de justificación aparece bien delimitada de otras situaciones como la denominada «justificación subjetiva» —error sobre la justificación— o el exceso (intensivo) culposo. Para el jurista dedicado a la práctica presenta el interés añadido de hacer referencia en el tratamiento de cada cuestión a las soluciones que al respecto ofrece tanto la doctrina española como la jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo.

M.^a ISABEL SANCHEZ GARCÍA
Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid.
Doctora en Derecho.

NOTICIARIO

XV Congreso Internacional de Derecho Penal

Entre los días 4 y 10 de septiembre de 1994 se ha celebrado en Río de Janeiro el XV Congreso Internacional de Derecho Penal, auspiciado por la Asociación Internacional de Derecho Penal. El Congreso se estructuró en cuatro Secciones, y sus respectivos trabajos concluyeron con la aprobación de las siguientes

RESOLUCIONES

I. En la Sección Primera: DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. APLICACION DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL A LAS INFRACCIONES CONTRA EL AMBIENTE.

- CONSIDERANDO el creciente riesgo que engendran las actividades industriales y similares para las generaciones actuales y futuras, para la salud y para el ambiente del que forman parte;
- CONSIDERANDO la preocupación mundial por la degradación del ambiente causada especialmente por la comisión de infracciones contra el ambiente en violación del derecho nacional e internacional;
- CONSIDERANDO los desarrollos recientes dirigidos a la inclusión de las infracciones contra el ambiente en los códigos penales y en las leyes de protección ambiental, así como en las convenciones, recomendaciones y resoluciones internacionales;
- CONSIDERANDO la Resolución 77(28) del Consejo de Europa sobre la Contribución del Derecho Penal a la Protección del ambiente, la Recomendación 88(18) sobre la Responsabilidad de las Empresas por Infracciones, la Resolución núm.1 de los Ministros de Justicia europeos adoptada en su Conferencia de 1990 y los trabajos en curso del Consejo de Europa para el desarrollo de una Convención europea sobre protección del ambiente a través del Derecho penal;

— CONSIDERANDO la Resolución núm.45/121 de 1990 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que adopta la Resolución sobre la protección del ambiente a través del Derecho penal aprobada por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente; las Resoluciones 1993/32 y 1994/15 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y los documentos preparatorios del próximo IX Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en el punto relativo a la «Acción contra el crimen económico nacional y transnacional y el papel del Derecho penal en la protección del ambiente»;

— CONSIDERANDO la recomendación contenida en el informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1991;

— CONSIDERANDO que resulta deseable la previsión de sanciones adecuadas para las graves infracciones contra el ambiente y con el fin de asegurar la reparación del daño contra el ambiente;

— HABIENDO examinado y deliberado sobre las recomendaciones del Coloquio Preparatorio de la AIDP sobre la aplicación del Derecho penal a las infracciones contra el ambiente, celebrado en Ottawa, Canadá, del 2 al 6 de noviembre de 1992, presenta las siguientes

RECOMENDACIONES

I. PRINCIPIOS GENERALES

1. El término «ambiente» engloba todos los componentes del planeta, bióticos y abióticos, e incluye el aire y todas las capas de la atmósfera, el agua, la tierra, incluido el suelo y los recursos minerales, la flora y la fauna y todas las interrelaciones ecológicas entre estos componentes.

2. El «Principio de desarrollo sostenible», en el sentido de la Comisión Brundtland y adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1992, exige que el desarrollo económico no puede tener lugar a expensas del posible disfrute del ambiente por las generaciones futuras.

3. El «Principio de precaución» articulado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y el desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992, exige que allí donde exista el peligro de daño grave o irreversible, la falta de una completa seguridad científica no podrá ser usada como razón para posponer la aplicación de medidas efectivas para prevenir la degradación ambiental.

4. En la medida de lo posible, los Estados y la sociedad tienen la responsabilidad de asegurar que los principios de desarrollo sostenible y de precaución sean respetados por todas las personas físicas y jurídicas y por los organismos públicos que desarrollan actividades que pueden suponer un daño potencial para el ambiente.

5. Para garantizar el respeto de los principios de desarrollo sostenible, y precaución los Estados deben tener a su disposición una amplia variedad de medidas de control, con inclusión de incentivos, medidas de aplicación negociadas, poderes de autorización y regulación y de imposición de sanciones para los supuestos de inobservancia de los standards establecidos. En casos apropiados debe contemplarse al Derecho penal como un medio de intervención con medidas realmente efectivas para asegurar la protección del ambiente.

II. CUESTIONES ESPECIALES RELATIVAS A LAS INFRACCIONES CONTRA EL AMBIENTE:

1. En coherencia con el principio de legalidad, la definición de las infracciones contra el ambiente debería ser clara y precisa.

2. Debería realizarse una distinción entre las sanciones, que no incluyan privación de libertad y cierre punitivo de una empresa impuesta por inobservancia de los standards administrativos y reglamentarios, y las sanciones penales, a imponer para prevenir y castigar actos u omisiones culpables que causen daños graves al ambiente.

3. El elemento material mínimo de las infracciones sometidas a sanción penal debería ser:

(a) un acto u omisión que cause un serio daño al ambiente;

(b) un acto u omisión que contravenga los standards ambientales establecidos y que cree un peligro real e inminente (concreto) contra el ambiente.

4. Tanto respecto de los actos u omisiones, como de sus consecuencias, el elemento subjetivo mínimo exigido a la hora de la tipificación de una infracción penal ambiental sometida a sanción penal, debería ser el conocimiento y voluntad, al menos eventual (*dolus eventualis, culpa gravis* o su equivalente en cada derecho interno) o, en caso de graves consecuencias, la imprudencia culpable.

5. Cuando se encuentre probado que el acusado actuó u omitió, a sabiendas de que podía crearse un grave daño contra el ambiente, y ese daño tiene efectivamente lugar, debería limitarse de manera razonable la eficacia justificante del respeto de los términos de la autorización o del permiso o de los niveles o prescripciones establecidos en la normativa en vigor.

6. En coherencia con el principio de intervención mínima, las sanciones penales deberían sólo emplearse cuando las sanciones y demás

recursos civiles y administrativos sean inapropiados o inefectivos para el tratamiento de determinadas infracciones contra el ambiente.

III. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS POR INFRACCIONES PENALES CONTRA EL AMBIENTE

1. Las conductas merecedoras de la imposición de sanciones penales pueden ser realizadas tanto por personas físicas como por personas jurídicas y organismos públicos.

2. Los sistemas jurídicos nacionales deberían prever, si fuera posible en su Constitución o derecho fundamental, una amplia variedad de sanciones penales y otras medidas adaptadas a las personas jurídicas privadas y organismos públicos.

3. Cuando una persona jurídica, pública o privada, se encuentre involucrada en una actividad que plantea un serio riesgo de daño para el ambiente, debería obligarse a los directivos y a las autoridades gestoras de esos organismos que ejerzan su responsabilidad de control de modo a prevenir la producción del daño; y deberían ser considerados penalmente responsables si se produce el daño como consecuencia de su fracaso en el adecuado cumplimiento de su responsabilidad de control.

4. Para minimizar el riesgo de injusticia procedente de la inadecuada aplicación de leyes relativas a las infracciones contra el ambiente, el derecho doméstico debería especificar lo más claramente posible los criterios de identificación de los agentes humanos intervenientes en el marco de las personas jurídicas privadas u organismos públicos potencialmente responsables de infracciones contra el ambiente cometidas por esas entidades.

PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS

5. En la medida en que sea posible de acuerdo con la constitución o las leyes fundamentales del país, sin perjuicio del respeto del principio de personalidad de las infracciones penales debería ser posible la persecución de personas jurídicas privadas por infracciones penales contra el ambiente si no cabe atribuir directamente esa responsabilidad a un agente humano identificado de la entidad.

6. Cuando una persona jurídica privada sea responsable de grave daño contra el ambiente, debería poder perseguirse a esa entidad por infracciones contra el ambiente, con independencia de si el daño resulta de un acto u omisión individual o de actos u omisiones acumulados a lo largo del tiempo.

7. La imposición de sanciones penales contra personas jurídicas privadas no debería servir de exoneración de los culpables pertenecien-

tes a las entidades involucradas en la comisión de infracciones contra el ambiente.

ORGANISMOS PUBLICOS

8. Cuando en el curso del cumplimiento de su función pública, o de cualquier otro modo, un organismo público cause un grave daño al ambiente o, en contravención de los standards ambientales establecidos, crea un peligro real e inminente (concreto) para el ambiente, debería ser posible la persecución de los agentes humanos (de la entidad) penalmente responsables por una infracción penal contra el ambiente.

9. Siempre que permita la Constitución o el derecho fundamental de un país la atribución de responsabilidad a los organismos públicos por infracciones penales cometidas en el curso de la ejecución de sus funciones públicas o de cualquier otro modo, debería admitirse la persecución de tales organismos por infracciones contra al ambiente aun cuando la responsabilidad por el delito concreto no pueda ser directamente atribuida a ningún agente humano identificado de la entidad.

IV. INFRACCIONES PENALES CONTRA EL AMBIENTE

1. Las infracciones penales principales contra el ambiente, esto es aquéllas que son *sui generis* y cuyo contenido no depende de otras leyes, deberían ser definidas por los códigos penales nacionales.

2. Cuando las infracciones penales contra el ambiente sean susceptibles de sanción penal, los elementos claves de las mismas deberían encontrarse legalmente definidos y no dejados a la determinación de autoridades delegadas subordinadas.

3. Las infracciones penales principales contra el ambiente que afecten a más de una jurisdicción nacional o al ambiente global, fuera del alcance de ninguna jurisdicción nacional deberían ser reconocidas como crímenes internacionales por las convenciones multilaterales.

4. En el marco de la constitución y de los principios básicos del cada sistema jurídico nacional, debería facilitarse la participación de los ciudadanos en la iniciativa de investigación y persecución de las infracciones penales contra el ambiente.

V. COMPETENCIA

INFRACCIONES TRANSFRONTERIZAS

1. Cuando el daño o el grave riesgo de daño (peligro concreto), subyacente a una infracción penal principal contra el ambiente se produ-

ce, en todo o en parte, fuera de la jurisdicción del Estado donde la infracción penal se haya cometido, debería ser posible la persecución del delincuente, con respeto de las adecuadas salvaguardias del acusado y del derecho internacional aplicable, tanto en el Estado donde la infracción penal se haya cometido como en cualquiera de los Estados en que se produzca el daño o el grave riesgo de daño.

INFRACCIONES PENALES EXTRATERRITORIALES

2. Cuando el daño o el grave riesgo de daño (peligro concreto) subyacente a una infracción penal principal contra el ambiente se produce fuera de la jurisdicción de cualquier Estado o en un espacio internacional común, los Estados deberían aprobar un convenio internacional o implementar las convenciones internacionales existentes, que les habiliten a perseguir la infracción penal en el orden siguiente: principio del pabellón, principio de nacionalidad, principio de «persecución o extradición» y, en casos de crímenes internacionales generalmente reconocidos, principio de universalidad.

EXTRADICION

3. Las infracciones penales contra el ambiente especialmente graves deberían ser extraditables.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

4. Para facilitar la persecución de los crímenes internacionales, en particular, crímenes contra el ambiente global, éstos deberían incluirse en el marco de competencia del Tribunal Penal Internacional propuesto por la Comisión de Derecho Internacional y actualmente en estudio por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

APLICACION DE LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

5. Cuando las convenciones internacionales relativas a los crímenes contra el ambiente no sean *self-executing* en el derecho interno en cuanto a la ejecución de las sanciones penales, los Estados signatarios deberían aplicar estas convenciones aprobando la necesaria legislación interna.

II. En la Sección Segunda: LOS DELITOS COMETIDOS CONTRA Y POR INTERMEDIO DE LA INFORMATICA.

Reconociendo la proliferación de la tecnología informática y el surgimiento de una sociedad informatizada que provoca cambios fundamentales en todos los aspectos de la vida cotidiana;

Tomando en cuenta que una serie de actividades antisociales están corrompiendo la tecnología informática en perjuicio de las personas y todos los sectores de la sociedad;

Consciente que la rápida expansión de la interconexión de la tecnología informática en el ámbito mundial transciende las fronteras nacionales tradicionales, involucrando tanto a los países desarrollados como a los en desarrollo;

Preocupada porque el abuso de la tecnología informática se está verificando al nivel nacional o internacional;

Deduciendo, consecuentemente, que dicha actividad es de relevante importancia para todos los Estados;

Considerando las anteriores contribuciones provenientes de otros cuerpos del saber, organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales;

El XV Congreso Internacional de Derecho Penal realizado en Río de Janeiro del 4 al 10 de septiembre, 1994, propone las siguientes recomendaciones:

I.— MEDIDAS DE PREVENCION NO PENALES

1. Existe un creciente reconocimiento de que han aumentado las opciones no penales para prevenir el delito informático. Estas medidas, conjuntamente con enfoques creativos deben estimularse en los niveles nacional, supranacional e internacional, para permanecer constantemente actualizados con las innovaciones tecnológicas.

2. Entre otras, dichas medidas incluyen:

— Implementación voluntaria de medidas de seguridad, por parte de los usuarios de la informática.

— Imposición de medidas de seguridad obligatorias en ciertos sectores sensibles.

— Elaboración e implantación de leyes, políticas y orientaciones sobre la seguridad en la informática, por los gobiernos nacionales.

— Compromiso por parte de la gerencia y altos ejecutivos en pro de la seguridad y la prevención del delito dentro de su organización.

— Incorporación, explicación y promoción de medidas de seguridad por la industria de la tecnología informática.

— Desarrollo, fomento y práctica éticas informática por todos los sectores de la sociedad, especialmente los institutos de educación, asociaciones profesionales y el público en general.

- Práctica de patrones profesionales en la industria de proceso de datos, inclusive la posibilidad de utilizar medidas disciplinarias.
- Promover cooperación entre las víctimas, notificando sobre el delito informático.
- Entrenamiento y educación del personal en los sistemas de investigación, prosecución y judiciales.

II.— DERECHO PENAL SUBSTANTIVO

3. El abuso de la tecnología informática afecta tanto los intereses de carácter económico relacionados a la informática, cuanto a los orientados hacia la intimidad, abarcando situaciones en que el proceso y sus componentes sólo se utilizan como herramientas para infringir los valores tradicionales, así como cuando son objeto directo de una conducta delictiva.

4. En la medida en que se infringen o colocan en peligro los valores tradicionales debido al uso incorrecto del proceso de datos, el nuevo *modi operandi* puede revelar cláusulas de escape en el Derecho penal tradicional. Por otra parte, el desarrollo de la tecnología informática exterioriza la emergencia de nuevos tipos de intereses que requieren protección legal, especialmente la integridad de los sistemas informáticos y datos incidentes, así como la disponibilidad y exclusividad de ciertos datos (seguridad de datos y protección de datos).

5. En la medida en que el Derecho penal tradicional es insuficiente, y en el caso que otras medidas también lo sean, debe respaldarse la modificación de la legislación existente o la definición de nuevos delitos (principio de la subsidiariedad). El mismo criterio se aplica a áreas donde el Derecho penal es un apéndice de otras áreas del derecho, donde la extensión del Derecho penal surge de los cambios substantivos en el Derecho civil o administrativo.

6. En la promulgación de enmiendas y nuevas disposiciones, corresponde subrayar la precisión, claridad y definición de los delitos en términos de elementos objetivos. En aquellas áreas donde el Derecho penal es apenas un apéndice de otras áreas del Derecho (tal como ocurre en el ámbito del derecho del autor), este requisito también debe aplicarse a la parte del otro derecho.

7. Para evitar la excesiva criminalización, debe considerarse el alcance que el Derecho penal ejerce en otras áreas afines. Las extrapolaciones de esos límites exigen un cuidadoso examen y justificación. Por consiguiente, un importante criterio al definir o restringir la responsabilidad penal, se basa en que los delitos cometidos en este área deben, básicamente, limitarse a actos dolosos.

8. A este respecto, el anterior trabajo elaborado por la OCDE y el Consejo Europeo contribuyó significativamente en la especificación de

los tipos de conducta que deben ser punidos por la ley nacional. La AIDP acoge con agrado las directrices formuladas por los legisladores nacionales que constan en la Recomendación N.^º (89)9, adoptada por el Consejo Europeo el 13 de septiembre de 1989, que enumera una lista de actos que deben o pueden quedar sujetos a sanciones penales.

La mínima lista de actos que el Consejo Europeo recomendó fuesen considerados como criminales, cuando cometidos intencionalmente, es la siguiente:

a.— Fraude en el campo de la informática

Aporte de datos, alteración, tachaduras o supresión de datos computerizados o programas de informática, o cualquier otra interferencia durante el proceso de datos, provocando como resultado pérdidas económicas o pose de la propiedad a otra persona, con el objeto de obtener una ganancia financiera ilegal para sí o para terceros (anteproyecto alternativo: con el propósito de usurpar ilícitamente la propiedad de dicha persona).

b.— Falsificación en materia informática

El aporte de datos, alteración, tachadura o supresión de datos computerizados, o programas informáticos, o cualquier otra interferencia durante el proceso de datos, realizada de tal forma o bajo condiciones tales que constituyan un delito de falsificación, cuando cometido en conexión a un objeto tradicional de tal delito.

c.— Daños causados a datos computerizados o programas informáticos

Tachadura, daños, deterioro o supresión de datos computerizados o programa de informática sin derecho a hacerlo.

d.— Sabotaje informático

El aporte, alteración, tachadura o supresión de datos computerizados, o programas informáticos, o interferencia en sistemas informáticos con la intención de obstaculizar el funcionamiento de un sistema informático o de telecomunicaciones.

e.— Acceso no autorizado

Acceso sin autorización a un sistema informático o red, infringiendo medidas de seguridad.

f.— Intercepción sin autorización

La intercepción, efectuada sin autorización, utilizando medios técnicos de comunicaciones transmitidas, recibidas o vehiculadas dentro del ámbito de un sistema o red de informática.

g.— Reproducción no autorizada de un programa informático protegido

La reproducción, distribución o comunicación al público no autorizada de un programa de informática protegido por ley.

h.— Reproducción no autorizada de una topografía

La reproducción no autorizada de una topografía protegida por ley, de un producto semiconductor, o su explotación comercial o importación con esa finalidad, no autorizada, de una topografía o un producto semiconductor fabricado en base al uso de dicha topografía.

Las directrices del Consejo Europeo también identifican, en una «lista optativa», las siguientes áreas adicionales que también podrían considerarse criminales, cuando cometidas intencionalmente:

a.— Alteración de datos computerizados o programa informático

La alteración de datos o programas informáticos sin autorización.

b.— Espionaje informático

La adquisición, por medios improcedentes, o la revelación, transferencia o uso de una marca registrada o secreto comercial sin autorización o cualquier otra justificación legal, con la intención ya sea de causar pérdida financiera a la persona titular del secreto o a obtener una ventaja financiera ilícita para sí o para terceros.

c.— Uso no autorizado de una computadora

El uso no autorizado del sistema o red informática, que se realice: (i) mediante la aceptación de un relevante riesgo de pérdida causado a la persona habilitada al uso del sistema o de daño al sistema o a su funcionamiento; o (ii) con la intención de causar perjuicio a la persona habilitada al uso del sistema, o daño al sistema o a su funcionamiento; o (iii) causar pérdidas al titular del derecho al uso del sistema, o daño al sistema en sí o a su funcionamiento.

d.— Uso no autorizado de un programa informático protegido

El uso no autorizado de un programa de informática protegido por ley que ha sido reproducido sin derecho a hacerlo, premeditadamente, ya sea para lograr una utilidad financiera ilícita para sí o para terceros, o causar daño para perjudicar al titular del derecho.

9. Tomando en consideración los avances alcanzados por la tecnología informática, el aumento de la criminalidad conexa desde la adopción de la recomendación de 1989 del Consejo Europeo, el considerable valor de los bienes intangibles en la era de la informática, la conveniencia de promover una investigación profunda y el desarrollo tecnológico, así como el alto potencial lesivo en esa materia, se recomienda que los Estados también consideren, en concordancia con las tradiciones legales y culturales y con referencia a la aplicabilidad de sus leyes existentes, punir (total o parcialmente) como crimen, la conducta descrita en la «lista optativa».

10. Además, también se sugiere que algunas definiciones que constan en la lista del Consejo Europeo —como, por ejemplo, el delito del acceso no autorizado— puede exigir mayores aclaraciones y perfeccionamiento a la luz de los avances alcanzados por la tecnología de la informática, y las cambiantes percepciones de la criminalidad. Por estas razones, otros tipos de abuso que no constan expresamente en las listas, tales como el tráfico de claves informáticas obtenidas por medios contrarios a la ley, otras informaciones sobre medios de acceso no autorizado a los sistemas informáticos, y la distribución de virus o programas similares, también deben considerarse candidatos a la criminalización, de acuerdo con las tradiciones nacionales legales y culturales y en lo que atañe a la aplicabilidad de las leyes existentes.

En vista del daño en potencial que pueden provocar los virus, gusanos y otros programas similares destinados o capaces de propagarse y causar daños, o interferir en cualquier otra forma sobre datos, programas o el funcionamiento de los sistemas computerizados, se recomienda discutir e investigar esta materia con mayor profundidad científica. Debe dispensarse especial atención al uso de normas penales que punan

las imprudencias o la creación de riesgos peligrosos, así como los problemas prácticos que surgen de la ejecución de la ley. También debe examinarse si el crimen resultante debe considerarse como un tipo de delito de sabotaje.

11. Con respecto a las supramencionadas recomendaciones, se reconoce que las diferentes tradiciones legales y culturales pueden solucionar algunas de estas pautas de distintas maneras, sin dejar de punir, sin embargo, la esencia de ese abuso particular. Los Estados deben concienciarse sobre los enfoques alternativos que existen en otros sistemas legales.

III.— CUESTIONES ESPECIFICAS A LA PROTECCION DE LA INTIMIDAD

12. Debe reconocerse que, en la constantemente mutante era de la informática, es importante proteger los intereses de la intimidad contra los nuevos cambios que provoca la tecnología informática. Sin embargo, también deben respetarse los intereses legítimos de libre circulación y distribución de informaciones dentro de la sociedad. Los intereses de la intimidad incluyen el derecho de los ciudadanos a accesar, a través de medios legales consecuentes con los derechos humanos internacionales, informaciones sobre sí mismos en poder de otros.

13. Durante la discusión quedó demostrado que existen significativas diferencias de opinión respecto, tanto a los medios mediante los cuales, así como al grado en que el Derecho administrativo, civil, regulatorio y penal deben suplir esta protección. También existen graves desavenencias sobre hasta qué punto el Derecho penal debe involucrarse en la protección de la intimidad. Consecuentemente, deben priorizarse medidas no penales, especialmente cuando la relación entre las partes se rige por un contrato.

14. Las disposiciones penales sólo deben utilizarse, cuando el Derecho civil o la Ley de Protección de Datos no dispone de remedios legales adecuados. En la medida en que las sanciones penales se apliquen, la AIDP destaca los principios básicos que deben tomar en consideración los Estados al promulgar la legislación penal en este campo, tal cual exhorta la Recomendación (89) 9 del Consejo Europeo. La AIDP también propone que, en el área de la intimidad, las disposiciones penales deben utilizarse particularmente:

- en casos graves, especialmente aquéllos que involucran datos altamente sensibles o información confidencial tradicionalmente protegida por ley;
- encontrarse definidas clara y precisamente, y no a través del uso de cláusulas vagas o generales (*Generalklauseln*), especialmente en relación a la ley substantiva de la intimidad;

- establecer la diferencia entre los niveles de gravedad de las infracciones y respetar las exigencias de la culpabilidad;
- restringirse primordialmente a actos intencionales; y
- permitir que las autoridades de enjuiciamiento tomen en cuenta, en lo que atañe a algunos tipos de delitos, la voluntad de la víctima en cuanto al ejercicio de la acción penal.

15. Deben emprenderse estudios posteriores para definir la lista de actos que deben ser criminalizados adecuadamente. Esto podría incluir actos intencionales de grave violación del sigilo, y obtención, uso, transferencia y alteración ilícita de datos personales que ponen en peligro a los derechos personales. Un punto de partida para este estudio, pueden ser las propuestas provisionales consideradas por el Comité selectivo del Consejo Europeo, formado por expertos en delitos relacionados a la informática.

IV.— DERECHO PROCESAL

16. La investigación del delito informático, así como de otros delitos más tradicionales dentro del ámbito de la *tecnología informática*, exigen, en el interés de una defensa social eficaz, la asignación de poderes coercitivos adecuados a las autoridades de investigación y prosecución, que también deben brindar la apropiada y equilibrada protección a los derechos humanos y los intereses de la intimidad.

17. Con el propósito de evitar el abuso de los poderes oficiales, cualquier restricción a los derechos personales requerida para la investigación de estos delitos, debe efectuarse conforme a la ley y de acuerdo a las normas del debido proceso. La violación de los derechos humanos por las agencias gubernamentales, puede ocasionar la responsabilidad criminal del agente que infringió la ley.

a) los poderes para efectuar un allanamiento en un ambiente de *tecnología informática*, especialmente en cuanto a la aprehensión de intangibles y búsqueda de redes computerizadas;

b) el deber de establecer una cooperación activa entre las víctimas, testigos y otros usuarios de la *tecnología informática*, con excepción del sospechoso, (especialmente para colocar en disponibilidad la información de forma tal, que pueda ser utilizada para propósitos judiciales); y

c) poderes para permitir la intercepción de las comunicaciones en o entre sistemas informáticos, y utilizar las pruebas obtenidas durante el proceso.

19. Debido a la multitud y variedad de datos que pueden existir dentro de los sistemas de proceso de datos, deben ejercerse poderes coercitivos en forma proporcional a la gravedad del delito cometido, que interrumpan o afecten lo menos posible las actividades lícitas de la persona. Además de los tradicionales montos monetarios, el umbral para

iniciar las investigaciones debo tomar en consideración los distintos valores patrimoniales existentes en el ambiente de la tecnología informática, tales como oportunidad económica, espionaje, violación de los intereses de la intimidad, pérdida o riesgo de privación económica, y el costo inherente a la recuperación de la integridad de los datos.

20. La existencia de normas sobre la admisibilidad y confiabilidad de la prueba puede crear problemas, cuando aplicada a la consideración y evaluación de registros computerizados durante los procesos. Deben realizarse los cambios apropiados cuando fuere necesario.

V.— COOPERACION INTERNACIONAL

21. La movilidad de los datos a través de las redes internacionales de telecomunicaciones, y la naturaleza altamente interrelacionada de la sociedad moderna informatizada, convierte el establecimiento de la cooperación internacional en un elemento esencial para alcanzar la preventión y prosecución del delito informático.

22. La cooperación internacional eficaz exige la armonización del Derecho Penal sustantivo y el otorgamiento de poderes coercitivos en todos los Estados miembros, debido a que, en algunos casos puede requerirse la doble criminalización y los Estados pueden sentirse limitados en su capacidad de asistir a otros Estados, facilitando la cooperación internacional mediante la mencionada armonización.

23. Además, se hace necesario extender la cooperación a otras áreas, que deberían incluir el desarrollo de:

a) Patrones internacionales de seguridad para los sistemas informáticos.

b) Medidas adecuadas para solucionar temas referentes a la competencia o jurisdicción aplicable a delitos informáticos transfronterizos o internacionales.

c) Acuerdos internacionales entre las naciones que aprovechan esta nueva tecnología informática para efectuar investigaciones más eficientes, inclusive acuerdos para simplificar allanamientos transnacionales eficientes, rápidos y lícitos en sistemas computerizados interconectados, así como otras modalidades de asistencia mutual, protegiendo al mismo tiempo los derechos y libertades de las personas.

VI.— TAREAS FUTURAS

24. Con el propósito de alcanzar estos objetivos, las asociaciones de académicos, entidades gubernamentales, profesionales del ramo de la informática, y organizaciones internacionales, deberían estimular la implementación de estas recomendaciones y la adopción en curso de me-

dios apropiados para prevenir el delito, y abordar los nuevos retos representados por la tecnología informática.

25. La comunidad académica y científica, conjuntamente con los gobiernos, deben comprometerse a realizar más investigaciones sobre el delito de la tecnología informática. Dichas investigaciones deberían, en particular, examinar la incidencia de los delitos informáticos, la extensión de las pérdidas, los métodos de perpetración y las características de los infractores. El desarrollo de medidas alternativas a las sanciones criminales que sólo podrán utilizarse como último recurso. La teoría y política jurídica debe prestar especial atención al estudio y desarrollo de la ley de la informática, tomando en consideración las características específicas de la información, al compararla con los objetos tangibles, e investigar los probables cambios que afectan los principios generales y paradigmas.

26. Las autoridades que procesan y aplican la ley deben, tanto al nivel nacional como en el internacional, reforzar sus esfuerzos en el combate al delito informático, coordinando sus actividades para alcanzar una eficiente protección global.

27. Las asociaciones de fabricantes de «hardware» y «software» deben involucrarse en abordar el tema del delito tecnológico, y las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales deben realizar el máximo esfuerzo para involucrar a las asociaciones industriales en la lucha para lograr el consenso internacional.

28. Acogemos con agrado, el manual elaborado por iniciativa y bajo el auspicio de las Naciones Unidas sobre delitos relacionados con la informática, ya que es un medio que podemos utilizar para consolidar la información sobre las actividades desarrolladas en este campo en el ámbito mundial. Sugerimos mantenerlo actualizado para que las comunidades académicas, gubernamentales e intergubernamentales permanezcan conscientes de los desarrollos contemporáneos; y que la futura revisión de este manual tome en cuenta los principios contenidos en esta resolución.

III. En la Sección Tercera: LOS MOVIMIENTOS DE REFORMA DEL DERECHO PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS.

Partiendo de la idea de que toda reforma del Derecho procesal penal debe estar necesariamente en armonía con las garantías establecidas en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, en el Pacto Internacional de Derecho civiles políticos de 19 de diciembre de 1966, así como las distintas Convenciones regionales sobre Derechos del Hombre;

Teniendo presentes las Resoluciones del XII Congreso Internacional de la AIDP (Hamburgo, 1979) que se corresponden en gran medida con las Declaraciones anteriormente referidas:

Considerando que incluso en la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado no podrán restringirse los derechos fundamentales más allá de lo estrictamente necesario;

Convencidos de que el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales contenidos en estos documentos no podrá ser restringido, ni tan siquiera en los casos de guerra o crisis;

Estimando necesario desarrollar un modelo de reforma que sobrepase el nivel de las garantías mencionadas, a través de su concretización y definición de acuerdo con los respectivos sistemas y situaciones procesales;

Se adoptan las siguientes recomendaciones que serán conocidas como «Recomendaciones de Toledo por un procedimiento penal justo»:

1. La protección de los Derechos del hombre debe estar garantizada en todas las fases del proceso penal, incluso cuando éste no comienza necesariamente mediante una decisión judicial o de cualquier otro funcionario público. Para considerar abierto el proceso se considera suficiente que un órgano del Estado realice cualquier acto de persecución criminal.

2. El inculpado debe beneficiarse de la presunción de inocencia a lo largo de todo el procedimiento, que cesa sólo cuando la sentencia adquiere el valor de cosa juzgada. La presunción de inocencia es también válida para las causas de justificación y el resto de las causas de exclusión de la responsabilidad penal.

3. En la fase preparatoria que precede al juicio la presunción de inocencia requiere la aplicación del principio de proporcionalidad cuando se adoptan medidas coercitivas. De acuerdo con este principio debe existir una relación razonable entre la gravedad de la medida estatal que afecta a los derechos fundamentales, de una parte, y la finalidad de las medidas, de otra. Esta consideración debe llevar a que el legislador establezca sobre todo medidas alternativas a la prisión provisional, que en todo caso debe ser una medida excepcional.

4. Asimismo la presunción de inocencia exige en el momento del juicio la imparcialidad del juez con respecto a las partes del proceso. La imparcialidad presupone la separación entre la función de instruir y juzgar. En consecuencia, el juez del juicio no debe haber participado en los actos de la fase preparatoria. Es altamente recomendable además que el juez del juicio sea distinto de aquél que decide la admisión de la acusación contra el sospechoso.

5. En virtud del principio de presunción de inocencia, la prisión provisional ha de ser acordada por un juez y debidamente motivada conforme a las circunstancias del caso. Debe prohibirse ordenar y/o mantener la prisión provisional si no existen indicios serios de culpabilidad y una voluntad real por parte de las autoridades competentes para llevar a cabo el proceso o continuarlo. La prisión provisional es también ilícita cuando su duración sea mayor que el mínimo de la pena prevista por la ley o, cuando ésta no establezca mínimas, que la que presumiblemente impondrá el Tribunal a tenor de las circunstancias del caso.

6. El defensor y, a petición del detenido, los familiares próximos o cualquier otra persona de su confianza serán informados en el menor tiempo posible de la detención y, a lo más tardar, en 24 horas.

7. No han de tomarse en consideración por el Tribunal en el momento de la determinación de la pena condenas anteriores, si éstas no han sido dictadas en el marco de un proceso penal justo.

8. Toda medida de una autoridad estatal, incluyendo las realizadas por la policía judicial, que afecte a los derechos fundamentales del detenido ha de ser autorizada por el juez o debe poder ser sometida a control judicial.

9. Independientemente de la recomendación N.^º 8, cada medida coercitiva adoptada por la autoridad que realiza la instrucción o por la policía, requerirá ser confirmada por un juez a lo sumo en 24 horas.

10. Todas las pruebas obtenidas mediante violación de un derecho fundamental, así como las que se deriven de ellas, serán nulas y no podrán tenerse en cuenta en ningún momento del proceso.

11. Los medios de prueba que afecten de un modo especialmente grave al derecho a la intimidad, tales como las escuchas telefónicas, sólo se admitirán cuando sean previamente autorizadas por un juez y en los casos expresamente previstos por la ley.

12. Es recomendable que el legislador determine también las condiciones en que pueden ser conocidos los códigos genéticos y el recurso a escuchas electrónicas a distancia.

13. La concesión por algunos Estados de privilegios penales a los testigos o agentes secretos, sólo será admitido excepcionalmente en los casos de delitos muy graves y de criminalidad organizada. Mas si la identidad de esas personas no es revelada en el juicio, sus declaraciones no tendrán valor probatorio alguno, y no podrán ser fundamento de medidas cautelares. A su vez, se asegurará la protección de todo testigo amenazado por organizaciones criminales.

14. La búsqueda de pruebas respetará en todo caso el secreto profesional.

15. Las informaciones ofrecidas por los medios de comunicación, durante la investigación o el proceso, evitarán producir el efecto de una pre-condena del inculpado y ofrecer la imagen de un «proceso espectáculo». Si tal efecto resulta previsible, la información sobre el juicio por la radio o la televisión podrá ser restringida o prohibida.

16. El derecho de defensa debe ser garantizado en todas las fases del proceso. Nadie puede ser forzado a contribuir directa o indirectamente a su propia condena.

17. El inculpado tiene derecho a guardar silencio, sin que pueda ser tomado en su contra, y a conocer el contenido de la acusación desde el primer interrogatorio, policial o judicial.

18. El Estado está obligado a asegurar, desde el principio de la investigación, a todo inculpado o condenado el derecho de ser asistido por un abogado. Esta asistencia será gratuita y a cargo del Estado cuando el inculpado no disponga de medios suficientes.

19. La persona en prisión provisional tendrá derecho a comunicarse en privado con su defensor, quien ha de tener derecho a estar presente en todos los actos de investigación.

20. El defensor deberá tener acceso a la totalidad del sumario desde el primer momento.

21. En el caso de que el inculpado no conociere o no comprendiere el idioma utilizado en el proceso, se le asignará un intérprete, en su caso gratuitamente. Si contare con un defensor asignado de oficio, éste debería conocer básicamente las costumbres y organización social de su asistido.

22. El principio de legalidad en la persecución penal puede constituir una garantía esencial. Sin embargo, su rigidez debiera ser atenuada con el fin de lograr una mayor rapidez en los procedimientos penales, así como por la falta de personal cualificado. En este sentido, podría adoptarse un principio de oportunidad reglada, al menos en los casos de perjuicio leve, hechos imprudentes o cuando así convenga a la protección de la víctima del delito. En estos supuestos, habrán de establecerse criterios precisos con el fin de limitar la discrecionalidad de los órganos de persecución.

23. Los delitos graves no pueden ser juzgados mediante procedimientos abreviados ni por medio de procesos cuya apertura se deje en manos del acusado. Para el resto de infracciones, el legislador deberá determinar las condiciones en que este tipo de proceso es admisible y prever los medios oportunos, como por ejemplo la asistencia de un abogado, que garanticen el carácter voluntario de la cooperación del inculpado con la justicia penal. La adopción de estos procedimientos se recomienda para las infracciones leves, con el fin de conseguir una mayor rapidez del proceso y, una mejor protección del acusado.

24. La mera confesión del inculpado no será suficiente para dictar una condena. El órgano judicial no podrá fundamentar una condena exclusivamente en pruebas producidas en la fase de investigación.

25. La persona que se considere afectada por una infracción, deberá tener la posibilidad de constituirse, en su caso gratuitamente, como parte acusadora «parte civil» o «acusador particular»), o de hacer controlar por un Tribunal u otro órgano independiente la negativa de los órganos estatales de perseguir o de instruir un proceso contra el autor del delito. Asimismo, la parte ofendida deberá tener derecho a influir en el desarrollo del proceso penal, especialmente tendrá derecho a proponer medios de prueba y derecho a recurrir.

26. Un papel de colaboración similar deberá ser conferido a las asociaciones legalmente reconocidas como promotoras del interés general y los intereses colectivos.

27. Cualquiera que considere lesionados sus derechos fundamentales por los actos del procedimiento penal, deberá tener la posibilidad (además de los medios recomendados *supra*, N.^{os} 8 y 9) de que éstos

sean controlados por un Tribunal constitucional, por un Tribunal supremo o por un Tribunal internacional de derechos del hombre.

28. Las reformas futuras del proceso penal que las recomendaciones efectuadas pretenden estimular, así como cualquier otra modificación de las reglas fundamentales del proceso, deberán ser adoptadas por los Parlamentos mediante una ley formal. Para la preparación de los debates se invita a los Parlamentos a servirse de los consejos y opiniones de la justicia penal, de la abogacía y de las organizaciones cívicas.

IV. En la Sección Cuarta: LA REGIONALIZACION DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN LOS PROCESOS DE COOPERACION INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL.

El Derecho Penal Internacional, como el Derecho Penal en general, tiende a un equilibrio entre la protección de la sociedad, a través de la eficiencia del sistema represivo, la protección de los derechos individuales (acusado y víctima), y el respeto al imperio del derecho. La primera parte de la presente Resolución trata de la regionalización del Derecho Penal Internacional; la segunda, de la posición del individuo en el marco de este proceso.

I. Regionalización del Derecho Penal Internacional

1. Aunque el control del crimen sigue siendo básicamente responsabilidad interna del Estado, la regionalización de la cooperación, formal o informal, en materia penal debe ser fomentada por muchas razones. Entre ellas está la necesidad de aumentar la eficacia de la prevención y del control del delito, en particular el delito que se manifiesta a nivel regional, para aumentar la seguridad interior e internacional, y evitar las dificultades prácticas en las relaciones día a día entre Estados.

2. Los acuerdos internacionales para la cooperación en materia penal y otras formas de cooperación legal deberían estar integrados en las actividades de las organizaciones regionales que hayan sido establecidas para el desarrollo de una cooperación más estrecha en dicha región en materia económica, el progreso de la libertad de circulación de las personas, mercancías y capitales o de otras formas de desarrollo de la región. Esta cooperación jurídica no sólo debe estar dirigida hacia objetivos económicos de la organización regional, sino también hacia los intereses generales de cada Estado participante.

3. La armonización de los Derechos Penales y del Proceso Penal de los Estados participantes, aunque potencialmente útil en la cooperación en materia penal, a menudo es difícil de alcanzar y no debería cons-

tituir un requisito previo para el desarrollo de instrumentos regionales multilaterales para la cooperación en materia penal.

4. Cuando se desarrollan instrumentos regionales sobre cooperación en materia penal, los Estados participantes deben asegurar que está garantizado el ejercicio de formas de control democrático en su elaboración. Igualmente, el control judicial debe poder ejercerse sobre la cooperación al nivel de la aplicación de la Ley, que incluye la cooperación policial.

5. Los instrumentos regionales de cooperación en materia penal deben reconocer la importancia del desarrollo de programas orientados al desarrollo de políticas orientadas a los programas de investigación criminológica, programas de capacitación e información y sistemas de documentación a nivel regional para el personal encargado de aplicar la ley y para otros practicantes del Derecho Penal, y la puesta a disposición de información y experiencia entre regiones.

6. El modelo de las Naciones Unidas de acuerdos bilaterales para los diversos modelos de cooperación internacional judicial en materia penal podrían ser empleados apropiadamente para el desarrollo de tratados regionales. Modelos similares elaborados por ciertas organizaciones intergubernamentales pueden considerarse para este mismo propósito.

7. Los instrumentos regionales de colaboración en materia penal pueden prever convenientemente mecanismos para la solución de disputas. Estos mecanismos podrían incluir la investigación de un acuerdo a través del intercambio de notas diplomáticas, la sumisión de las disputas de arbitraje, a un litigio judicial internacional o para el rendimiento de opiniones consultivas.

8. Los instrumentos regionales de cooperación en materia penal deberían ser redactados en tal forma que se reduzca al mínimo la posibilidad o necesidad de recurrir a las reservas. Un medio de alcanzar esto es mediante la enumeración de las reservas permitidas y no permitidas. Otro medio, que se podría combinar con el primero, podría ser obligar a los Estados que hayan formulado reservas a revisar periódicamente la conveniencia de su mantenimiento y a dar razones especiales para ello.

9. En la redacción de instrumentos regionales de cooperación en materia penal, los Estados participantes deberían contemplar la posibilidad de suspender —y eventualmente de denunciar— el instrumento por una o más Partes en relación con otra Parte, si esta otra Parte ha cometido una violación material de sus obligaciones convencionales o si una modificación fundamental de las circunstancias ha tenido lugar en la estructura política de esta otra Parte.

10. Con el propósito de prevenir la impunidad, la cooperación internacional para la investigación, prevención y persecución de delitos internacionales también debe estimular la constitución de Tribunales imparciales internacionales permanentes con competencia jurisdiccional en materia penal, ya sea en un nivel regional o universal, tal como ha sido recomendado y defendido por la AIDP durante décadas.

II. La Protección de los Derechos Humanos en la Cooperación Internacional en Materia Penal.

1. Se debería fomentar el creciente reconocimiento en los instrumentos internacionales y en la legislación nacional recientes, de la importancia de la protección de los Derechos Humanos en el marco de la cooperación internacional en materia penal. De modo semejante, también debe estimularse el creciente reconocimiento del individuo como sujeto del Derecho internacional público. Esta preocupación por la protección de los Derechos Humanos no sólo justifica ciertas restricciones que limitan el alcance de las formas de cooperación existentes, sino que también debería incitar el desarrollo de nuevas modalidades de cooperación. La protección de los Derechos Humanos no debería considerarse como un obstáculo a la cooperación internacional, sino más bien como una manera de reforzar la preeminencia del Derecho.

2. Cuando se enfrentan obligaciones de Derecho Internacional Público contradictorias, tendentes a la protección de los Derechos Humanos de un lado y a la cooperación internacional en materia penal de otro, los Estados deberían dar prioridad a las obligaciones relativas a los Derechos Humanos, sea rechazando la asistencia, sea imponiendo condiciones al otro Estado involucrado o llegando a negociaciones mutuamente aceptables en el interés de las personas involucradas.

3. Los Estados deberían revisar los Tratados sobre cooperación internacional en materia penal a los que están obligados y su compatibilidad con las obligaciones internacionales vinculantes relativas a la protección de los Derechos Humanos.

4. Los Estados deben, al cerrar nuevos Tratados sobre la cooperación internacional en materia penal, asegurarse que los mismos no sean obligaciones que puedan resultar en una violación de los Derechos Humanos fundamentales, tales como el derecho a no ser sometido a tortura, tratamiento humillante o inhumano o degradante, a discriminación, a arrestos o expropiaciones arbitrarias, o a procesos criminales que no cumplen con los principios generalmente aceptados de un juicio imparcial.

5. Cuando sean requeridos para proporcionar asistencia internacional en materia penal, los Estados no deben adoptar como norma la no investigación de la equidad y legitimidad de los procedimientos realizados en otros Estados. Deberían tener en cuenta la amplitud en la que los derechos y libertades efectivamente se protegen en estos Estados.

6. En la elaboración de nuevos instrumentos sobre cooperación internacional en materia penal, los Estados deberían prestar específica atención a la definición y protección de los derechos y de los intereses del individuo en procedimientos realizados en el transcurso de la aplicación de tales instrumentos. Estos derechos e intereses pueden incluir, llegado el caso: el derecho a invocar la aplicación del instrumento a su

favor, el derecho a ser informado de cualquier aplicación del instrumento y el derecho al acceso a un Tribunal para controlar la legitimidad de tal aplicación.

7. Los derechos mencionados en el Párrafo 6 también deben ponerse en práctica respecto a todos los instrumentos existentes, especialmente en los casos relativos a la transferencia de prisioneros. Debido a los aspectos humanitarios específicos involucrados, los instrumentos existentes para la transferencia de prisioneros deben aplicarse más ampliamente.

8. Los Estados en los que la regulación sobre la prueba en el proceso penal restringe el uso de la prueba lícitamente obtenida, deberían aplicar estas mismas restricciones de la misma manera con respecto a la prueba obtenida a través de la asistencia internacional en materia penal. En todos los Estados siempre debe excluirse la prueba obtenida sin respetar los derechos humanos fundamentales.

9. El secuestro de una persona de un país extranjero o la seducción mediante falsos pretextos a venir voluntariamente a otro país para someter a esta persona a detención y a persecución penal es contrario al Derecho Internacional Público y no debería ser tolerado, sino que debería considerarse como un obstáculo al proceso. La víctima de tal violación debería tener el derecho a ser restablecida a la posición que existía con anterioridad a la violación. La violación trae consigo la responsabilidad con respecto a la persona concernida y con el Estado cuya soberanía ha sido violada, sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas responsables por el secuestro. Igualmente, deben evitarse los procedimientos tales como la deportación o expulsión, aplicados deliberadamente para circunvenir las salvaguardias de los trámites de extradición.

10. Se debería explorar métodos para proporcionar al individuo el derecho al acceso al control judicial internacional sobre la aplicación de los instrumentos internacionales de cooperación en materia penal, en particular al nivel regional, con toda urgencia e implementados sin demora.

Premio «Jean Pinatel» del Instituto Vasco de Criminología (*)

El día 25 de junio de 1994, en el Acto Solemne de Clausura del Curso Académico 1993-94, el Instituto Vasco de Criminología concedió el premio «Jean Pinatel» al mejor trabajo de investigación criminológica, entre los trabajos de investigación realizados por los alumnos del 30 Curso de Master Universitario en Criminología que obtuvieron la máxima calificación (Matrícula de Honor).

Este premio desea honrar la labor del insigne criminólogo francés por su excepcional contribución al desarrollo y proyección de la Criminología en Francia y en el mundo.

El premio se concedió «ex aequo» a Cristina Cuesta Gorostidi, Licenciada en Filosofía y Master Universitario en Criminología, y a Isabel Germán Mancebo, Licenciada en Derecho y Master Universitario en Criminología, por sus respectivos trabajos:

«Estudio de la situación personal, la intervención institucional y la respuesta social a las víctimas civiles del terrorismo en Guipúzcoa»

y

«La víctima en el proceso penal: la protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de asociaciones y grupos de víctimas en el proceso»

Cristina Cuesta presenta un análisis de la situación individual, familiar y social de las víctimas civiles del terrorismo en Guipúzcoa, llevado a cabo a través de 26 entrevistas realizadas por medio de un cuestionario a familiares di-

(*) Premio instituido por el Instituto Vasco de Criminología, de la Universidad del País Vasco, para honrar la labor del insigne criminólogo francés Jean Pinatel, por su excepcional contribución a la Criminología clínica.

rectos de personas fallecidas y/o heridas como consecuencia de atentados terroristas. Junto a esto, se exponen las posibilidades (generalmente meras posibilidades, que no llegan a realizarse) de intervención institucional y la lamentable reacción social, constatando las casi nulas ayudas estatales y autonómicas, así como la ausencia de apoyos sociales.

La investigación cuya autora es Isabel Germán explica el problema que presenta la victimización genérica, difusa, de toda la sociedad y expone las posibilidades de protección de los intereses colectivos y difusos que recoge la legislación vigente, así como las posibilidades de intervención de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso. Analiza con detalle la postura del Tribunal Supremo al respecto, a través del comentario de la jurisprudencia de dicho Tribunal y de casos como el del aceite de colza desnaturalizado y la rotura de la presa de Tous.

El Premio «Jean Pinatel», dotado con 100.000,- Pts., está patrocinado por la Kutxa-Caja Gipuzkoa San Sebastián.

INDICE GENERAL DEL TOMO XLVIII

FASCICULO I

Págs.

IN MEMORIAM

<i>En memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, por Emilio Borja Jiménez</i>	5
--	---

SECCION DOCTRINAL

<i>De nuevo sobre el delito de prevaricación en el «caso Barreiro», por Carlos Martínez-Buján Pérez</i>	15
<i>Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico, por Juan José González Rus</i>	33
<i>Los puntos de partida de la dogmática penal, por Manuel Jaén Vallejo</i>	57
<i>La duda sobre la prohibición. Especial consideración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Esteban Juan Pérez Alonso ..</i>	71
<i>La terminación del delito, por Emiliano Borja Jiménez</i>	89
<i>Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, por Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles</i>	187

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena, por Elio Morselli</i>	265
--	-----

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones, por D.ª M.ª del Carmen Figueroa Navarro</i>	275
---	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Santiago Mir Puig: «Sobre las desviaciones causales», por Francisco Baldó Lavilla</i>	339
--	-----

BIBLIOGRAFIA

<i>Recensión del libro «Elementos subjetivos de justificación», del Prof. Sanz Morán, por María Isabel Sánchez García</i>	361
---	-----

NOTICIARIO

<i>XV Congreso Internacional de Derecho Penal</i>	367
<i>Premio «Jean Pinatel»</i>	389

INDICE

FASCICULO I

	<i>Págs.</i>
IN MEMORIAM	
<i>En memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, por Emiliano Borja Jiménez</i>	5
DOCTRINAL	
<i>De nuevo sobre el delito de prevaricación en el «caso Barreiro», por Carlos Martínez-Buján Pérez</i>	15
<i>Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico, por Juan José González Rus</i>	33
<i>Los puntos de partida de la dogmática penal, por Manuel Jaén Vallejo</i>	57
<i>La duda sobre la prohibición. Especial consideración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Esteban Juan Pérez Alonso</i>	71
<i>La terminación del delito, por Emiliano Borja Jiménez</i>	89
<i>Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, por Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles</i>	187
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena, por Elio Morselli</i>	265
SECCION LEGISLATIVA	
<i>Disposiciones, por D.º M.º del Carmen Figueroa Navarro</i>	275
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Santiago Mir Puig: «Sobre las desviaciones causales», por Francisco Baldó Lavilla</i>	339
BIBLIOGRAFIA	
<i>Recensión del libro «Elementos subjetivos de justificación», del Prof. Sanz Morán, por María Isabel Sánchez García</i>	361
NOTICIARIO	
<i>XV Congreso Internacional de Derecho Penal</i>	367
<i>Premio «Jean Pinatel»</i>	389

