

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XLVIII  
FASCICULO III



SEPTIEMBRE-DICIEMBRE  
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.<sup>a</sup>**  
Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

## Secretario:

**LUIS FELIPE RUIZ ANTON**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

## Vicesecretario:

**ESTEBAN MESTRE DELGADO**  
Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

## Consejo de Redacción:

**MIGUEL BAJO FERNANDEZ**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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

Editado 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 XLVIII  
FASCICULO III



SEPTIEMBRE-DICIEMBRE  
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.: 84-7787-979-6 (Fascículo III)  
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

## SECCIÓN DOCTRINAL

### Estafa mediante cheque en el Código Penal de 1995 (\*)

RODRIGO FABIO SUÁREZ.MONTES

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo

Como es sabido, por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha sido aprobado para España un nuevo Código Penal. Pero no creo que sea éste precisamente el Código que España necesitaba. Era posible, a no dudarlo, otro mejor.

El objeto de nuestro estudio es una cuestión muy concreta, que enseguida desvelaré. Pero antes debo decir dos palabras que justifiquen aquella severa afirmación.

A mi juicio, no cabe duda de que nuestro país necesitaba de una profunda renovación de sus Leyes penales. El Código Penal viejo —hoy aún vigente debido a la *vacatio* de seis meses para la entrada en vigor del nuevo— data, en su sistema y definiciones, de mediados del siglo pasado, y aunque es cierto que se le han ido introduciendo numerosas reformas parciales sucesivas hasta nuestros días, no lo es menos que en la actualidad resultaba ya en gran medida un Cuerpo anticuado y desfasado en múltiples aspectos.

La Constitución española de 1978 pedía un Cuerpo de Derecho Penal de nueva planta, que responda a las nuevas condiciones sociopolíticas y económicas, a los modernos avances de la Política Criminal y la Criminología, así como a la renovación de valores que ha ido experimentando la sociedad española.

---

(\*) El presente artículo es una adaptación al nuevo Código Penal, recientemente aprobado, de mi trabajo de colaboración en «Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez» titulado *Estafa mediante cheque en el Proyecto de Código Penal de 1994*. Aunque los preceptos objeto de estudio mantienen el mismo contenido por no haber experimentado modificación a lo largo de la tramitación parlamentaria del Proyecto, sí ha cambiado la numeración de los artículos en cuestión, lo que hacía necesario un retoque de adaptación.

Pero está fuera de toda duda también que la elaboración de un Código penal es obra extraordinariamente compleja, que, conforme ha señalado el Prof. Luzón Peña, «no sólo requiere que estén bien trazadas sus líneas maestras políticocriminales, sino que estén bien estudiados y cuidados sus innumerables detalles técnicos, lo cual es especialmente prolijo y difícil de dominar en la parte especial» (1). Se requiere largo tiempo de estudios preparatorios, y de consultas a las Universidades, Tribunales, Colegios de Abogados y otras Corporaciones e Instituciones que puedan contribuir a la fijación de objetivos y señalamiento de medios. Y, al mismo tiempo, deberá ser elaborado por una Gran Comisión de expertos teóricos y prácticos, amplia y plural, desde el punto de vista científico e ideológico, sin olvidar la intervención de la Comisión General de Codificación. Sólo esto garantiza que sea una verdadera tarea de Estado, como tiene que ser, la elaboración de un Código penal, reto legislativo de la mayor envergadura para la democracia.

Pues bien, estas reglas de procedimiento no han sido observadas en la obra prelegislativa y legislativa producida en España a lo largo de los últimos trece años. No se han observado en la preparación de la llamada Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983, ni en la elaboración de los Proyectos de Código penal de 1992 y de 1994, como tampoco en las múltiples reformas introducidas en nuestro Código durante ese período, algunas de gran importancia y calado como fueron, entre otras, la operada por la Ley de Reforma Parcial y Urgente de 25 de junio de 1983, la de despenalización parcial del aborto, y la llamada Ley de Actualización del Código penal, de 21 de junio de 1989. Por ello, el Proyecto de 1994 (2), que desembocó en el nuevo Código Penal, ni por su procedimiento de elaboración ni por sus contenidos, puede pretender ser el Código Penal de la democracia. España necesita y merece más consideración democrática que la otorgada gubernamentalmente (3).

Siendo éste el panorama en que se ha movido la Reforma penal en España, no puede extrañar que haya faltado una política criminal definida. Es más, un análisis comparativo de los mencionados Proyectos entre sí y con las reformas habidas durante dicha etapa, ponen de manifiesto que durante ese tiempo, lejos de haber existido objetivos claros, se ha ido dando tumbos en un vaivén incesante de alternativas contradictorias.

---

(1) LUZÓN PEÑA, *El Anteproyecto de Código Penal de 1991: Observaciones de urgencia*, en *Jueces para la democracia* 144 (33/1991), p. 61.

(2) *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*. Boletín Oficial de las Cortes Españolas. Congreso de los Diputados, de 26 de septiembre de 1994.

(3) Sobre el procedimiento de elaboración del Proyecto de Código Penal de 1992, vid. SUÁREZ MONTES, *La fallida Reforma penal en España*, en el volumen colectivo *Ciencias Humanas y Sociedad: La Fundación Oriol-Urquijo (1953-1993)*, pp. 513 ss. La elaboración del Proyecto de 1994 no le ha desmerecido en opacidad y secretismo.

Nosotros hemos puesto de manifiesto en un reciente estudio un cúmulo de ellas de carácter fundamental, tanto en el terreno de los principios de la teoría del delito y sus consecuencias, como en varios de los delitos en particular (4).

En el presente estudio nos proponemos extender nuestro análisis crítico del nuevo Código Penal a un punto más. Vamos a analizar una figura delictiva que aparece *ex novo* en el texto legal que nos ocupa. Me refiero a la modalidad agravada de estafa contenida en el artículo 250.1.3.º, esto es, la que tiene lugar «cuando la estafa se realice mediante cheque». Se ordena para ella un severísimo trato penal, el cual, a nuestro juicio, y dicho sea adelantando conclusiones, no sólo es injusto, sino que encierra a la vez una grave quiebra de coherencia axiológico-punitiva intrasistemática dentro del nuevo Código. Veamos.

## I

El Código penal de 1995 corrige drásticamente la benignidad punitiva que impregna la regulación del Código anterior en el sector de los delitos patrimoniales, entre ellos en particular los de hurto, robo con fuerza en las cosas, apropiación indebida y estafa.

Según es sabido, la Ley de Reforma Parcial y Urgente de 25 de junio de 1983 llevó a cabo una amplia modificación de la regulación legal de esta materia. La «filosofía» *minusvalorativa* de los bienes de signo patrimonial que inspiró dicha reforma se tradujo en una excesiva benevolencia punitiva en este sector, que no halla paralelo en la legislación comparada. Conforme a la regulación introducida por dicha reforma de 1983, el tipo básico del delito de estafa, aunque se trate de una estafa multimillonaria, se castiga con la suave pena de arresto mayor, pena cuya duración oscila, como es sabido, entre un mes y un día y seis meses. La aplicación de una pena superior es sólo posible cuando concurren determinadas circunstancias cualificativas especiales (dos de ellas o una muy cualificada) (5).

Esta extrema benignidad punitiva y la situación práctica a que condujo, de sobra conocida, ha sido objeto de crítica general.

---

(4) Vid. SUÁREZ MONTES, *La fallida reforma penal en España, op. cit.*, pp. 517-527.

(5) Por su relevancia para nuestro tema, transcribimos los artículos 528 y 529 del Código Penal viejo.

**Art. 528:** «Comenten estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero.

El reo de estafa será castigado con la pena de arresto mayor si la cuantía de lo defraudado excede de 30.000 pesetas. Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o una muy cualificada, la pena será de prisión menor. Si concurrieren las circunstancias 1.ª o 7.ª con la 8.ª, la pena será de prisión mayor.

Si concurre sólo alguna de las circunstancias del artículo siguiente, la pena se impondrá en su grado máximo».

Frente a ello, afortunadamente, el Código Penal de 1995 reacciona, y rectifica, viniendo a representar la reforma de la reforma, conforme hemos expuesto en otro estudio (6).

Efectivamente. El sentido agravatorio tiene lugar tanto en el tipo básico de la estafa como en las figuras agravadas o cualificadas de la misma.

Para el tipo básico se ordena, conforme al art. 249 del nuevo Código, la pena de prisión de seis meses a cuatro años, mucho más grave que el arresto mayor del Código penal anterior. Y para los tipos agravados, diseñados en el art. 250 del mismo, se prescribe la pena de prisión de uno a seis años más una pena de multa de seis a doce meses (7). También esta penalidad de las modalidades agravadas es notablemente superior a la que para las mismas prescribe el Código penal viejo (8), y ello por va-

**Art. 529:** «Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior:

- 1.<sup>a</sup> Cuando se cometa alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.
  - 2.<sup>a</sup> Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal administrativo análogo.
  - 3.<sup>a</sup> Cuando se realice con abuso de firma en blanco.
  - 4.<sup>a</sup> Cuando se produzca destrucción, daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones sufridas o autolesión para defraudar al asegurador o a un tercero.
  - 5.<sup>a</sup> Cuando coloque a la víctima en grave situación económica o se haya realizado abusando de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.
  - 6.<sup>a</sup> Cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnias que a éstos corresponda.
  - 7.<sup>a</sup> Cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación.
  - 8.<sup>a</sup> Cuando afecte a múltiples perjudicados».
- (6) SUÁREZ MONTES, *La fallida reforma penal en España, op. cit.*, pp. 513-527.  
 (7) Los arts. 249 y 250 del Código Penal de 1995 disponen lo siguiente:

**Art. 249:** «Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, si la cuantía de lo defraudado excediere de cincuenta mil pesetas. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción».

**Art. 250:** «1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

- 1.º Reaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.
  - 2.º Se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.
  - 3.º Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio.
  - 4.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.
  - 5.º Reaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.
  - 6.º Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.
  - 7.º Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.
2. Si concurrieran las circunstancias 6.º o 7.º con la 1.º del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses».
- (8) Cfr. nota 5 de este trabajo.

rias razones. En primer lugar, porque el límite mínimo de la privación de libertad, en vez de seis meses, es de un año. En segundo lugar, porque aunque el límite máximo de privación de libertad sea el mismo en una regulación que en la otra, a saber, seis años, hay que advertir que tal límite lo mantiene el nuevo Código a pesar de su criterio general de reducir la duración de las penas en los diversos ámbitos delictivos, constituyendo así el patrimonial una excepción a tal criterio reductor, a lo cual aún hay que añadir que en el Código nuevo —a diferencia del viejo— las penas típicas pretenden ser reales por no poder experimentar la significativa disminución inherente a la redención de penas por el trabajo, que el nuevo Código suprime. En tercer lugar, porque junto con la pena privativa de libertad se ordena una pena de multa, de cuantía nada desdeñable. En cuarto lugar porque, en el ámbito de los tipos agravados, en el Código viejo la concurrencia de *una sola* de las circunstancias configuradoras de tales tipos no determina más efecto que el de que se aplique el grado máximo de la pena del *tipo básico*, esto es, el grado máximo de la pena de arresto mayor (cuatro meses y un día a seis meses), siendo necesaria la concurrencia de dos o más de ellas, o una muy cualificada, para que proceda imponer la pena de prisión menor (9). Por el contrario, en el Código nuevo basta una sola de tales circunstancias agravatorias para que se produzca el salto punitivo, debiendo aplicarse la prisión de uno a seis años, más la susodicha multa (10).

Todo ello configura un rostro adusto que evoca el recuerdo de la ley del péndulo, moviéndose por el ámbito de los delitos patrimoniales (11).

## II

Los referidos tipos agravados de estafa que presenta el nuevo Código en su artículo 250 proceden básicamente en su mayoría de la Ley de Reforma Parcial y Urgente de 1983, y son mantenidos por la Ley de Actualización del Código Penal de 1989. Algunos de ellos son sometidos por el nuevo Código a una cierta reestructuración —que por cierto dará lugar a difíciles problemas de concurrencia con algún otro precepto general de la estafa, así como con otras infracciones diversas, que no es del caso examinar aquí— (12) y retoques, todos en sentido amplificador del ámbito de las cualificaciones en este delito.

Pero hay también otros que son completamente nuevos. Entre éstos se encuentra uno que nos ha llamado poderosamente la atención, y al cual vamos a dedicar el presente estudio.

---

(9) *Vid.* regulación en nota 5.

(10) *Vid.* regulación en nota 7.

(11) *Vid.* SUÁREZ MONTES, *La fallida reforma penal en España, op. cit.*, pp. 524-525.

(12) Así, alguno de los supuestos previstos en 1.4.º en relación con el delito de falsedades, o el 1.6.º en relación con el art. 249, por señalar algún ejemplo.

Nos referimos al que tiene lugar «cuando [la estafa] se realice mediante cheque» (art. 250,1.3.º) (13).

### III

La primera observación que a nuestro juicio se debe hacer a este nuevo precepto es que favorece poco las exigencias de concreción y certeza derivadas del principio de legalidad, que postulan la descripción de la materia prohibida de forma tal que no puedan caber dudas sobre el ámbito de operatividad de las disposiciones.

Queremos creer que, con toda probabilidad, los autores del nuevo Código quisieron referirse sólo al cheque sin fondos, es decir, a los supuestos en que se emplea la emisión y entrega de un *cheque sin fondos* como medio a través del cual se articula el engaño típico del delito de estafa (14).

Creemos eso teniendo en cuenta el total contexto en que la presente cuestión se mueve. De una parte, la asimilación a la «estafa mediante cheque» de la «estafa mediante pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio» (que son otros tantos supuestos nuevos más de estafas agravadas, a tenor del propio art. 250,1.3.º). Y de otro lado, la coetánea supresión en el Código nuevo del delito de cheque en descubierto (art. 563 bis b del Código anterior), según luego habremos de ver.

Pero la verdad es que la literalidad del texto legal no obliga en rigor a reducir el ámbito de operatividad del precepto a los solos supuestos de cheque sin provisión. Pues «estafa mediante cheque» lo son también aquellos supuestos en que es utilizado el cheque como medio engañoso tan idóneo como el carente de fondos: así sucederá con el cheque falso, el emitido sobre cuenta imaginaria o cuenta ajena real previa falsificación de firma, o sobre cuenta propia cancelada, etc. (15), cuando revista los caracteres del «engaño bastante» para hacer creer en una capacidad y voluntad de pago.

Para poder excluir del tipo agravado que analizamos los supuestos de empleo de cheque falso será preciso acudir a consideraciones hermenéuticas de carácter lógicossistemático contextual que rebasan el elemento gramatical.

---

(13) Emerge, *ex novo*, en el Anteproyecto de 1992 (art. 250,1.3.º) y se reproduce en el Proyecto de 1992 (art. 254,1.3.º) y en el de 1994 (art. 243,1.3.º). La Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, pese a que suprimía el delito de cheque en descubierto, no propuso un semejante tipo agravado de estafa.

(14) Sobre la problemática de base que plantea la utilización de cheque en descubierto como medio engañoso al servicio de una estafa, *vid.*, SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, Barcelona, 1965, p. 59 ss.

(15) Sobre falsificación de cheque, *vid.* SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, *op. cit.*, p. 74.

Estimamos por ello que si la *voluntas legislatoris* ha sido el limitar el tipo agravado al cheque sin provisión, hubiera sido muy conveniente expresarlo de algún modo (verbigracia, «mediante cheque sin fondos», «en descubierto», «carente de provisión», u otra expresión similar). Al no haberlo hecho así, la duda siempre puede surgir, y en tal caso se plantearán problemas concursales entre este tipo agravado de estafa y el delito de falsificación de documento mercantil (art. 392 del Código nuevo). Esta interpretación conduciría a que sean sometidos a la misma pena supuestos bien diferentes: con la estafa confluye una falsificación de documento mercantil, que es delito, mientras que si se trata de cheque sin fondos éste no es delito en el nuevo Código. De esta forma se tratarían de igual modo casos desiguales (16).

Descartado por estas razones la consideración del cheque falso, centramos nuestra reflexión sobre el cheque sin fondos como componente del tipo agravado de estafa que nos ocupa.

La pregunta que entonces surge es ésta: ¿Cuál es el criterio axiológico, o razón de ser, de esta estructura *cuálificada* de estafa?

En hipótesis, cabría pensar en dos respuestas distintas: una derivada desde la perspectiva propia del delito de estafa, y la otra derivada desde la protección penal del cheque. Se trata de dos instancias de motivación agravatoria netamente diferentes que vamos a analizar sucesivamente.

#### IV

Cabría, efectivamente, desde la propia perspectiva de la estafa, entender que se ha querido destacar el empleo del cheque como un medio especialmente insidioso de engaño, y consiguiente error en la víctima.

Se trataría de un engaño especialmente reprochable o disvalioso, que determinaría una potenciación, por así decir, del desvalor de acción de la conducta de estafa.

A nosotros esta explicación no nos parece convincente en absoluto. Pues si bien es cierto que el desvalor de la acción en la estafa, esto es, el engaño, constituye contenido importante del injusto de la misma —máxime tras la reforma introducida en nuestro Código por la Ley de Reforma Parcial y Urgente de 25 de junio de 1983, en que la cuantía del perjuicio perdió en buena medida el protagonismo prioritario de antaño para valorar la gravedad de la estafa, y de modo particular en el Código nuevo que potencia la significación de las circunstancias de carácter personal e individuales— (17) no puede a nuestro juicio admitirse en modo alguno que el empleo del cheque como medio engañoso al servi-

---

(16) Partimos de que, bajo tal interpretación, el tipo agravado de estafa que nos ocupa vetaría la entrada en juego del delito de falsedad, por ser ley especial frente a ella.

(17) Cfr. art. 249, así como algunos de los tipos agravados que diseña el art. 250.

cio de una estafa conlleva, de suyo y por sí, un mayor desvalor de acción que el propio de cualquier otro tipo de engaño. Y ello es así por varias razones.

Ante todo, y con carácter general, es preciso no olvidar que para que haya estafa, y de eso se trata, es necesario por propia exigencia conceptual y legal que medie «engaño *bastante*», en la terminología de nuestro Código, que quiere decir tanto como adecuado para producir engaño que induzca a un error relevante. De ello deriva la necesidad de que la calificación como «bastante» debe ser fruto de un análisis individualizador que tenga en cuenta las circunstancias y condiciones del sujeto activo y pasivo. Conforme ha señalado la doctrina, al engañado le es exigible una cierta diligencia en la verificación de los elementos que el sujeto activo utiliza para su fraude, por lo que donde no haya esa mínima prudencia debe negarse que el engaño sea *bastante* (18), lo que supone que cuando la confirmación bancaria del cheque fuera posible debe excluirse la apreciación de la estafa (19). Otras veces habrá motivos suficientes para tener una razonable duda sobre la capacidad y voluntad de pago del emisor o endosante del cheque.

Según ello, el libramiento y entrega de un cheque en descubierto no supone automáticamente el *engaño bastante* que requiere el delito de estafa.

Por otro lado, no hay que perder de vista, en sede de valorar el cheque como medio engañoso, el dato cierto del actual descrédito y desconfianza generalizada en que se encuentra su uso como medio de pago, salvo cuando por las circunstancias personales y reales del caso particular vaya respaldado de la firme creencia en la capacidad y voluntad de pago de su emisor.

Cuando se dieran las condiciones y circunstancias que permitan afirmar, conforme a lo expuesto, que ha habido *engaño bastante*, entendemos que tal clase de engaño no es de suyo más disvalioso que el que pueda producirse a través de otros artificios o maquinaciones, y por tanto, la estafa mediante cheque no contiene, desde la sola perspectiva de la estafa, un *plus* adicional de desvalor de acción que justifique una pena agravada.

Por eso en nuestra legislación anterior a la introducción del delito de cheque en descubierto por la revisión del Código penal en 1963, al igual que en otros Códigos que no conocen la incriminación del cheque sin fondos, el engaño de referencia siempre ha sido tratado pura y simplemente como un engaño más de los múltiples que se pueden utilizar para la comisión del delito de estafa. Se trata de un engaño que cae bajo el concepto genérico de aparentar bienes o saldo en cuenta corriente, reconducible al concepto más amplio de aparentar capacidad y voluntad de pago. Por esta razón no ha habido en los Códigos anteriores a 1963

---

(18) Vid. a este respecto, entre otros: GONZÁLEZ RUS, *Delitos contra la propiedad*, tomo II, p. 202, del *Manual de Derecho Penal (P. Especial)*, obra conjunta con CARMONA SALGADO, MORILLAS CUEVA y POLAINO NAVARRETE, dirigida por COBO DEL ROSAL. TORÍO, *Acción y resultado típico en la estafa procesal*, en Libro Homenaje al prof. ANTON ONECA, Salamanca 1982. VILA MAYO, *Consideraciones acerca del engaño en la estafa*, en *La Ley*, 1984.

(19) GONZÁLEZ RUS, *op. cit.*, p. 423.

un tipo agravado de estafa por el hecho de que la ficción de saldo en cuenta corriente haya sido expresada mediante la expedición de un cheque. Tal hecho ha sido castigado en ellos simplemente como un supuesto más del tipo básico del delito de estafa (20).

De lo anteriormente expuesto se sigue que en el tipo agravado de estafa previsto por el Código penal de 1995 para cuando la estafa «se realice mediante cheque» (art. 250.1.3.º), la función agravatoria del cheque no puede obtenerse desde la perspectiva propia de la estafa.

## V

Descartada, por estas razones, la función agravatoria del cheque *en la estafa*, es obvio que la agravación punitiva de referencia tendrá que ser obtenida desde la perspectiva propia de otra instancia axiológica. ¿Y cuál será ésta en el nuevo Código?

Parece que no puede ser otra que la de la protección penal del cheque, entendiéndose que el libramiento de cheque sin fondos es un hecho digno de sanción penal.

Mas si esto es así, habrá que examinar con mucha atención cómo «administra» el nuevo Código este criterio.

Instalada así nuestra reflexión en la ladera de la protección penal del cheque, para poder dar respuesta a nuestra pregunta, interesa examinar las dos cuestiones siguientes: 1. Cuál es el posicionamiento del nuevo Código sobre el delito de cheque en descubierto en general. 2. En la hipótesis de que hubiese querido mantener esta infracción, asumiendo así la protección penal del título valor, ver cuál sería el tratamiento a dar a los casos en que haya concurrencia de este delito con el de estafa.

Para poder comprender y valorar el alcance de la reforma llevada a cabo por el nuevo Código en esta materia, será preciso conocer los antecedentes y el estado de la cuestión en el Código al que viene a sustituir.

## VI

Conforme hemos señalado más arriba, antes de 1963 el cheque podía entrar en contacto con el Derecho penal sólo cuando hubiese sido empleado como medio engañoso al servicio de la comisión de un delito de estafa, o bien cuando hubiese sido objeto de una falsificación. Carecía así de significación penal propia, al quedar embebido dentro del delito de estafa o de falsificación.

---

(20) El Código de 1928 al describir con su característico casuismo las formas y medios de engaño del delito de estafa, consignó de forma *explícita* como *uno más* de ellos el de quienes «con ánimo de defraudar expidieron un cheque o letra sin previa provisión de fondos o después de que la provisión hubiera sido retirada o retirándola antes de que el cheque o letra puedan ser presentados al cobro» (art. 725, núm. 21).

Pero esta situación va a cambiar en 1963. La influyente monografía del Prof. Cuello Calón *La protección penal del cheque*, junto con otras circunstancias de la vida nacional española, determinaron un clima favorable a la protección penal del cheque. Y de esta suerte la revisión del Código penal de 1963 introdujo como infracción penal el libramiento de cheque sin provisión. Bajo la rúbrica «Del cheque en descubierto», incluida dentro de la sección de las defraudaciones, dispuso en su nuevo artículo 535 bis lo siguiente: «El que diere en pago cheque o talón de cuenta corriente, a sabiendas de que en el momento de ser presentado al cobro no habrá en poder del librado provisión suficiente de fondos para hacerlo efectivo, será castigado con la pena de arresto mayor o multa del triple al décuplo del importe de aquél.

El hecho realizado con negligencia del librador será castigado con multa del tanto al duplo.

En ningún caso la multa será inferior a 5.000 pesetas.

Cuando se emplearen medios engañosos con propósito de defraudar, se impondrá la pena en su grado máximo, salvo que correspondiere otra mayor con arreglo al artículo 528, en cuyo caso se aplicará ésta solamente».

Conforme hemos señalado en una monografía de 1965 dedicada a la nueva infracción (21), el designio fundamental del nuevo precepto fue la protección penal del cheque mediante el robustecimiento de la confianza en él para favorecer su difusión como medio de pago prácticamente equivalente al dinero.

Sin embargo, el texto legal no logró perfilar con nitidez el bien jurídico protegido. El indudable propósito de proteger la seguridad del tráfico mercantil, esto es, el interés público representado por la seguridad en la circulación y eficacia liberatoria del cheque, quedaba empañado por ciertos defectos técnicos que comprometían en buena medida dicha finalidad: de un lado la concepción sistemática del delito como *defraudación*, y de otro el requisito de que el cheque haya sido dado en pago, que determinaba una *conexión material* con las infracciones contra el patrimonio, eran cosa de suyo ajenas al pensamiento constructivo de la protección penal del cheque, y representaban un grave peligro para la circulación del título al admitirse implícitamente como lícito cualquier otro uso del mismo (22). Además, en el texto de 1963 no se preveía como delito ni la retirada ni el bloqueo de los fondos, pese a tener ambos la misma gravedad que el libramiento sin provisión. Y por si esto fuera poco, aún resultaba dudoso y discutible el si la negociación o endoso del cheque a sabiendas de su falta de cobertura era un acto subsumible o no en el tipo legal (23).

---

(21) SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, Ariel, Barcelona 1965.

(22) Vid. ampliamente sobre el particular, SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, op. cit., pp. 14-16 y 27-34. También en este sentido recientemente RODRÍGUEZ MOURULLO, *La protección penal del cheque y de la letra de cambio*, en *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid 1986, p. 908.

(23) Cfr. SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, op. cit., p. 38.

De esta suerte, en el texto del 63 el objeto de la tutela aparecía como una síntesis o simbiosis de dos bienes jurídicos distintos y heterogéneos. Junto al interés supraindividual de la seguridad del tráfico mercantil, hacía acto de presencia una lesión patrimonial, canalizada —como defraudación *sui generis*— (24) a través del requisito de que el cheque haya sido dado en pago.

Al objeto de nuestro tema, importa retener que en la construcción legal de la infracción el perjuicio patrimonial aparece como elemento *co-constitutivo* del tipo de injusto. Con todo, dentro de ese binomio estructural, corresponde un peso prevalente al interés de la seguridad del tráfico mercantil, como lo ponen de manifiesto, entre otras razones, los datos siguientes: el hecho es siempre *delito* (como infracción castigada con pena grave) aunque el perjuicio irrogado, o el importe del cheque, no superase las 500 pesetas (frontera, entonces, entre el delito y la falta en los delitos patrimoniales, entre ellos la estafa). Y esto, no sólo en la comisión dolosa (que presenta más proximidad a las genuinas defraudaciones), sino también en la culposa, al ordenarse para ésta que la pena (multa del tanto al duplo) no podrá nunca ser inferior a 5.000 pesetas (a la sazón pena grave, conforme al art. 28 C.p.). Cosas ambas que serían inexplicables desde la sola vertiente patrimonialista. Sería igualmente incomprensible la agravación representada por el primer inciso del párrafo último del art. 535 bis, al que en breve nos vamos a referir especialmente.

Para superar esas limitaciones, se reforma el delito por Ley de 15 de noviembre de 1971. Se le extrae del capítulo de las defraudaciones, llevándolo a un capítulo nuevo al final del título XIII del Libro segundo. La nueva redacción del precepto es ésta:

**Art. 563 bis b):** «Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 300.000 pesetas:

1.º El que librare, con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corriente sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.

2.º El que habiendo librado un cheque o talón con provisión, retirase los fondos o parte de ellos, impidiendo su pago.

3.º El tomador del efecto que lo entregase a otro con cualquier fin, a sabiendas de su falta de cobertura.

---

(24) La idea y realidad de un perjuicio económico toma gran importancia: un perjuicio económico irrogado al acreedor por la entrega de un cheque en calidad de pago, que no es tal pago, por faltarle la provisión de fondos y en consecuencia la posibilidad de su realización, viéndose así frustrada la esperanza de cobro inmediato. Ampliamente sobre ello, SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, op. cit., pp. 27-34.

No obstante lo dispuesto en los números anteriores, quedará exento de responsabilidad penal el librador del cheque o talón que hiciere efectivo su importe en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su presentación al cobro.

Lo ordenado en este artículo deberá entenderse salvo el caso previsto en el artículo 529, número 1.<sup>o</sup> de este Código».

La ansiada intensificación de la tutela penal se articula en el nuevo texto legal a base de los siguientes momentos: por un lado, al comportamiento típico anterior del libramiento sin provisión, se añade ahora la retirada de los fondos y la negociación del cheque a sabiendas de su falta de cobertura; de otra parte, se prescinde del requisito de que el cheque haya sido dado en pago, resultando indiferente la causa o finalidad con que se ha entregado («con cualquier finalidad», dice el texto legal). De esta forma, el ámbito del comportamiento típico delictivo se ve notablemente ampliado. A esto se debe aún añadir la protección que podríamos llamar *in extremis*, representada por el ofrecimiento de la impunidad a quien pague dentro de los cinco días siguientes al de la presentación al cobro.

Se busca la protección penal del cheque en toda la línea, como título valor abstracto, desconectado, también a efectos penales, de la causa que da origen al mismo. Queda desligado, así, por completo de los delitos patrimoniales.

Sobre esta nueva base legislativa, no puede haber la menor duda de que el bien jurídico protegido es la seguridad en la circulación y eficacia liberatoria del cheque en el ámbito mercantil, como bien de naturaleza supraindividual (25).

La entrega en pago de cheque sin provisión, en los términos requeridos por el art. 563 bis b) —y lo mismo antes por el art. 535 bis— envuelve ciertamente un engaño, consistente en aparentar fondos y hacer creer así al tomador que por este medio verá satisfecho su crédito. Pero un tal engaño no constituye por sí y en cuanto tal estafa.

Conforme hemos señalado, de acuerdo con la doctrina española y extranjera, no menos que con la definición legal de estafa, la estafa supone una conducta, más o menos compleja, de engaño que, persiguiendo una ventaja económica propia o ajena, provoca en otro un error que le lleva a realizar en perjuicio suyo un acto de disposición patrimonial que no se ve debidamente correspondido.

De esta definición se deduce que la conducta típica del delito de cheque en descubierto no implica de suyo estafa. Así, siempre que el

---

(25) Ello, obviamente, no quiere decir, como ha señalado RODRÍGUEZ MOURULLO (*op. cit.*, p. 909), que de forma mediata o refleja no resulte también protegido, en su caso, el patrimonio del tomador.

cheque se da en pago de una obligación contraída con anterioridad sin engaño, o para poner término a una relación existente entre librador y tomador, cuyo origen y vida sea independiente de la entrega del cheque, no habrá estafa.

Pero nada impide que pueda a veces hallarse encuadrado el libramiento —o endoso— dentro de una conducta de estafa de la que forma parte. Así ocurrirá cuando la creencia en la existencia de fondos, provocada en el tomador con la promesa de pago inherente a la entrega del cheque sea el medio engañoso de que se sirve el librador —o endosante— para que aquél realice en consecuencia el acto de disposición patrimonial (26).

Cuando el acto típico de libramiento sin provisión queda enmarcado dentro de una más amplia conducta de estafa por ser dentro de ésta el medio engañoso que motiva el desprendimiento patrimonial y subsiguiente perjuicio, entonces se dan las dos infracciones, por haber sido lesionados simultáneamente los bienes jurídicos tutelados por una y otra: el interés público supraindividual de la confianza en el cheque y el interés individual de carácter patrimonial que como defraudación castiga la estafa.

Con independencia de cual sea la solución punitiva que se quiera dar a esa concurrencia de delitos, lo que no cabe duda es que se dan todos los elementos objetivos y subjetivos requeridos para la existencia de ambas infracciones. Estamos ante la configuración de una modalidad del concurso de delitos en que un hecho delictivo es medio para la comisión de otro.

¿Qué solución *punitiva* ha dado el Código viejo a esa concurrencia de infracciones?

En puridad nada se opondría a que esa concurrencia de infracciones fuese sometida a efectos de penalidad a la normativa del concurso de delitos del art. 71 del Código, según la cual en los casos en que «un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro» «se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse penando separadamente los delitos».

Sin embargo, el legislador español no lo ha querido así.

Aquel Código, aunque en la tipificación originaria del delito, en 1963, se contiene un parcial atisbo del concurso, pero sólo parcial según vamos a ver, a partir de la reforma que se dió al delito en 1971 abandona

---

(26) A este respecto resulta indiferente que el acto de disposición preceda o siga temporalmente a la entrega del cheque; lo importante es que entre ambos elementos se de una secuencia lógica, esto es, que aquel engaño haya sido determinante del acto de disposición —en que consiste el perjuicio— que en otro caso no se habría realizado o se realizaría en condiciones distintas. El perjuicio propio del delito de estafa es cosa distinta del perjuicio del delito de cheque en descubierto, a que nos hemos referido en páginas anteriores.

Sobre la distinción y deslinde entre los delitos de cheque en descubierto y estafa, vid. SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, op. cit., pp. 59-63.

esa mínima-manifestación del concurso de delitos para adscribirse de lleno al concurso de normas. Es decir, los supuestos de estafa mediante cheque quedan *de facto* sujetos al imperio del principio del art. 68, conforme al cual «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos». Es la solución del principio de alternatividad en el concurso de *normas*.

Efectivamente.

El texto originario del delito de cheque en descubierto dispuso que en los casos de referencia se impusiera la pena de este delito «en su grado máximo, salvo que correspondiere otra mayor con arreglo al artículo 528 [*delito de estafa*] (27), en cuyo caso se aplicará ésta solamente» (art. 535 bis, último párrafo) (28).

Conforme a ello, si la pena correspondiente a la estafa (29) hubiera de ser igual o inferior a la que los hechos merecen en concepto de cheque en descubierto, se aplicará esta última, sola, en el grado máximo; si, en cambio, hubiera de ser superior, entonces se aplica la de la estafa solamente, sin agravación.

La solución que el último párrafo del art. 535 bis dió a esta concurrencia, nos parece coherente. Y lo es porque, aunque se den las dos infracciones, una cierta parte del contenido de injusto del delito de cheque en descubierto debe quedar absorbido por el contenido de injusto de la estafa (30), debido a la ya referida *conexión material* que el delito de cheque en descubierto presentaba en su concepción originaria de 1963 con los delitos patrimoniales.

(27) Art. 528 del C.p. de 1963: «El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será castigado:

1.º Con la pena de presidio mayor, si la defraudación excediere de 50.000 pesetas.

2.º Con la de presidio menor, excediendo de 10.000 y no pasando de 50.000 pesetas.

3.º Con la pena de arresto mayor, si la defraudación fuere superior a 500 pesetas y no excediere de 10.000.

4.º Con la de arresto mayor, si no excediere de 500 pesetas y el culpable hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa o apropiación indebida o dos veces en juicio de faltas por hurto, estafa o apropiación indebida».

(28) Un análisis de esta disposición concursal, en SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, op. cit., pp. 64-70; del mismo, *Concurrencia de cheque en descubierto y estafa*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, pp. 363-369, y *Revista Jurídica de Asturias*, 1985, pp. 185-204.

Esa disposición no es aplicable a los casos en que, dentro de una amplia maniobra de estafa, el cheque no sea el medio engañoso, sino meramente un accidente posterior de una precedente acción de estafa; en tales casos el cheque queda fundamentalmente al margen del medio o medios engañosos que se hayan utilizado. Entonces, sin duda, habrá un concurso de delitos, sustraído al imperio del párrafo último del art. 535 bis.

(29) Tanto si, por razón de la cuantía, era *delito* o era *falta*.

(30) Sobre ello en particular, SUÁREZ MONTES, *Concurrencia de cheque en descubierto y estafa*, op. cit., pp. 363-369, y *El cheque en descubierto*, op. cit., pp. 67-68.

Si la pena del delito de cheque en descubierto es superada por la pena que corresponde al delito de estafa, en ésta queda consumida y diluida la de aquél.

La reforma del delito en 1971 se adscribe de lleno, según antes se apuntó, al concurso de *normas* en la forma del principio de alternatividad. Se dispone lisa y llanamente para todo supuesto de delito de cheque en descubierto que la pena de éste «deberá entenderse salvo el caso previsto en el artículo 529, número 1 de este Código», que es el caso de estafa en que el engaño consiste en aparentar saldo en cuenta corriente (31). Este criterio se mantiene de forma invariable en las sucesivas reformas que ha tenido el Código penal español desde entonces hasta el Código de 1995. La última manifestación de la alternatividad la formuló la llamada Ley de Actualización del Código penal de 1989, la cual, por razones de coordinación con la reforma operada en 1983 en el delito de estafa, deja redactado el último párrafo del artículo 563 bis b) en estos términos: «Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere otro delito más grave». Aunque resulte de suyo obvio, conviene dejar constancia aquí, a efectos dialécticos ulteriores, que la *falta* de estafa no puede desplazar, dejando sin aplicación, al delito de cheque en descubierto, dado que esta última infracción (ajena a los delitos patrimoniales) es siempre *delito*, nunca *falta* (32).

Llegados a este punto en el examen de la normativa del Código penal anterior al de 1995, conviene destacar que, desde la *dualidad y heterogeneidad* plena de los bienes jurídicos protegidos por el delito de cheque en descubierto y el delito de estafa, la compatibilidad axiológica del concurso de delitos y su penalidad con arreglo al criterio del artículo 71 estaba fuera de toda duda. Y sin embargo, pese a ello, dicho Código no ha querido castigar la concurrencia de esas dos infracciones conforme al concurso (ideal) de delitos. Incluso desde 1971 se suprime la agravación de la pena del delito de cheque en descubierto cuando la pena de éste fuese igual o inferior a la de la estafa en que aquél fue utilizado.

A la vista de lo que antecede, podemos concluir diciendo que ha sido criterio constante del Código penal español desde la introducción del delito de cheque en descubierto en 1963 hasta la actualidad, pasando por la reforma del delito en 1971, la Reforma Urgente y Parcial de 1983 y la reforma de 1989, el de aplicar *sólo* la pena de la estafa cuando ésta sea superior a la del cheque en descubierto, renunciando con ello a toda

---

(31) Art. 529, número 1: «El que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencias o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, saldo en cuenta, comisión, empresa o negociaciones imaginarias o valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes». Las penas del delito de estafa, señaladas en el art. 528, oscilan desde presidio mayor hasta arresto mayor, en función de la cuantía de la defraudación.

(32) Vid. sobre ello SUÁREZ MONTES, *Concurrencia de cheque en descubierto y estafa*, op. cit., pp. 373-380.

agravación que pudiera derivar —conforme a la norma del concurso de delitos— de la apreciación de la lesión de un segundo bien jurídico. Se estima, en definitiva, que es suficiente la pena de la estafa. Y conviene no perder de vista la consideración de la benignidad extrema, según vimos más arriba, de la penalidad en el delito de estafa, introducida en la reforma de nuestro Código en 1983 y que perdura hasta el de 1995.

## VII

Frente al cuadro normativo que se acaba de exponer, ¿qué postura adopta el Código penal de 1995?, ¿qué novedades aporta?

La primera y radical novedad es que suprime el delito de cheque en descubierto, y la segunda es la creación de la superestructura de la «estafa mediante cheque» como forma muy agravada del delito de estafa (subrayamos el término delito, porque para la falta de estafa no establece agravación alguna).

A nuestro modo de ver, y dicho de un modo directo y sencillo, la primera de ambas novedades nos parece plausible. Pero la segunda resulta incomprensible, por contradictoria con la primera, a parte de injusta.

La primera novedad nos parece plausible, decimos. Conforme hemos expuesto en otra ocasión en una reflexión de política criminal sobre la protección penal de los títulos valores (33), la incriminación penal del cheque nunca ha sido admitida de forma pacífica, porque no está clara su legitimidad ni siquiera su conveniencia o utilidad.

A nivel internacional, la opinión es desfavorable.

Muchos de los países de economía liberal, como Inglaterra, Alemania o Estados Unidos, no incriminan la emisión de cheque irregular, salvo si se empleare como medio para una estafa (34). Otros países, que acogieron el delito, muestran hoy un movimiento regresivo, como acontece en Francia.

En los congresos y reuniones científicas internacionales, se advierte reticencia a la incriminación.

---

(33) SUÁREZ MONTES, *La protección penal de los títulos valores*, en *Economía y Derecho Empresarial. El reto europeo a la empresa española: análisis interdisciplinar*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona 1988. También en *Revista Jurídica de Asturias*, 1987-1988, pp. 7-21.

(34) Vid. en «Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerrechts», Köln, 1985, *Schekbetrug* de OTTO HARRO, pp. 1-16; del mismo, *Bargeldloser Zahlungsverkehr und Strafrecht*, 1978, pp. 41 ss.; TIEDEMANN, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber*, en «Juristenzeitung», 1986, pp. 865-912; STEINHILPER, *Die misbräuliche Verwendung von Euroschekkarten in Strafrecht*, en «Jura», 1983, pp. 401 ss.

En nuestro país se puede decir que ya la tipificación, en 1963, nació bajo el signo de la discordia. Frente a su principal defensor que fue el profesor Cuello hubo detractores acérrimos como Quintano. Desde entonces hay pocos defensores de la penalización (35). Hay oposición porque se entiende que el hecho no posee los caracteres propios del delito. Carece del contenido de desvalor ético-social necesario para ser un acto socialmente intolerable, digno de represión penal. Conforme al principio de intervención mínima, que debe presidir la legislación penal, la pena —como *ultima ratio*— debe ser empleada sólo frente a actos que pongan en peligro la convivencia social (36), y sólo cuando el fin perseguido no pueda ser conseguido con medios menos dolorosos.

Conviene, por otra parte, tener en cuenta que, según demuestra la experiencia obtenida desde la implantación del delito entre nosotros, la amenaza penal no ha logrado el apetecido robustecimiento de la confianza en el cheque. Según se ha puesto de relieve desde diversos sectores de la doctrina, por diversos motivos, esa amenaza es en la práctica virtualmente inoperante; hay una generalizada falta de creencia en el público sobre la protección penal del tráfico de cheques.

De lo que acabamos de decir no debe deducirse que no reconozcamos la importancia que tiene para el tráfico mercantil la confianza social en el cheque como medio cuasimonetario de pago. Lo que ocurre es que no parece que sea por la vía penal, sino por otros cauces, por donde se debe buscar la apetecida seguridad. En este sentido es de celebrar que la nueva Ley Cambiaria y del Cheque, en su artículo 108, ordena que «el librador que emite un cheque sin tener provisión de fondos en poder del

---

(35) Han manifestado oposición, entre otros: BAJO FERNÁNDEZ, *Protección penal de los instrumentos de pago y de crédito. Presente y futuro*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1984, pp. 525-528. EL MISMO, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, 1993, pp. 534-536. BACIGALUPO, *Estafa y abuso de crédito*, en *La Ley*, 12 de julio de 1983. GONZÁLEZ RUS, *Delitos contra la propiedad*, op. cit., p. 421. JOVÉ JANÉ, *La necesaria supresión del delito de cheque en descubierto*, en *Estudios Jurídicos en honor del Profesor Pérez Vitoria*, I, 1983, p. 381 ss. LLOBEL MUEDRA, *El delito de cheque en descubierto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *RDMercantil*, julio-diciembre 1968, p. 515. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, P.E.*, 1993, p. 319. QUINTANO RIPOLLÉS, *En torno al cheque en descubierto*, en *RDP*, pp. 97-102. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, P.E.*, 1993, p. 531. SEGOVIA LÓPEZ, *El delito de cheque en descubierto en el Proyecto de Reforma del Código penal*, en *Boletín Informativo del M. de J.*, 1971, pp. 14-15. SUÁREZ MONTES, *La protección penal de los títulos valores*, op. cit., pp. 219-220. VIVES ANTÓN, en COBO, VIVES, BOIX, ORTS, CARBONELL, *Derecho Penal (P.E.)*, 1987, pp. 978.

Más allá del ámbito español, *vid.* notas 34 y 36.

(36) En semejante sentido, los directores de Institutos de Criminología de Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, República Federal Alemana, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suecia, Suiza, Turquía y el Reino Unido en la IX Conferencia del Consejo de Europa de directores de Institutos de Criminología, celebrada en Estrasburgo en 30 de noviembre-2 de diciembre de 1971, han constatado que la emisión de cheques en descubierto no figura ya entre los actos considerados como verdaderos crímenes, pronunciándose en favor de que será preciso limitar la definición de delito a los actos que verdaderamente ponen en peligro la vida de la sociedad.

librado, por la suma en él indicada, deberá pagar al tenedor, además de ésta, el diez por ciento del importe no cubierto del cheque y la indemnización de los daños y perjuicios». Se debería, asimismo, exigir mayor rigor a los bancos en la entrega de talonarios de cheques a cuentacorrentistas, prohibir su uso futuro a los reincidentes, y otras medidas que la doctrina ya ha señalado (37).

Por todo ello, parece acertada la decisión de política criminal del nuevo Código penal de suprimir el delito.

Ahora bien, una vez dado ese trascendental paso, resulta incomprensible la creación del nuevo tipo agravado de «estafa mediante cheque».

El incremento que experimenta la pena no es nada desdeñable. El tipo básico del delito de estafa se castiga en el nuevo Código con prisión de seis meses a cuatro años. Si la estafa se realizare mediante cheque la pena es prisión de un año a seis años, más una multa de seis a doce meses.

A nuestro juicio esta superestructura agravada de estafa constituye un verdadero contrasentido, que evoca la imagen del mundo al revés.

Pero antes de adentrarnos en el examen de esta incoherencia, se debe poner de relieve el carácter poco preciso de la formulación legal del precepto que nos ocupa. Aún descartando, como hicimos al comienzo de este estudio (38), los supuestos de empleo de cheque falso como medio engañoso, no con ello queda suficientemente acotado el ámbito fáctico de operatividad del motivo agravatorio.

No es momento de profundizar aquí en esta cuestión, pero sí de decir algo sobre ella. Evidentemente, el cheque sólo podrá entrar en juego dando lugar a la pena agravada, cuando se emplee como medio de engaño al servicio de una estafa y reúna por tanto el carácter de «engaño bastante». Pero esto no es todo. Pues, según antes se vió, el *plus* adicional de injusto que fundamenta una pena más grave no proviene de la estafa sino de la protección penal del cheque (bien jurídico distinto). Mas resulta que, una vez suprimido el delito de cheque en descubierto, desaparecen las *descripciones típicas relevantes*, con lo cual no se puede saber cual es el *ámbito* de protección que se quiere dispensar al cheque, y por tanto tampoco se podrá saber cuando debe funcionar agravando una estafa. El intérprete se encuentra, así, inevitablemente ante una *petitio principii* o círculo vicioso.

Hecha esta observación, volvamos al análisis de la incongruencia axiológico-punitiva.

Si se entiende que el menoscabo del clima de confianza en la seguridad de la circulación del cheque no es un hecho merecedor de inter-

---

(37) En esta línea se encuentra, entre otras, la regulación portuguesa, que no descarta sin embargo como *ultima ratio* la intervención penal.

(38) Vid. apartado III.

vención penal, conforme al plausible criterio valorativo asumido por el nuevo Código, dicho se está que la emisión de cheque irregular, *como tal*, carecerá de relevancia penal, *siempre y en todo caso*, y por tanto también cuando se haga uso de él como ardid al servicio de una estafa. Pues ¿cuál podría ser la razón para que, siendo penalmente intrascendente en general, dejara de serlo en este último caso? La afectación al clima de confianza en el cheque es la misma. ¿De dónde esa agravación de la pena de la estafa como si hubiese aquí un segundo bien jurídico penalmente protegido, cuando sabemos que se ha renunciado a su tutela penal? ¿Y por qué —dando un paso más en la ficción— sólo en el *delito* y no también en la falta?

La agravación de la pena de la estafa carece, así, de fundamento. Pero además resulta sorprendente: donde no hace falta castigar —pues ya hay respuesta penal por delito de estafa—, se castiga (por vía de agravación de la pena de esta última), mientras que donde haría falta (el inmenso océano del uso de cheques en descubierto sin finalidad defraudatoria, o con esta finalidad como medio engañoso al servicio de una estafa que por la cuantía del perjuicio es sólo *falta* de estafa —no rebasa las 50.000 pesetas—) no se ve razón por parte del legislador para la intervención penal (39).

No perdamos de vista lo que ya hemos examinado más arriba (40), a saber: que desde la ladera o perspectiva del delito de estafa, la utilización de cheque como medio engañoso (expresión de capacidad y voluntad de pago, por ficción de saldo en cuenta corriente) es un momento o requisito del delito de estafa, pero justamente como cualquier otro medio de engaño. Ni más ni menos. Ya vimos como *para el delito de estafa* el cheque, en cuanto *medio de engaño*, no posee especial relevancia de desvalor que pueda fundamentar una modalidad agravada del delito de estafa. Y desde la perspectiva del delito de cheque en descubierto, *tampoco*, pues éste ha sido borrado del nuevo Código.

Conforme a ello, la estafa mediante cheque no puede ser en el Código nuevo sino un supuesto más del tipo *básico* de estafa, nunca una modalidad agravada.

---

(39) Apenas si es preciso advertir que la actitud del nuevo Código (desincriminación del delito de cheque en descubierto, y agravación en el delito de estafa) no tiene nada que ver con el principio de intervención mínima (de acuerdo con el carácter fragmentario del Derecho penal). Pues tal principio debería dictar precisamente lo contrario de lo que hace este Código. Si el cheque juega dentro de un delito de estafa, puede muy bien entenderse que la pena de este delito da cobertura punitiva suficiente; si en cambio se agrava, habrá respuesta excesiva innecesaria. Si, por el contrario, se da pura y simplemente el hecho del cheque en descubierto (o bien con finalidad defraudatoria pero determinando sólo falta de estafa), sería entonces cuando haría falta incriminarlo. Claro que todo esto es sobre la base policríminial de que se quiera proteger penalmente el cheque, tal como ocurre en el Código viejo (cfr. apartado VI), porque si, por el contrario —tal como acontece en el nuevo— se parte del principio, opuesto, de que no es un bien que deba tutelarse penalmente, la estafa agravada no sólo expresaría una intervención máxima sino que además resultaría contradictoria con el principio axiológico asumido.

(40) *Vid.* apartado IV.

A efectos dialécticos, aún en el supuesto de que el nuevo Código, contrariamente a lo que ha hecho, hubiese optado por mantener el delito de cheque en descubierto, la «estafa mediante cheque» agravada que nos ocupa no dejaría de constituir una novedad digna de consideración, aunque no de encomio.

En efecto. Bajo tal hipótesis, la agravación o incremento de pena en el delito de estafa por la concurrencia del delito de cheque en descubierto (en vez de prisión de seis meses a cuatro años, prisión de un año a seis años), supondría no ya sólo la sustitución del criterio tradicional del concurso de normas (alternatividad) por el criterio del concurso de delitos, que según el Código viejo significaría imponer la pena de la estafa en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse penando separadamente los delitos (art. 71), y según el Código nuevo correspondería aplicar la pena de la estafa en su mitad superior (art. 77), sin que —tanto conforme al nuevo como conforme al viejo— la pena pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Sino que más allá de eso, entrañaría una desafortada agravación inaudita, pues no se respetaría el límite máximo de la pena más grave (la de la estafa, que es de cuatro años) (41), conforme prescribe la norma del concurso, sino que sería rebasada al pasar de cuatro a seis años, más la pena adicional de multa de seis a doce meses.

Y si esto parecería excesiva exacerbación ya para un Código que incriminase el cheque en descubierto, ¡qué no decir del Código de 1995, que no reconoce tal infracción!

Esto es mucho más grave aún si se tiene en cuenta el endurecimiento que experimentan en el Código nuevo las penas de la estafa (42), así como la supresión en él de la redención de penas por el trabajo, todo lo cual contrasta tanto más con el achaparramiento general que presentan las penas privativas de libertad en dicho Código.

Por todo lo que antecede, entendemos que el «superdelito» de estafa mediante cheque constituye un despropósito puntivo, a la vez que envuelve una contradicción valorativa intrasistemática. Pues la pena agravada, y de forma tan abultada, no puede justificarse, dentro del Código de 1995, ni desde la perspectiva del delito de estafa ni tampoco desde la perspectiva del delito de cheque en descubierto, que es por él suprimido. Se trata simplemente de una manifestación más del Derecho penal simbólico, de que tanto se abusa.

---

(41) Se da por supuesto que si el Código de 1995 hubiese optado por el criterio axiológico de mantener la incriminación penal del cheque en descubierto, siguiendo en ello al Código anterior, a buen seguro que no le habría asignado pena superior a la del delito de estafa.

(42) *Vid. apartado I.*

# La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal (\*)

JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Lleida

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Presupuestos justificadores de la intervención penal. 1. El objeto jurídico de tutela. 2. La cobertura en el ámbito administrativo sancionador: La Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social. 3. La ausencia de tipificación expresa y la respuesta jurisprudencial. III. El nuevo delito contra el patrimonio de la Seguridad Social. 1. Las conductas punibles. 1.1. La elusión del pago de las cuotas de Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta. Diferentes supuestos: 1.1.1. El incumplimiento empresarial del deber de ingresar la cuota obrera. 1.1.2. La elusión del pago de las cotizaciones empresariales y conceptos de recaudación conjunta. 1.2. La obtención indebida de devoluciones de las cuotas ya ingresadas. 1.3. El disfrute indebido de deducciones por cualquier concepto. 2. Los requisitos típicos esenciales para la punibilidad. 2.1. La exigencia de una conducta «fraudulenta» como elemento objetivo del tipo. 2.2. La necesidad de que el perjuicio económico irrogado a la Tesorería de la Seguridad Social exceda de 15 millones de pesetas. 2.3. El dolo y el ánimo defraudatorio como exigencias del tipo subjetivo.

---

(\*) El estudio se enmarca en una investigación de mayor calado que, deseablemente, deberá frugar en la posterior publicación de una monografía. La novedad que ha supuesto en nuestra legislación penal la tipificación del fraude empresarial a la Seguridad Social, por mor de la LO 6/1995, de 29 de junio, así como su permanencia de forma prácticamente inalterada en el nuevo Código Penal, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, pudieran hacer comprensible la publicidad de estas páginas. Se entenderá también por ello, la imposibilidad de abordar ahora de forma exhaustiva todas las cuestiones que afectan al delito que nos ocupa. Para un momento posterior se han dejado las relativas a autoría y participación, *iter criminis*, problemas concursales, específicas circunstancias agravantes y regularización de la deuda como excusa absolutoria, entre otras.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, modifica de manera sustancial los delitos contra la Hacienda Pública recogidos en el Título VI del Libro II de nuestro Código penal. A su vez, esta disposición normativa, estableciendo un claro paralelismo con los delitos fiscales, crea el nuevo artículo 349 bis CP, criminalizando de esta forma determinados comportamientos defraudatorios contra el Patrimonio de la Seguridad Social (1). Objeto de este trabajo será exclusivamente el estudio de este nuevo delito que viene a satisfacer, desde luego, una constante y reiterada demanda doctrinal y jurisprudencial (2). Con todo y con ello, el análisis que se vertirá en estas páginas no podrá sustraerse a las notas de provisionalidad y, vaya por delante el reconocimiento, de cierta superficialidad.

Lo anterior debe entenderse, no sólo en el sentido de que el autor no esté dispuesto a infringir conscientemente las más elementales normas de cuidado que deben presidir la tarea del intérprete, en materia ayuna de pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales. Antes bien, sería más cierto entender que se trata de abordar una primera aproximación a unas figuras penales hasta hace bien poco inexistentes. Buscar el sentido, fijar el contenido y acotar el alcance de la ley es tarea, a mi juicio, irrenunciable en un primer momento de vigencia de la misma.

---

(1) Como es sabido, la LO 10/1995, de 23 de noviembre, aprobó el Nuevo Código Penal. El delito contra la Seguridad Social se recoge, de forma prácticamente idéntica, en el art. 307 de su Texto. Dado que el Nuevo Código Penal está sometido a una «vacatio legis» de seis meses, y teniendo en cuenta, además, la importancia a efectos de sucesión de leyes penales, se ha optado por citar siempre los dos artículos que recogen las conductas punibles que nos ocupan, el art. 349 bis del todavía hoy vigente Código penal (CP) y el art. 307 del Nuevo Código penal (NCP).

(2) Con respecto a la anterior regulación de los delitos contra la Hacienda Pública, producto de la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, ya denunciaba la necesidad de tipificación expresa, PÉREZ ROYO, F., «*Los delitos y las infracciones en materia tributaria*», Madrid, 1986, pp. 86 y ss.: «...la fundamental laguna de punibilidad es la referida a la Seguridad Social. (...) Se trata de una laguna importante y que tiene la suficiente entidad como para justificar la necesidad de una reforma legislativa que incluyera expresamente el tratamiento jurídico-penal de la defraudación a la Seguridad Social». Un desarrollo completo, decididamente a favor de la criminalización, con propuestas de *lege ferenda* en VICENTE MARTÍNEZ, R., «*Delitos contra la Seguridad Social*», Barcelona, 1991; id. «*Protección penal del trabajo y de la Seguridad Social*», en «*Estudios de Derecho penal económico*», editado por Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pp. 75 y ss., especialmente, pp. 101 y ss. Por lo que respecta a la demanda de nuestra jurisprudencia bastará con observar, como más adelante haremos, la debilidad dogmática de determinados argumentos jurídicos que se vierten para poder ofrecer una respuesta penal a determinados fraudes a la Seguridad Social, esencialmente, a través del tipo de la apropiación indebida. No cabe duda, que la resistencia de nuestro ordenamiento penal a la tipificación de delitos económicos tiene en su haber, además de la intolerable desprotección de bienes jurídicos fundamentales, el cercenamiento del principio de legalidad, convirtiendo las máximas de taxatividad y certeza en atributos típicos ornamentales.

Es obvio, que la irrupción de la intervención penal en el sistema jurídico de tutela de los intereses cobijados bajo el funcionamiento institucional de la Seguridad Social, como, por otra parte, en cualquier otro supuesto, debe asentarse sobre presupuestos valorativos que doten de un sólido andamiaje a la decisión del legislador. La identificación de un bien jurídico de contornos precisos y la selección de aquellas conductas cuyo grado de ofensividad las hace acreedoras de una respuesta penal, se presenta como exigencia mínima del proceso de criminalización. Asimismo, no debe olvidarse que nos encontramos ante un sector de actividad socio-económica de un Estado moderno que aparece disciplinado por sus propias reglas de funcionamiento legal e institucional. El derecho penal no sólo debe cumplir la máxima de la subsidiaria intervención, sino que debe partir de las coordenadas ya asentadas que reglamentan el sistema de obtención de recursos y cobertura de las situaciones de necesidad que caracterizan al sistema español de la Seguridad Social (3).

Sobre buena parte de las cuestiones apuntadas versarán las primeras páginas de este trabajo. No es el momento, por tanto, de adelantar conclusiones precipitadas. Sin embargo, y con todas las reservas precisas, sí parece oportuno pergeñar las decisiones político-criminales básicas que se desprenden de la opción legislativa elegida:

a) Sistemáticamente, se regula el delito contra la Seguridad Social en el seno de los delitos contra la Hacienda Pública. Lo cual, no sólo es expresión de la posible homogeneidad de bienes jurídicos protegidos, sino que va a vincular la interpretación de gran parte de los elementos que condicionan la punibilidad de las conductas. En otros términos, por una parte, se entiende que estos delitos trascienden la mera tutela de los derechos de los trabajadores y, en consecuencia, *se opta por su diferenciación clara con los denominados delitos sociales* (4); por otro lado, parece condenado al fracaso todo intento de exégesis a espaldas de la regulación legal y del arsenal interpretativo, doctrinal y jurisprudencial, ya existente sobre los delitos contra la Hacienda Pública.

b) El objeto jurídico de tutela se ciñe al Patrimonio de la Seguridad Social. Y las conductas que pueden alcanzar relevancia jurídico-penal se limitan a las que pudieran poner en peligro el sistema de obtención de recursos, esencialmente, mediante la elusión de las cotiza-

---

(3) La necesidad de una coordinación con las reglas de funcionamiento extrapenales, cuando se trata de tutelar bienes jurídicos que cuentan con un «...modelo legal e institucional de gobierno y control...», es destacada por MORALES PRATS, F., «*Técnicas de tutela penal de los intereses difusos*», en Cuadernos de Derecho Judicial («Intereses difusos y Derecho penal»), ed. Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 75 y ss.

(4) A juicio de algún autor, la similitud con los delitos contra la Hacienda Pública podría justificar una técnica criminalizadora semejante, mas no su segregación de los delitos contra los intereses de los trabajadores. En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, J., «*Derecho penal de la empresa*», Madrid, 1995, p. 131.

ciones legalmente preceptivas. Necesariamente, de aquí derivan las dos decisiones quizás de mayor calado político-criminal: en primer lugar, *se criminaliza la elusión fraudulenta de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social*, además de la apropiación indebida de la cuota obrera; en segundo lugar, *no serán merecedoras de respuesta penal alguna*, al menos por el delito recogido en el art. 307 NCP, *los posibles fraudes en el sistema de prestaciones de la Seguridad Social* (desempleo, incapacidad laboral transitoria, etc. ...).

c) Por otro lado, en un intento de potenciar todos los mecanismos recaudadores posibles, se introduce lo que técnicamente parece ser una excusa absolutoria. Mediante la cual, *se exime de responsabilidad penal al que de forma voluntaria y espontánea regularice su situación con la Seguridad Social* procediendo a saldar la deuda previamente contraída.

Son muchas, pues, las cuestiones que deben ser analizadas. Esta introducción sólo tenía por finalidad acotar de alguna manera los contornos por los que debe discurrir, a mi juicio, la labor del intérprete.

## II. PRESUPUESTOS JUSTIFICADORES DE LA INTERVENCIÓN PENAL

### 1. El objeto jurídico de tutela

«...la necesidad de proteger suficientemente el patrimonio de la Seguridad Social, al objeto de posibilitar el cumplimiento de sus funciones institucionales, aconsejan la protección de este bien jurídico mediante la introducción de una figura de gran similitud con el delito fiscal, el delito contra la Seguridad Social». En estos términos justifica la Exposición de motivos de la LO 6/1995, de 29 de junio, la introducción del nuevo artículo 349 bis CP.

No parece preciso, por lo menos en este contexto, proceder a un desarrollo del sistema institucional de Seguridad Social vigente en nuestro país. Fácilmente imaginable será, sin duda, hacerse una idea de la importancia de las funciones que, en un Estado social de Derecho, despliega la institución: elemento básico de solidaridad entre los ciudadanos mediante la redistribución de la riqueza, valuarte y garantía de la lucha por mantener las condiciones necesarias para que la dignidad del ser humano se convierta en algo tangible, mediante la cobertura de las condiciones de necesidad. En fin, es difícil imaginar elemento alguno más importante en la política social de un Estado moderno. En la medida en que la viabilidad del sistema depende, lógicamente, del nivel de recursos disponible, no puede extrañar que se pretenda intensificar el calado de la tutela jurídica a su patrimonio.

Sin embargo, y dados los altos niveles de exigencia a que debe responder la decisión criminalizadora, empezando por el ineludible principio de proporcionalidad que, por cierto, no sólo condiciona la legitimidad de la propia decisión, sino también la configuración precisa de los presupuestos de la punibilidad, parece oportuno no eludir la descripción del encuadramiento constitucional del sistema de Seguridad Social.

Pues bien, será entre «los principios rectores de la política social y económica», recogidos en el Capítulo III, del Título I de nuestra Constitución, donde encontraremos el reconocimiento explícito del sistema. Así, el art. 41 CE afirma: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres». (5) Parece haber acuerdo en que el diseño constitucional descansa sobre dos niveles de protección. Uno de marcado carácter público que alcanza tanto a las prestaciones contributivas, en función de la cotización previa, cuanto a las prestaciones no contributivas, para quienes carecen del derecho a las contributivas y se encuentran en situación de necesidad; y otro, al que se hace referencia en el propio art. 41 CE afirmando que «...la asistencia y prestaciones complementarias serán libres» (6).

A pesar de que nuestro sistema se basa todavía en alto grado en un carácter contributivo, esto es, en hacer depender el nivel de prestación de la previa cotización individual satisfecha, es sumamente interesante observar la evolución de la Seguridad Social hacia su configuración como «función del Estado» (7), con todo lo que ello supone en orden a

---

(5) Resalta la importancia del precepto, TIEDEMANN, K., «Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)», Barcelona, 1993, pp. 133 y ss.: «Una diferencia importante con la situación jurídica alemana radica en que la más joven Constitución española erige en mandato a los poderes públicos la defensa de la Seguridad Social (art. 41) y la seguridad en el trabajo (art. 40 párrafo 2). Se trata de bienes jurídicos constitucionales para cuya efectiva protección se deberá definir constitucionalmente y de manera imprescindible una medida criminal o al menos penal administrativa». Por otro lado, además del transcrito art. 41 CE, deben tenerse en cuenta los arts. 43 CE («Se reconoce el derecho a la protección de la salud ... a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.») y 50 CE («Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad.»).

(6) En este sentido, ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, «Instituciones de Seguridad Social», décimocuarta edición, Madrid, 1995, p. 49. Lo que no supone una mutación del carácter público del sistema, como se detiene en observar la STC 37/1994, de 10 de febrero: «El carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por (...) fórmulas de gestión o responsabilidad privadas».

(7) Tal y como se recoge en la STC 37/1994, FJ 3.º: «La Constitución ha recogido y consagrado en su artículo 41 la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como «una función del Estado», rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal (SSTC 103/1983, FJ 3.º; 65/1987, FJ 17.º, entre otras)».

desentrañar la naturaleza jurídica de las relaciones que se establecen entre los agentes interesados. De manera esquemática, mas sólidamente apoyada en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, se puede afirmar:

a) Nos encontramos ante un *régimen legal* de prestaciones, con marcadas diferencias respecto al régimen contractual (8). Son notas características, las de *universalidad, obligatoriedad y uniformidad*. A su vez, ello permite su sometimiento a claros límites: respeto al principio de igualdad, la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la asistencia y prestaciones sociales suficientes para casos de necesidad (9).

b) La posible correspondencia entre prestación y cotización se aleja considerablemente de la derivada de una relación contractual, entre otras cosas porque no existe una propia relación dual entre asegurado y empresa aseguradora. La existencia de *aportaciones del empresario y del propio Estado determinantes para la cuantía de la prestación* así lo demuestra (10).

c) La naturaleza jurídica de la cuota se aproxima claramente al concepto de *tributo* (11).

En definitiva, todo ello viene a poner de manifiesto que las relaciones que establece el sistema de Seguridad Social trascienden los intereses particulares de los sujetos implicados. Pues, no se trata sólo de tutelar el cumplimiento de expectativas derivadas del establecimiento previo de una relación bilateral. Antes bien, nos encontramos ante una institución nuclear en la política social del Estado. Los ataques a la Seguridad Social dañan la capacidad del Estado para hacer frente a las contingencias de necesidad existentes. Además, condicionan la posibilidad de proceder a una intervención en la política económica tendente a la creación de empleo, esencialmente.

(8) *STC 65/1987, FJ 17.º*: «El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que éste se configure como un régimen legal, en el que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca».

(9) En estos términos, *STC 134/1987, FJ 4.º*.

(10) En estos términos, *STC 97/1990, FJ 4.º*.

(11) Así, *STC 39/1992, FJ 6.º*: «Aunque en el estado actual de la doctrina la naturaleza jurídica de la cuota de la Seguridad Social es objeto de polémica, es innegable que el sistema de protección social se ha ido separando progresivamente del esquema contributivo y acercándose de forma cada vez más próxima al concepto de tributación en el que la existencia de la cuota no autoriza a exigir un determinado nivel de prestaciones, ni su cuantía a repercutir en el nivel o contenido de las mismas y, en tal sentido, es abundante la jurisprudencia constitucional que niega a la cuota de cotización la cualidad de «prima de seguro» de la que se derive necesariamente el derecho a la prestación o pueda dejar de pagarse caso de inexistencia de ésta (*SSTC 103/1983, 65/1987, 127/1987 y 189/1987*)».

De esta forma, deberá admitirse que el bien jurídico merecedor de tutela no se ciñe a los intereses patrimoniales del Instituto. El patrimonio de la Seguridad Social, está destinado a cumplir determinados fines que lo caracterizan y diferencian claramente de otro patrimonio. Por ello, el *telos* del arsenal de disposiciones normativas que velan por el correcto funcionamiento de las relaciones de seguridad social, en el orden laboral y administrativo, va mucho más allá de la mera tutela de su haber patrimonial.

Sin embargo, aun partiendo de la bondad de todo lo expuesto, todavía no se ha dicho nada sobre los específicos contornos del objeto jurídico de tutela de los concretos tipos penales (12). Pensar que el Derecho penal podría tutelar, con sus rudos instrumentos, las funciones macro-sociales y económicas desplegadas por el sistema de Seguridad Social, no es más que un sueño quijotesco. No cabe duda, que la *ratio legis* de la intervención penal debe dirigirse, coordinadamente con el resto de la regulación jurídica, a alcanzar los fines pergeñados. Para ello, sin embargo, debe incidir sobre una parcela concreta y claramente delimitada de actuación. Proyectando sus imperativos hacia la tutela de aquellos intereses que se presentan como esenciales para el funcionamiento del sistema. Las conductas lesivas se generan en el propio entramado del sistema. No se trata, por tanto, de dinamitar, mediante una intervención penal indiscriminada, los cimientos sobre los que se asienta la participación de los agentes sociales en el sistema de cobertura estatal existente. La criminalización debe partir de las reglas de funcionamiento preestablecidas en la normativa reguladora extrapenal, procurando tender puentes, esencialmente, a la optimización de los mecanismos de obtención de recursos.

Desde luego, existen otras opciones político-criminales. No faltarán opiniones que entiendan que el Derecho penal ha sido llamado nada menos que para sacar a la Seguridad Social de su estado pre-agónico. Y, en consecuencia, enderezar los mecanismos penales para proceder a una tutela de todas las funciones macroeconómicas que debe desplegar la Institución. De este modo, el bien jurídico protegido debería, probablemente, albergar todas las funciones sociales y económicas características de los instrumentos recaudatorios y financieros de la Seguridad Social: sólo el Derecho penal permitirá una recaudación plena y justa, sólo el derecho penal garantiza una óptima política financiera de gasto, mediante la amenaza de sanción sobre cualquier conducta que suponga

---

(12) Que los intereses ínsitos en las relaciones de Seguridad Social dignos de protección excedan claramente a los de índole patrimonial es algo más que evidente. Con ello, sin embargo, no se está diciendo que el Derecho penal deba ocuparse de su tutela, ni tampoco que no pueda optar por proteger exclusivamente los de naturaleza patrimonial. Como es sabido, la adjetivización «penal» del bien jurídico impone altos niveles de exigencia en su configuración, derivados no sólo de principios de justicia (proporcionalidad), sino también de la utilidad y practicabilidad de la intervención penal.

el cuestionamiento de la concreta afectación a fines de los recursos públicos (13). En fin, todo ello puede ser tan legítimo como lo anterior, e incluso contar con mayor número de adhesiones, siempre y cuando se mantenga en el plano de la especulación. Lo que no parece de recibo, es partir de una determinada opción criminalizadora y someter a los términos legales a una interpretación voluntarista —y, claro está, interesada—

---

(13) A mi juicio, todo ello es producto de una «maximización» de la capacidad explicativa y de rendimiento del concepto de bien jurídico, en la interpretación de los tipos de la parte especial del Derecho penal. Evidentemente, en detrimento de otras referencias valorativas que permiten mantener un escenario garantista en la intervención penal. Cuando el legislador decide tipificar una determinada conducta resuelve un primer conflicto valorativo, que le llevará a trazar una línea —deseablemente tajante— entre los comportamientos penalmente irrelevantes y aquéllos que muestran un merecimiento de sanción penal. Para ello, cobra especial importancia, obviamente, la envergadura del bien jurídico elegido, pues todo proceso inculpativo lesiona a su vez intereses del más alto rango: Que el sistema de Seguridad Social o que la Hacienda Pública, como bienes jurídicos a tutelar penalmente, superan con holgura el filtro de la proporcionalidad queda fuera de duda. Y, sin embargo, la concreta tipificación de las conductas que pudieran atacarlos todavía debe responder a otros parámetros de justicia, utilidad y practicabilidad de la intervención. Se debe decidir, todavía, si lo punible será sólo lo doloso o también lo imprudente, si la consumación delictiva exige un resultado de peligro o uno de lesión, si son posibles las formas imperfectas de ejecución, si sólo con medios determinados es posible realizar la conducta o es posible cualquier medio de ataque imaginable, etc. Todo ello, perfila también el real alcance de los tipos penales y es una muestra palpable del verdadero interés protegido. En otros términos, cuando sólo es admisible la forma dolosa, cuando el medio comisivo se identifica con una conducta fraudulenta, cuando la consumación típica exige un detrimento patrimonial en las arcas públicas, cuando se condiciona la punibilidad a la existencia de un perjuicio superior a 15 millones de pesetas, no cabe duda que se está pensando en un objeto jurídico de tutela claro y preciso. Personalmente, no me cabe ninguna duda de que bajo la institución del «tributo» —en el ámbito de las relaciones con la Hacienda Pública— o de la «cuota» de la Seguridad social, subyacen una serie de intereses o funciones de la mayor importancia (financiera, de justicia, político-económica, etc.). Y en cambio, sinceramente, no creo que los arts. 305 y ss. NCP sean tan ambiciosos en su paraguas protector. De otra opinión, con referencia a los delitos contra la Hacienda Pública, GRACIA MARTÍN, L., «Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario (Las "funciones del tributo" como bien jurídico)», en *Actualidad Penal*, n.º 10, 1994, pp. 183 y ss.; este autor pretende integrar en el bien jurídico protegido todas las funciones que despliega el tributo, no sólo las inmediatamente recaudatorias o de gasto, sino también las referentes a la justicia contributiva y la determinada política económica y social del sistema tributario. Lo que entonces no parece suficientemente explicado en su argumentación es el por qué el tipo se contrae solamente a conductas dolosas, exige un comportamiento fraudulento, con el más que probable elemento subjetivo correspondiente, se condiciona la consumación típica a la causación de un perjuicio patrimonial de 15 millones de pesetas, etc. Cuestiones, sobre las que el autor citado o no se detiene, o reconoce abiertamente la posible incongruencia (p. 214, cuando considera que debería buscarse otro criterio que el de la cuantía fija y determinada para condicionar la punibilidad). Por otro lado, y enlazando con el principio de esta ya excesivamente extensa nota, el rendimiento en la elaboración dogmática de estos tipos penales que el autor parece extraer es más bien escaso. Pues, afirmar que en la figura de la defraudación tributaria (art. 349 CP) coexisten dos tipos de lo injusto diferentes, el de elusión del pago de tributos y el de obtención indebida de beneficios fiscales (más correctamente, disfrute indebido de beneficios fiscales) (v. p. 212), y que nos encontramos ante delitos especiales (v. p. 215), se puede sostener, evidentemente, desde configuraciones alternativas del bien jurídico protegido.

acorde con los postulados preestablecidos que, sin duda, se entenderán como irrenunciables. En otros términos, la búsqueda del bien jurídico protegido no puede prescindir de las concretas conductas típicas incriminadas. O si se quiere, de la decisión del legislador sobre el contenido y alcance de la criminalización.

Veámos pues los términos legales del art. 349 bis CP: «Las penas señaladas en el número 1 del artículo 349 de este código serán aplicables al que, por acción u omisión dolosa, defraudare a la Seguridad Social para eludir el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obtener indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutar de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida y con ánimo fraudulento, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 15.000.000 de pesetas» (14).

Es evidente que el peso de la prohibición penal gravita en torno al cumplimiento de los deberes legales de cotización. Como es sabido, las fuentes que alimentan el patrimonio de la Seguridad Social discurren por cauces diversos. No obstante, la más importante, sin duda, la constituyen las cotizaciones de toda índole a que están obligados legalmente trabajadores y empresarios (cuota obrera, cuota empresarial, cuotas de desempleo; fondo de garantía salarial y formación profesional, esencialmente) (15). En una primera aproximación, podría afirmarse que el bien jurídico tutelado es el patrimonio de la Seguridad Social. Y, sin embargo ello sería no sólo insuficiente, sino que también incorrecto. Por lo menos, si se quiere identificar u homologar a cualquier otro tipo de patrimonio, como conjunto de bienes y derechos de contenido económico.

---

(14) El art. 307 NCP mantiene inalterada la definición de las conductas punibles. Si bien, no hace mención al carácter doloso de las conductas por ser innecesario a partir del sistema de incriminación específica de la imprudencia que alberga (vid. *Infra*), y modifica la pena privativa de libertad (que no la de multa que se mantiene en la del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada), fijándola en prisión de uno a cuatro años.

(15) Para los amantes de las cifras, y con carácter aproximativo por ser datos correspondientes al ejercicio económico de 1994, se puede desvelar que el Presupuesto de la Seguridad Social ascendió a 9,96 billones de pesetas (un 7,7 % más que el año anterior). Las cotizaciones sociales se estiman en 6.409.526 millones de pesetas, lo que representa sobre el total de recursos financieros de la Seguridad Social el 64,3 %, con la siguiente distribución por Regímenes: un 79,14 % corresponde al Régimen General, un 9,70 % al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, un 4,33 % a los demás Regímenes Especiales y un 6,83 % a Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Las transferencias del Estado, INEM y otros organismos financian el 30,7 % del presupuesto y completan la financiación otros ingresos, que suponen el 5 % del total o casi un 70 % de este concepto está constituido por un préstamo sin interés procedente del Estado) (Véase, editado por el Instituto de Estudios Fiscales y elaborado por la Unidad Especial para el Estudio y Propuesta de Medidas para la Prevención y Corrección del Fraude, el «Informe sobre el Fraude en España», Madrid, 1995, pp. 214 y ss.).

Por lo pronto, un correcto entendimiento exige no olvidar que el presupuesto de la Seguridad Social se integra en los presupuestos generales del Estado (16). Que se trata, por tanto, de recursos de titularidad pública; que las deficiencias presupuestarias se deben cubrir, como de hecho así ocurre, con cargo al Erario público (17), como no podía ser de otro modo, a partir de la caracterización constitucional del sistema como «función del Estado» (18); que las aportaciones de empresarios y trabajadores presentan las características de universalidad, obligatoriedad y uniformidad, acercándose claramente al concepto de tributo (19). Todo ello impone, cuando menos, si se quiere seguir hablando de patrimonio como objeto de tutela penal, una configuración especial del mismo (20).

Pero es que además, no se ha querido tutelar penalmente al patrimonio en su conjunto. Esencialmente, porque son muchas las conductas lesivas para el mismo que no entrarían en el ámbito de los tipos del art. 307 NCP, optándose en algunos casos por su plasmación como infracciones administrativas, y en otros por la aplicación de diversos preceptos penales. Piénsese, por ejemplo, en determinadas insolvencias provocadas, o en determinados fraudes en el ámbito farmacéutico-sanitario, donde habrá que acudir, probablemente, a los tipos de alzamiento de

---

(16) Vid. art. 89.1 de la Ley General de la Seguridad Social, y Título VIII («De los presupuestos, de la intervención y de la contabilidad de la Seguridad Social») de la Ley General Presupuestaria (vid., también, la OM de 16 de mayo de 1994, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos de la Seguridad Social para 1995). Lo que no obsta a que el Patrimonio de la Seguridad Social mantenga su diferenciación con el del Estado, tal y como recoge el art. 5.º de la LGP: «...Las cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier otro género de la Seguridad Social constituyen un patrimonio único afecto a sus fines, distinto del Patrimonio del Estado».

(17) Vid. nota anterior.

(18) Además de las referencias a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional más arriba indicadas, obsérvese la redacción del art. 2.º de la Ley General de la Seguridad Social: «El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por realizar una actividad profesional o por cumplir los requisitos exigidos en la modalidad no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta Ley».

(19) Vid. arts. 12 y ss. de la LGSS.

(20) Como ya dedujo con referencia a la PANCP de 1983, BUENO ARÚS, F., «La protección penal del trabajador en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 (I)», en *Actualidad Laboral*, n.º 12, 1986, p. 588: «...el bien jurídico protegido es el patrimonio de la Seguridad Social, que se integra en los Presupuestos Generales del Estado, y, por lo tanto, los delitos de referencia (...) están por su naturaleza más próximos a los «delitos contra la Hacienda Pública» que a los delitos que pretenden proteger los derechos de los trabajadores».

bienes, delitos laborales, estafa, etc. (21).

Asimismo, tampoco parece que haya habido interés en tutelar penalmente el patrimonio de la Seguridad Social cuando las fuentes de peligro provengan de fraudes cometidos en su función prestacional. Es importante subrayar, por ello, la atipicidad de las conductas fraudulentas realizadas por los destinatarios del sistema de prestaciones, esencialmente, las de desempleo (22) y las de incapacidad laboral transitoria (23).

En definitiva, los tipos penales van encaminados a proteger la función recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social, si bien

---

(21) A juicio de MUÑOZ CONDE, F., «*Derecho Penal. Parte Especial*», 10.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1995, p. 879: «Esta conclusión provisional provoca alguna perplejidad, pues precisamente son las conductas no directamente incluidas en el art. 349 bis, las que más se dan en la práctica y, al mismo tiempo, las que más dificultades plantean de calificación típica». No obstante, el juicio crítico del profesor de Sevilla parece asentarse en la consideración de que tanto la apropiación empresarial de la cuota obrera, cuanto los fraudes en materia de afiliación y/o alta de trabajadores, no se encontrarían entre las modalidades prohibidas en el art. 349 bis CP. Lo que, a mi juicio, no puede ser compartido. Dejando para más adelante el estudio pormenorizado de las diferentes modalidades típicas, sí puede adelantarse, no obstante, lo siguiente: por lo que respecta a la apropiación empresarial de la cuota obrera, los términos legales no sólo no impiden, sino que posibilitan su perfecta inclusión en la descripción típica (el tipo se refiere al que «por acción u omisión dolosa, defraudare a la Seguridad Social para eludir el pago de las cuotas de ésta...», es decir, de la Seguridad Social, no del empresario como sujeto obligado); por otro lado, los fraudes en materia de afiliación y/o alta de trabajadores no sólo entran de lleno en la materia prohibida, sino que la exigencia típica de fraude va a convertir a estos supuestos en nucleares. Pues, el mero impago de la deuda a la Seguridad Social será insuficiente para afirmar la relevancia penal de las conductas, exigiéndose una ocultación total o parcial a la Tesorería General de la Seguridad Social de las cotizaciones debidas, para lo que se presenta como medio idóneo la ausencia de realización de los actos de encuadramiento preceptivos (Inscripción, altas y bajas). A mi juicio, por tanto, la falta de inscripción de la empresa, o la ocultación de altas o bajas de trabajadores son conductas punibles por el tipo del art. 349 bis CP (307 NCP), pues supondrán un daño patrimonial a la Seguridad Social, que no tendrá forma de exigir el pago de las cotizaciones debidas, en la medida en que se ha ocultado la existencia de los hechos que fundamentan su nacimiento y cuantía. Otra cosa es, que, como también creo y expondré en su momento, estas conductas cumplan a la vez otros tipos penales. Normalmente, existirá también un fraude a la Hacienda Pública y un daño a los derechos de los trabajadores; ello, lógicamente deberá ser solventado mediante la correspondiente aplicación de las normas que rigen los concursos de delitos.

(22) Acertadamente, MUÑOZ CONDE, Ob. cit., p. 880.

(23) Si bien el trabajador destinatario de estas prestaciones no podrá realizar directamente el delito del art. 307 NCP, sería posible, a mi juicio, que el fraude con relevancia penal lo realice el empresario, bien por apreciarse una elusión parcial o total de las cuotas, bien en la modalidad de disfrute indebido de deducciones. Como reconoce el citado «*Informe sobre el Fraude en España*», p. 223: «En el Sistema de la Seguridad Social la empresa está obligada a colaborar en la gestión de ciertas prestaciones (ILT y desempleo parcial). Dicha colaboración consiste en que el empresario paga al trabajador la cuantía que le corresponda y compensa su importe, descontándolo en los seguros sociales del mes siguiente. El fraude en la materia consiste en la aplicación indebida, o en mayor cuantía, de estas prestaciones de pago delegado para disminuir el importe de la liquidación de cuotas».

proyectada exclusivamente a la obtención de recursos derivada de la obligación legal de cotización impuesta a empresarios y trabajadores (24). Otras fuentes de financiación ajenas a la satisfacción de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta, no cuentan con el paraguas protector del art. 307 NCP.

Tan sólo, cabría plantear algunas dudas sobre el objeto de tutela en el tipo del disfrute indebido de deducciones. La tentación de realizar un paralelismo en la interpretación de estas conductas con las incriminadas en el art. 308 NCP («fraude o malversación de subvenciones públicas») es notable. La modalidad será analizada en el momento oportuno, mas será preciso ahora destacar alguna peculiaridad que nos ayude a definir el interés protegido. A mi juicio, y a pesar de que indudablemente nos encontramos ante comportamientos que inciden en la función de gasto desplegada por el patrimonio de la Seguridad Social, que a través del sistema de deducciones y bonificaciones en las cuotas empresariales persigue determinados fines de política económica y de empleo (promoción del empleo juvenil, empleo para trabajadores mayores de 45 años y en situación de paro estructural prolongado, minusválidos, etc. ...), no parece que el legislador tuviera por meta inmediata la tutela de lo que algunos denominarían «función de gasto o financiera» del patrimonio de la Seguridad Social. Y ello por lo siguiente:

a) el tipo no se encamina a salvaguardar las condiciones y requisitos que harían merecedora la deducción, tal y como expresamente se recoge en la modalidad del n.º 1 del art. 308 NCP (25).

---

(24) Especialmente explícita es la *Exposición de Motivos de la LO 6/1995, de 29 de junio*, por la que se introduce el nuevo artículo 349 bis CP: «Mas la elusión en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, dentro de los delitos económicos, constituye un específico delito contra el patrimonio de la misma caracterizado, frente a otras modalidades de actuación contra este patrimonio, porque tutela de manera singular la función recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social cuando se la deja en situación de desconocimiento de la existencia de los hechos que fundamentan el nacimiento y la cuantía de la deuda para con la Seguridad Social, bien sea de la totalidad de la misma -elusión total- o bien de parte de ella determinándola voluntariamente en cuantía inferior a la debida —elusión parcial—, de haberse aplicado correctamente, en uno y otro caso, las normas reguladoras de la cotización a la Seguridad Social».

(25) Lo que hubiera sido coherente si se pretendiera tutelar la función de gasto del patrimonio de la Seguridad Social. Así, la propuesta criminalizadora de VICENTE MARTÍNEZ, «*Protección penal...*», cit., p. 107: «...la obtención fraudulenta de bonificaciones o reducciones en las cuotas de Seguridad Social debe contemplar, a su vez, dos modalidades de conducta: la obtención de la bonificación o reducción mediante falseamiento de las condiciones requeridas y obtención mediante ocultamiento de las condiciones que la hubieren impedido». Si bien, la autora citada realiza un paralelismo con el delito de fraude de subvenciones del art. 350 CP que pudiera ser innecesario, e incluso perturbador, dadas las diferencias esenciales en los mecanismos de otorgamiento de subvenciones públicas, por un lado, y de deducciones y bonificaciones en el orden laboral, por otro.

b) Antes bien, la mención genérica al disfrute indebido de deducciones parece prestar mayor atención a la disminución de recursos que ello provocaría para las arcas de la Seguridad Social. Téngase en cuenta, que la genérica expresión legal «deducciones por cualquier concepto», podría incluso incluir aquellos supuestos de colaboración empresarial con la Seguridad Social, en que el empresario abona determinadas cuantías al trabajador en concepto de prestación asistencial (vgr. por incapacidad laboral transitoria y desempleo parcial.) y, más tarde, se deduce de las cuotas a ingresar con posterioridad la cantidad satisfecha (26).

c) En ningún momento aparece como merecedora de sanción penal, la alteración o frustración de los fines para los que fueron destinadas las aportaciones económicas en forma de deducciones o bonificaciones, verdadero núcleo de un injusto que tuviera por finalidad proteger el perfil financiero de determinado patrimonio público, como efectivamente recoge el n.º 2 del art. 308 NCP (27).

---

(26) En puridad, el supuesto ejemplificado en el texto sería un caso de «compensación» y no de «deducción». En efecto, tanto el *Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social (RD 1.637/1995, de 6 de octubre)*, cuanto la *Orden de 8 de abril de 1992*, distinguen entre «deducción» y «compensación» a realizar en los documentos de cotización. De esta forma, el art. 77 RGR y 84 de la Orden citada, reservan el concepto de «compensación» para los supuestos de cantidades abonadas por los sujetos responsables como consecuencia de su colaboración obligatoria en la gestión de la Seguridad Social; y el de «deducción» para referirse a bonificaciones o reducciones en las cuotas por cualquier concepto. Desde luego, el régimen legal establecido para compensar o deducir en la cuota debida es análogo, exigiéndose, esencialmente, en todo caso la presentación de los documentos de cotización en el plazo reglamentario. No obstante, si se entiende que la rigidez del principio de legalidad penal impide la asimilación entre «compensación» y «deducción», los supuestos de compensación por las prestaciones satisfechas en régimen de colaboración obligatoria, siempre y cuando cumplan los requisitos típicos claro está, deberían ser incriminados como casos de elusión parcial o total de las cuotas debidas. (En el momento de escribir estas líneas existen algunos problemas para determinar con absoluta certeza la normativa aplicable. En efecto, el *RD 1.637/1995, de 6 de octubre, aprueba el nuevo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social*. Lógicamente, a su vez, se deroga el anterior, aprobado por *RD 1.517/1991, de 11 de octubre*. Los problemas surgen con la vigencia de la *OM de 8 de abril de 1992*, que desarrollaba el derogado Reglamento General de Recaudación. El vigente Reglamento General de Recaudación aún no ha sido objeto de desarrollo, por lo que parece que deberá seguir aplicándose la Orden Ministerial citada en todo lo que no contradiga al nuevo Reglamento General de Recaudación. Lo que puede asentarse en una interpretación a «sensu contrario» de la disposición derogatoria única del RGRSS de 1995; donde se afirma que quedan derogadas «...las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en el Reglamento que por este Real Decreto se aprueba».)

(27) Vid. VICENTE MARTÍNEZ, ob. cit., p. 107: «...el disfrute ilícito de bonificaciones o reducciones en las cuotas de Seguridad Social, aparece con posterioridad a la obtención. Una vez obtenida lícitamente la bonificación o reducción el beneficiario de la misma incumple las condiciones a que la concesión venía afectada».

d) Lo coherente, por tanto, a mi juicio, no es realizar un paralelismo con otras figuras penales protectoras del sistema de subvenciones públicas, viendo así en los tipos del art. 307 NCP lo que desde luego no se expresa. Más acertado y respetuoso con el principio de legalidad, independientemente del juicio que nos merezca la opción del legislador penal, será proceder a una interpretación estricta de la conducta reseñada y, entonces, entender que la prohibición penal va dirigida a mantener el nivel de recaudación legalmente establecido.

En conclusión, el art. 307 NCP recoge determinados tipos de injusto encaminados a proteger el sistema de obtención de recursos a través de la recaudación de las cotizaciones empresariales y obreras legalmente debidas de la Seguridad Social. El énfasis en la tutela de la correcta recaudación de cotizaciones, puede verse en la configuración del tipo como de resultado material, exigiendo un detrimento patrimonial de la Seguridad Social en cuantía no inferior a 15 millones de pesetas. Además, no parece responder a otra lógica que la de optimización en la obtención de recursos, la introducción de la, tan prematuramente cuestionada, excusa absolutoria de regularización voluntaria y espontánea de la deuda previamente contraída con la Seguridad Social.

## **2. La cobertura en el ámbito administrativo sancionador: especialmente la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social**

Son varias las razones por las cuales parece preciso realizar, cuando menos, una pequeña incursión por la cobertura jurídico-administrativa que nuestro ordenamiento dispensa al sistema de Seguridad Social. En primer lugar, la vigencia del principio de subsidiariedad penal debería bloquear cualquier iniciativa criminalizadora sin antes agotar todos los mecanismos de protección, sin duda, menos gravosos. No se trata, por tanto, de cubrir las lagunas de protección administrativa mediante el Derecho penal, lo cual no sólo suele suponer un salto en el vacío, sino que normalmente se revelará como una huida hacia el derecho penal inoperante y, en algunos casos, carente de legitimación. Antes bien, deberá partirse del sistema de infracciones y sanciones administrativas, por una parte para homogeneizar los fines esenciales de la tutela, y por otra para salvaguardar el principio de no contradicción valorativa entre las diferentes ramas del ordenamiento jurídico. La eficacia preventiva de la amenaza penal está condicionada a una previa labor de selección de las conductas que pudieran merecer sanción de esa naturaleza, de forma que el delito previsto en el art. 307 NCP muestre un injusto claramente asentado en la especial capacidad lesiva de los comportamientos allí recogidos.

Por otra parte, y en un segundo nivel de análisis, la interpretación correcta del contenido y alcance de los elementos típicos no puede prescindir de la previa fijación de los contornos de las infracciones administrativas. Como tendremos ocasión de observar, son varios los factores que individualizan cualitativamente lo injusto penal, más allá de la mera apelación cuantitativa a la valoración económica (necesariamente superior a 15 millones de pesetas) del perjuicio irrogado al patrimonio de la Seguridad Social.

A las infracciones laborales dedica su Título IV el Estatuto de los trabajadores (28). Si bien, por lo que respecta al sistema de Seguridad Social la norma administrativa básica es, sin duda, la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social (LISOS). Se cuenta así con un texto único que agrupa al catálogo de infracciones y sanciones en el orden social (29). Ciertamente, más allá de los concretos problemas técnicos que pudieran apreciarse, esta ley supone un esfuerzo considerable en la labor de someter esta específica parcela del derecho administrativo sancionador a los principios básicos derivados del art. 25.1 de la Constitución española: legalidad, taxatividad, *non bis in idem*, etc. (30).

Así, siquiera en el nivel de las disposiciones generales cabe apreciar el reconocimiento explícito del principio de legalidad en su art. 1.º: «1. Constituyen infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y

---

(28) Según Texto Refundido aprobado por RDL 1/1995, de 24 de marzo.

(29) La necesaria armonización es resaltada por su Exposición de Motivos: «En el Derecho agrupado bajo la rúbrica genérica de lo Social la normativa sancionatoria venía dispersa en numerosas disposiciones, la mayoría reglamentarias, aprobadas por Decreto o simple Orden Ministerial cuya vigencia se mantiene en principio por considerarse válidas con arreglo al sistema de producción de normas del ordenamiento jurídico preconstitucional. Por el contrario, el Real Decreto 2.347/1985, de 4 de diciembre, que desarrollaba el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores, fue declarado nulo por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de noviembre de 1986, por estimarlo contrario a los principios constitucionales de legalidad y tipicidad, como norma postconstitucional que incumplía el artículo 25.1 de la Constitución. Se plantea, pues, la necesidad de promulgar una norma con rango de ley que desarrolle las infracciones y sanciones administrativas en el orden laboral...». No obstante, promulgadas con posterioridad, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas urgentes de Fomento de la Ocupación, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que modifica la LISOS, y la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (especialmente, sobre infracciones y sanciones, arts. 18 y ss.), y el RD 4/1995, de 13 de enero, que la desarrolla. Sobre el calado de la reforma en materia de infracciones y sanciones, véase, DOLZ LAGO, M.J., «Cambios introducidos en materia de infracciones y sanciones en el orden social por la reforma laboral de 1994», en Tribuna Social, n.º 53, mayo, 1995, pp. 28 y ss.

(30) Véase, GARCÍA BLASCO, J., «Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario de la Ley 8/1988, de 7 de abril», Madrid, 1989; en especial, sobre las que afectan a la Seguridad Social, Vid. GARCÍA BLASCO, «El régimen jurídico de las infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social», en Revista de Seguridad Social, n.º 40, 1988, pp. 41 y ss.

sancionadas en la presente Ley». De la misma forma que la salvaguarda de la prohibición de doble incriminación, administrativa y penal. La vigencia del principio «non bis in idem» queda reflejada en su art. 3.º: «1. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento. 2. De no haberse estimado la existencia de delito la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados. (...)».

Resultaría prolijo y tedioso, amén de excesivamente pretencioso por mi parte, desarrollar todo el sistema de infracciones y sanciones en el orden social. La exposición se ceñirá, en consecuencia, a las relativas a Seguridad Social y, en menor medida, a empleo y prestaciones por desempleo. Con todo, se estrechará más el objeto de estudio y tan sólo merecerán atención las infracciones directamente relacionadas con la materia de prohibición penal (31).

a) *Infracciones derivadas de defectos en los «actos de encuadramiento».*

La relación jurídica de Seguridad Social nace con la perfección de los actos de encuadramiento: inscripción de la empresa, afiliación y alta de trabajadores. Los empresarios, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, solicitarán su inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 99 LGSS). Una vez inscrito, deberá solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio, así como a comunicar dicho ingreso y, en su caso, el cese en la empresa de tales trabajadores para que

---

(31) En general, la LISOS sistematiza el catálogo de infracciones en función de la materia afectada (Seguridad Social, empleo, seguridad e higiene, etc.) y, por su importancia, en leves, graves y muy graves. Las sanciones previstas serán objeto de graduación, pudiendo ser impuestas en grado mínimo, medio o máximo, en función de determinados criterios: «...negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores afectados en su caso, perjuicio causado, cantidad defraudada, como circunstancias que puedan atenuar o agravar la infracción cometida.» (art. 36.1). De conformidad con lo anterior, «...las faltas leves se sancionarán con multa, en su grado mínimo de 5.000 a 10.000 pesetas; en su grado medio, de 10.001 a 25.000 pesetas, y en su grado máximo, de 25.001 a 50.000 pesetas. Las faltas graves se sancionarán con multa, en su grado mínimo, de 50.001 a 100.000 pesetas; en su grado medio, de 100.001 a 250.000 pesetas, y en su grado máximo, de 250.001 a 500.000 pesetas. Las faltas muy graves se sancionarán con multa, en su grado mínimo, de 500.001 a 2.000.000 de pesetas, en su grado medio, de 2.000.001 a 8.000.000 de pesetas; y en su grado máximo, de 8.000.001 a 15.000.000 de pesetas.» (art. 37).

sean dados, respectivamente, de alta y de baja en el Régimen General (art. 100.1 LGSS). Esto es, dado que la afiliación es un acto «único» y válido para toda la vida del trabajador (art. 12 LGSS), la afiliación inicial del trabajador implica su alta, en otro caso, tratándose de trabajador afiliado, deberá dársele de alta, es decir, deberá comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social el ingreso a su servicio.

Pues bien, los defectos en los actos de encuadramiento constituirán infracción grave, por mor de lo establecido en el art. 14.1.1 y 1.2 de la LISOS. En concreto, son infracciones graves: «Iniciar su actividad sin haber solicitado su inscripción en la Seguridad Social, no comunicar la apertura y cese de actividad de los centros de trabajo a efectos de su identificación, y las variaciones de datos u otras obligaciones establecidas reglamentariamente en materia de inscripción de empresas e identificación de centros de trabajo» (art. 14.1.1); y «No solicitar, en tiempo y forma, la afiliación inicial, así como no comunicar en iguales términos el alta de cada trabajador que ingresa a su servicio» (art. 14.1.2.).

Es evidente que la tipificación descrita está dirigida a sancionar, esencialmente, el fraude consistente en la omisión del empresario de dar el alta de sus trabajadores por cuenta ajena. Cabrían todos los supuestos imaginables, desde el más grave de falta de inscripción de la propia empresa, hasta los más leves de las altas y bajas sucesivas de trabajadores que permanecen en activo en la empresa sin solución de continuidad, para eludir algunos días de cotización, así como el supuesto en que se omite el alta en el Régimen de Seguridad Social aplicable pero se curse en otro distinto más beneficioso.

Desde luego, el sistema de infracciones administrativas por defectos en los actos de encuadramiento no es, precisamente, ejemplo de acatamiento del principio de proporcionalidad. El necesario equilibrio, en términos de justicia, entre la intensidad del ilícito y la gravedad de la sanción brilla por su ausencia; y ello, tanto por defecto como por exceso. Calificar tan sólo como infracción grave —con una sanción máxima, por tanto, de 500.000 pesetas— casos de economía sumergida (falta de inscripción de la empresa) resulta poco menos que ridículo. Piénsese que la capacidad lesiva de estos casos es enorme, tanto en lo que puede suponer de violación de los derechos de los trabajadores legalmente reconocidos, cuanto como medio de ocultación de los hechos que generan la obligación de cotizar y, por tanto, como instrumento idóneo para defraudar a la Tesorería General de la Seguridad Social (32). Por otro lado,

---

(32) Prueba de ello, es que ambos supuestos podrían alcanzar relevancia jurídico-penal, bien como delito contra la libertad y seguridad de los trabajadores del art. 311 NCP; bien como delito contra el patrimonio de la Seguridad Social del art. 307 NCP, cuando no por ambos a la vez. Sin contar, además, que estas situaciones de ocultación son la antesala de la comisión de otros delitos, como los referentes a la Hacienda Pública, o a situaciones de insolvencia en fraude de acreedores (esto es, alzamiento de bienes, quiebra fraudulenta, etc.).

y ahora en sentido contrario, equiparar a lo anterior meros defectos de tiempo y forma en la inscripción de empresa, o afiliación o altas y bajas de trabajadores deviene un despropósito (33).

b) *Infracciones derivadas de la falta de cotización.*

Los sujetos obligados a cotizar en el Régimen General de la Seguridad Social serán los trabajadores y los empresarios por cuya cuenta trabajen.

De esta forma, la cotización comprenderá dos aportaciones: de los empresarios y de los trabajadores, si bien por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales la cotización completa correrá a cargo exclusivamente de los empresarios (34).

El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad (35). De forma que descontará a sus trabajadores, en el momento de hacerles efectiva sus retribuciones, la aportación que corresponda a cada uno de ellos. Si no efectuase el descuento en dicho momento no podrá realizarlo con posterioridad, quedando obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo (36).

Las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos que se recauden conjuntamente con aquéllas se ingresarán dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo (art. 74 RGRSS). Los sujetos responsables del pago de las cuotas deberán presentar, ineludiblemente, el documento o documentos de cotización, aunque no ingresen las cuotas correspondientes (art. 76 RGRSS).

---

(33) Muestra de lo dicho en el texto sería, indudablemente, la infracción «grave» recogida en el art. 14.1.3.: «No disponer en el centro de trabajo o no llevar en orden o al día el Libro de Matrícula de Personal o, en su caso, el sistema de documentación cuya utilización hubiera sido autorizada para sustituir dicho libro».

(34) Véase, art. 103 LGSS; sobre bases y tipos de cotización deberá consultarse la normativa contenida en la Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995 (arts. 105 y ss.), y la Orden de 18 de enero de 1995, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial, y formación profesional, contenidas en la Ley de Presupuestos citada.

(35) Véase, art. 104 LGSS; además del obligado al pago, responden del pago de las deudas a la Seguridad Social, según los casos, los responsables solidarios, los responsables subsidiarios y los sucesores «mortis causa» de los sujetos obligados y demás responsables, salvo que lo sean a beneficio de inventario, tal y como se prevé en los arts. 8 y ss. del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social (aprobado por RD 1.637/1995, de 6 de octubre). Huelga decir que estas cláusulas extensivas de la responsabilidad son únicamente válidas en el orden social y administrativo, pues en ningún caso podrían ser compatibles con el principio de responsabilidad personal por el hecho cometido que informa a la normativa penal.

(36) Véase, art. 104.2 LGSS.

La regulación vigente, por tanto, otorga notoria importancia a la presentación de los documentos de cotización, sin duda para proceder a un control administrativo del importe de las deudas y otros datos allí reseñados (37). Así, el porcentaje de recargo por mora derivado de la falta de pago en período voluntario, es incrementado en el supuesto de no presentación de los documentos de cotización (38). Además, la posibilidad de proceder a la deducción y compensación en las cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta de determinadas cantidades reconocidas, se condiciona a la presentación en plazo reglamentario de los documentos de cotización (39). Finalmente, la LISOS, en su art. 14.1.4, considera infracción grave: «No presentar, dentro del plazo reglamentario y para su sellado, los documentos de cotización cuando no se ingresen en tiempo las cuotas de la Seguridad Social, ni se haya solicitado aplazamiento de pago (40)».

Lógicamente, y dando un paso más en la tutela jurídica del Patrimonio de la Seguridad Social, el impago de las cuotas constituye también infracción administrativa. Si bien, mientras el impago de las cuotas empresariales y conceptos de recaudación conjunta da lugar a una infracción grave, la apropiación empresarial de las cuotas retenidas a sus trabajadores configura una infracción muy grave. En efecto, constituye infracción grave, según el art. 14.1.5 de la LISOS: «No ingresar, en la forma y plazo procedente, las cuotas correspondientes, que por todos los conceptos recauda el Sistema de la Seguridad Social, o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una situación extraordinaria de la empresa y no haya efectuado la presentación prevista en el número anterior (se refiere, claro está, a los documentos de cotización)». La naturaleza de la infracción será de muy

---

(37) Como señalan ALONSO OLEA/TORTUERO PLAZA, *«Instituciones...»*, cit., p. 423.

(38) Véanse, arts. 78 y 79 RGRSS. Vid., también, las reformas introducidas por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de orden Social; y el estudio sobre la misma que realiza MAGALLON ORTIN, M., *«Modificaciones en materia de recaudación en el Sistema de Seguridad Social (Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social)»*, en *Tribuna Social*, n.º 53, mayo de 1995, pp. 43 y ss.

(39) Véase, art. 76 RGRSS.

(40) Sobre aplazamiento y fraccionamiento de pago, véanse arts. 40 y ss. RGRSS. Tal y como prescribe el art. 41 RGRSS: «1. Podrán ser objeto de aplazamiento las deudas por cuotas de la Seguridad Social o recargos sobre las mismas, así como aquellas otras deudas con la Seguridad Social cuyo objeto lo constituyan recursos que no tengan la naturaleza jurídica de cuotas. Salvo que la ley disponga lo contrario, los aplazamientos no podrán comprender las cuotas correspondientes a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional ni la aportación de los trabajadores correspondiente a las cuotas aplazadas, relativas a trabajadores por cuenta ajena o asimilados, incluidos en el campo de aplicación de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social. 2. A efectos de aplazamiento se consideran asimiladas a cuotas de la Seguridad Social las de desempleo, formación profesional, Fondo de Garantía Salarial y cuantos recursos se recauden conjuntamente con las cuotas de la Seguridad Social.»

grave, tal y como dispone el art. 15.2 de la LISOS, cuando consista en «...retener indebidamente, no ingresándola dentro del plazo, la parte de cuota de Seguridad Social descontada a sus trabajadores o efectuar descuentos, no ingresándolos, superiores a los legalmente establecidos».

Aún cuando evidentes, no me resisto a señalar las notas diferenciadoras de ambas infracciones:

a) El impago de cuotas empresariales parece configurarse como una modalidad de «elusión». Esto es, impago de la deuda por ocultación de los hechos que dieron lugar a su nacimiento o que impedirían la correcta determinación de la cuantía. Consecuencia, a mi juicio, de la exigencia añadida al impago de la no presentación de los documentos de cotización. A diferencia del no ingreso de la cuota obrera retenida, que merece sanción por el mero incumplimiento de la obligación legal que atañe al empresario.

b) El impago de las cuotas empresariales, no obstante, no deventrará infracción administrativa si obedece a «una situación extraordinaria de la empresa». Dicho elemento negativo de la descripción típica no aparece recogido en el supuesto que tiene por objeto la cuota obrera retenida. La falta de mención expresa de esta especie de estado de necesidad, si bien no lo impedirá totalmente, dificultará su apreciación. Tan sólo a través del cuestionamiento de la presencia de todos los elementos de la infracción podría tener eficacia, esto es, por ejemplo, si la situación de necesidad permitiera afirmar que en realidad no se han producido las retenciones de la cuota obrera, sencillamente, porque la liquidez de la empresa sólo alcanzaba a cubrir el neto de los salarios.

c) Finalmente, y esto va referido tan sólo a la infracción muy grave del art. 15.2 de la LISOS, el precepto recoge dos supuestos claramente diversos. Por una parte, tipifica el incumplimiento del deber legal del empresario de ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social el importe retenido o descontado en concepto de cuota obrera. Por otra, sanciona la directa apropiación de cantidades pertenecientes a sus trabajadores mediante el mecanismo de efectuar descuentos superiores a los legalmente establecidos.

### c) *Infracciones en materia de obtención indebida de deducciones.*

La política de fomento del empleo puede verse seriamente dañada por la obtención fraudulenta o indebida de los recursos destinados a tal fin por la Administración. Por ello, La ley de infracciones y sanciones de orden social tipifica como infracciones muy graves, tanto el disfrute indebido de deducciones, subvenciones o ayudas, cuanto la malversación de los recursos obtenidos por aquellos conceptos. En concreto, el art. 28.3 dispone: «Obtener o disfrutar indebidamente de exenciones, bonificaciones o reducciones en las cuotas de la Seguridad Social, subvenciones,

u otras ayudas de fomento del empleo y formación profesional ocupacional, establecidas para las distintas modalidades de contratación o programas de apoyo a la creación de empleo». Y su n.º 4 reza: «La no aplicación o las desviaciones en la aplicación de las ayudas de fomento del empleo, bonificaciones o subvenciones a la contratación laboral, así como a la formación profesional ocupacional concedidas, financiadas o garantizadas, en todo o en parte, por el Estado» (41).

Por otra parte, con carácter genérico, el art. 15.6 de la LISOS considera infracción muy grave: «Efectuar declaraciones o consignar datos falsos o inexactos en los documentos de cotización que ocasionen deducciones fraudulentas en las cuotas a satisfacer a la Seguridad Social».

Probablemente, en el ámbito administrativo debería optarse por la aplicación de uno u otro precepto en función tanto de la naturaleza específica de la deducción, bonificación, subvención o ayuda indebidamente obtenida o disfrutada, cuanto sobre la base del diferente momento operativo del sistema de concesión de deducciones que se ve atacado por el comportamiento sancionado. En cualquier caso, tendremos ocasión de detenemos en el sistema de deducciones, bonificaciones u otras reducciones en las cuotas de la Seguridad Social cuando abordemos el estudio específico de las diversas modalidades típicas recogidas en el art. 307 NCP.

### **3. La ausencia de tipificación penal expresa y la respuesta jurisprudencial.**

El hecho de que nuestro Código penal no contemplara tipos de injusto directamente encaminados a la protección del Patrimonio de la Seguridad Social, no ha sido óbice para que la jurisprudencia del Tribunal Supremo considerara merecedoras de sanción penal la realización de determinadas conductas que pudieran lesionarlo o, cuando menos, someterlo a un índice de peligro intolerable. Un estudio de la jurisprudencia encaminada a cubrir la laguna legal apuntada, parece necesario para cerrar el capítulo dedicado a los presupuestos justificadores de la intervención penal. Y ello, no sólo para demostrar algo que a estas alturas ya debería resultar evidente, esto es, la insuficiencia de los tipos penales existentes hasta la reforma de 1995 para proteger el patrimonio, función recaudatoria o sistema de obtención de recursos de la Seguridad Social, o más concretamente, de la Tesorería General de la Seguridad Social. Debe confesarse que el análisis de nuestra jurisprudencia oculta pretensiones algo más ambiciosas.

---

(41) Véase el art. 45 de la LISOS, sobre la aplicación de sanciones accesorias a los empresarios por estas infracciones.

En efecto, dos son esencialmente los tipos penales que nuestro Tribunal Supremo ha venido aplicando a las conductas que, de una u otra forma, afectaban a los intereses emanados de la relación jurídica de Seguridad Social: el denominado «delito social» del art. 499 bis y el delito de apropiación indebida del art. 535. Mientras que el primero venía a incriminar, entre otros supuestos, las maniobras empresariales tendentes a privar al trabajador del sistema de cobertura de la Seguridad Social legalmente reconocido, principalmente, mediante la omisión de la realización de los actos preceptivos de «encuadramiento» (inscripción de empresa y afiliación, alta y baja de trabajadores); el delito patrimonial, en cambio, encuentra su ámbito de aplicación en el castigo del incumplimiento empresarial del deber legal de ingresar la cuota obrera de Seguridad Social previamente descontada del salario del trabajador. Pues bien, a dos órdenes diversos pertenecen los interrogantes que se intentarán dilucidar con el análisis jurisprudencial anunciado: 1.º Dado que la falta de inscripción de la empresa o la omisión del alta de los trabajadores irá acompañada de un fraude al patrimonio de la Seguridad Social, en la medida en que se ocultarán los hechos que darían lugar al nacimiento de la deuda o a la concreta determinación de la cuantía de la misma, ¿deberá entenderse que estas conductas forman ahora parte de la materia de prohibición del nuevo delito contra la Seguridad Social del art. 349 bis CP (art. 307 NCP)?, o bien, ¿existirá todavía un ámbito de aplicación del art. 499 bis CP (art. 311 NCP), en la medida en que pudieran lesionar los derechos de los trabajadores derivados de la relación de Seguridad Social, aun cuando los comportamientos punibles resultaran ajenos a los intereses patrimoniales de la Institución?, e incluso, ¿nos encontramos ante ineludibles hipótesis concursales, dado que la conducta afectará, de una u otra forma, a dos bienes jurídicos diversos, el derecho a las condiciones de seguridad social legalmente reconocidas y cuyo titular será el trabajador por cuenta ajena, y el sistema de obtención de recursos a través de la recaudación de las cotizaciones empresariales y obreras legalmente debidas, cuyo titular será, obviamente, la Seguridad Social? 2.º Por otra parte, la elusión del pago de las cuotas de la Seguridad Social como conducta típica incriminada en el art. 349 bis CP (art. 307 NCP), ¿comprende ambas cotizaciones, la empresarial y la obrera, y, en consecuencia, el precepto ejercerá una «vis atractiva» con respecto a los supuestos hasta ahora incriminados a título de apropiación indebida?, o bien, ¿debe entenderse que el legislador tan sólo ha prestado atención a la elusión fraudulenta de las cuotas empresariales y conceptos de recaudación conjunta, y, en consecuencia, el no ingreso de la cuota obrera descontada del salario bruto del trabajador sigue constituyendo un supuesto de apropiación indebida, extramuros, por tanto, a la tutela de los intereses de naturaleza pública que anidan en la positivización del nuevo delito contra la Seguridad Social?

En definitiva, la actuación de nuestros Tribunales ha venido tutelando parcialmente intereses patrimoniales de la Seguridad Social. Sólo el

estudio de sus resoluciones nos dará idea del alcance de la tarea realizada y, lo que es más importante, permitirá asentar una hermenéutica de los nuevos tipos penales incardinada en la realidad en que deberán ser aplicados.

Comencemos, por tanto, con la aplicación jurisprudencial de los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo. Como es sabido, el art. 499 bis CP es producto de la reforma operada por la Ley de 15 de noviembre de 1971 (42). Se pretendía, si hemos de aceptar la bondad de lo reflejado en su Exposición de Motivos, «...la protección penal de las condiciones de trabajo, seguridad social y estabilidad en el empleo frente a las defraudaciones de que, con frecuencia, son objeto los trabajadores...». El precepto que nos ocupa contempla diversas modalidades típicas: a) imposición de condiciones ilegales de trabajo (n.º 1.º); b) alteración de las condiciones de trabajo legales o convenidas (n.º 2.º); c) tráfico ilegal de mano de obra (inciso primero del n.º 3.º); d) migraciones fraudulentas (inciso segundo del n.º 3.º); y e) crisis empresariales fraudulentas (43).

Principalmente, nuestra jurisprudencia ha venido aplicando el núm. 1.º del art. 499 bis CP para castigar los supuestos de falta de inscripción de empresa y afiliación o alta de trabajadores:

---

(42) El texto del art. 499 bis CP es el siguiente: «Será castigado con pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas:

1.º El que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales.

2.º El que por cesión de mano de obra, simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o de cualquier otra forma maliciosa suprima o restrinja los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales.

3.º El que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o intervenga en migraciones laborales fraudulentas; aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador.

El que en caso de crisis de una empresa hiciere ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores incurrirá en las penas previstas en el art. 519 de este Código.

Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueren realizados por personas jurídicas se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieren cometido o que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieren adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa.» Téngase en cuenta la nueva regulación de los delitos contra los derechos de los trabajadores prevista en los arts. 311 a 318 del NCP.

(43) Vid. *STS de 14 de marzo de 1985 (R.J. 1.647)*. Desde un primer momento, nuestra jurisprudencia configura estas infracciones como delitos de explotación, identificando globalmente el bien jurídico tutelado con «...la seguridad jurídica del trabajador en el mantenimiento del empleo y demás condiciones de trabajo». Véanse, las *SsTS de 13 de junio de 1975 (R.J. 2.867)*; *24 de febrero, 23 de marzo y 13 de abril de 1976 (R.J. 776, 1.256 y 1.624)*; *20 de mayo y 28 de junio de 1977 (R.J. 2.375 y 2.965)*; *22 de junio de 1979 (R.J. 2.762)*; *2 de febrero y 30 de abril de 1980 (R.J. 429 y 1.510)*; *18 de mayo de 1981 (R.J. 2.235)* y *15 de octubre de 1982 (R.J. 5.639)*.

«En el núm. 1.º del art. 499 bis del Código penal, se plasma la primera figura, a la que se puede denominar, “Imposición de condiciones ilegales de trabajo” cuyo sujeto activo es el empresario individual o colectivo, y el pasivo, el trabajador por cuenta ajena, la dinámica comisiva, el imponer, a los dichos operarios, coactivamente, o mediante maquinaciones, engaño, artificio, impostura, falacia, mendacidad o cualquier otro procedimiento malicioso, condiciones laborales o de seguridad social inconvenientes o perjudiciales, y el resultado apetecido, la burla o elusión de los derechos reconocidos a los trabajadores en disposiciones legales o convenios colectivos...» (*STS de 16 de noviembre de 1987; RJ. 8.520*).

«Con abuso malicioso de la situación laboral existente, de todos conocida, relativa a la abundancia de jóvenes que carecen de un puesto de trabajo, el procesado contrató al menor sin darle de alta en la Seguridad Social teniéndole en esta situación más de un año. Esto por sí solo constituye el delito del art. 499 bis 1.º del Código Penal, pues supone la imposición al trabajador de unas condiciones laborales perjudiciales en los derechos que la legislación social le reconoce. Así lo entendió la Sentencia de esta Sala de *25 de enero de 1984 (RJ. 410)*, y otra de *26 de mayo de 1982 (RJ. 2.724)* estimó que cometía este delito quien afilió a tres empleados en un régimen de Seguridad Social distinto del que correspondía y que concedía menores derechos.» (*STS de 15 de marzo de 1990; RJ. 2.489*).

«...maquinaciones o procedimientos maliciosos. Cualquiera que sea el alcance de estos conceptos utilizados en la Ley en abstracto, lo cierto es que la imposición mediante engaño de una prestación de servicios sin derecho a seguridad social debe ser considerada un procedimiento malicioso, aunque, es preciso subrayar, este engaño no se debe confundir con el de la estafa. Por el contrario, se refiere al engaño dirigido a hacer creer, al que presta servicios, que cuenta con una protección social de la que en verdad carece, privándole de esta manera de los derechos sociales que le acuerdan las leyes y que, de otra manera, hubiera podido adquirir por sí mismo.» (*STS de 12 de abril de 1991; RJ. 2.489*).

Si bien, no faltan fallos que incardinan tales supuestos en el núm. 2.º del precepto:

«...el recurrente, como empresario en el ramo de la construcción, contrató verbalmente, como albañiles, a varios súbditos marroquíes, de los que, al menos, uno de ellos, carecía de permiso de trabajo, y no los afilió a la Seguridad Social, lo que le permitió despedirlos, también verbalmente, después de varios meses de trabajar a su servicio. El comportamiento típico, previsto en el número 2.º del artículo cuya aplicación se denuncia, consiste en suprimir o restringir por cualquier forma maliciosa la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo legalmente reconocidas. Es, pues, la seguridad y estabilidad en el trabajo el bien jurídico protegido que incontestablemente se vulnera cuando el empresario somete a varios trabajadores a su servicio a una ausencia casi total de derechos laborales y de la seguridad

social, aprovechándose de su anómala situación en España, creando una relación laboral clandestina, procediendo a despedirlos cuando lo ha tenido por conveniente, en forma verbal, como verbal fue su contratación, prescindiendo de darles de alta en la Seguridad Social, impidiéndoles acceder a las correspondientes prestaciones de seguridad.» (STS de 28 de septiembre de 1992).

Varias son las cuestiones que interesa subrayar. En primer lugar, como afirma ARROYO ZAPATERO: «Lo que se castiga es la imposición de condiciones de trabajo o de seguridad social infringiendo las disposiciones legales, o la vulneración de lo dispuesto por el Estado en orden al mercado laboral general» (44). Lo que implica que el bien jurídico protegido debe configurarse en torno a «...las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena» (45), o, en palabras de BAYLOS/TERRADILLOS: «...los derechos del trabajador derivados de las condiciones mínimas generales de trabajo» (46). Parece, pues, reinar acuerdo en doctrina y jurisprudencia en que, de uno u otro modo, asistimos a la tutela de un bien jurídico «...que gira en torno a los derechos propios nacidos de la relación laboral (condiciones de trabajo, sindicación, seguridad social, etc.)» (47). Podrá cuestionarse, y en verdad se ha hecho seriamente (48), la eficacia del precepto penal para proteger los

(44) ARROYO ZAPATERO, L., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores», en Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 15, 1983, p. 357.

(45) ARROYO ZAPATERO, «Los delitos contra los derechos...», cit., p. 358.

(46) BAYLOS, A./TERRADILLOS, J., «Derecho penal del trabajo», Madrid, 1990, p. 69.

(47) CARBONELL/GONZÁLEZ, en VIVES ANTÓN y otros, «Derecho Penal. Parte Especial», Valencia, 1993, p. 788.

(48) Ciertamente, la doctrina penal parece compartir una valoración crítica severa de los delitos recogidos en el art. 499 bis CP, que, en términos generales, no han respondido a las demandas de tutela de los derechos del trabajador en sus relaciones laborales. Sin embargo, en el seno de este trabajo no procede detenerse en el estudio más profundo de las conductas típicas respectivas, ni siquiera en el de las más directamente relacionadas con los derechos de seguridad social; me permito indicar, por ello, al lector interesado una reseña parcial de los estudios especializados, amén de recomendar también, lógicamente, la lectura de los manuales al uso: QUINTERO OLIVARES, «Algunas consideraciones críticas sobre los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo en la Reforma del Código penal de 15 de noviembre de 1971», en RJCat, 1972, pp. 316 y ss.; SÁINZ CANTERO, «En torno a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo», Murcia, 1972; id. «Los delitos laborales cinco años después», en «Estudios penales I», Santiago de Compostela, 1977; BAJO FERNÁNDEZ, «Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo. Consideraciones sobre modalidades de comisión, concurso y consumación», en CPC, n.º 6, 1978; MORILLAS CUEVA, «El problema de la calificación jurídico-penal del incumplimiento empresarial en materia de altas y cotización de la cuota obrera en la Seguridad Social», en Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos, Escuela Social de Granada, vol. VIII-IX, 1979-1980; JOVE JANE/MORALES PRATS, «La protección penal del trabajo ante el debate legislativo», en Revista Técnico-Laboral, n.º 6, 1980, pp. 1 y ss.; GARCÍA MURCIA, «Los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo y su aplicación jurisprudencial», en Revista Española de Derecho del Trabajo,

derechos irrenunciables que le son inherentes al trabajador inmerso en una relación laboral, mas no el dato de que es éste el único *telos* de la conminación penal.

En segundo lugar, y en consecuencia, el art. 499 bis (art. 311 NCP) seguirá siendo aplicable a los supuestos de economía sumergida (omisión de actos de encuadramiento), siempre y cuando pueda demostrarse el daño a los legítimos derechos de los trabajadores derivados de la relación jurídica de seguridad social. En otros términos, que la falta de alta de trabajadores pueda ser constitutiva, si finalmente se eluden las cotizaciones legalmente exigibles, de un delito contra el patrimonio de la Seguridad Social del art. 307 NCP (art. 349 bis CP), no impedirá una posible acumulación de responsabilidad penal por mor de la entrada en juego del delito contra los derechos de los trabajadores. Nos encontramos ante conductas que pudieran lesionar dos bienes jurídicos, y que el hipotético solapamiento valorativo parcial sobre una parte del hecho punible no debería impedir, en su caso, la aplicación del concurso ideal de delitos. Piénsese que, normalmente, estas conductas también podrían colmar las exigencias típicas de los delitos contra la Hacienda Pública, y nunca se ha entendido que razonablemente ello pudiera impedir la aplicación del art. 499 bis. En definitiva, y como no podía ser de otro modo, el Nuevo Código Penal de 1995 mantiene la incriminación de las conductas lesivas de los derechos de seguridad social pertenecientes al trabajador: «Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: 1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual» (art. 311.1.º NCP).

Todo lo cual significa también, por cierto, que el art. 499 bis no ha tutelado nunca los derechos patrimoniales de la Seguridad Social y, por tanto, la inclusión del delito recogido en el art. 307 NCP viene a cubrir una laguna legal acertada y reiteradamente denunciada.

---

n.º 8, oct-dic. 1981; ARROYO ZAPATERO, «*Los delitos contra los derechos...*», cit.; id. «*Derecho Penal del Trabajo*», Madrid, 1990; RODRÍGUEZ RAMOS, «*La protección del orbe laboral en el Proyecto de Código penal*», en *La Ley*, año II, n.º 205, 1981; AYALA GÓMEZ, «*Observaciones críticas sobre el delito social*», en RFDUCM, n.º 6, 1983, pp. 37 y ss.; BUENO ARÚS, «*La protección penal del trabajador...*», cit.; VICENTE MARTÍNEZ, «*Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo*», en PJ, 1988; id. «*La protección penal del trabajo...*», cit.; BAYLOS/TERRADILLOS, «*Derecho penal del trabajo*», cit.; TERRADILLOS BASOCO, «*Los delitos laborales en el Anteproyecto de Código penal*», en «*Homenaje a Del Rosal*», 1993; id., «*Derecho penal de la empresa*», Madrid, 1995, pp. 95 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «*Crisis de una empresa y alzamiento laboral de bienes: a propósito del art. 499 bis, penúltimo párrafo, del CP*», en PJ, n.º 34, junio de 1994, pp. 321 y ss.; SANCHO CERDA, «*Algunas consideraciones sobre el artículo 499 bis del Código Penal*», en *Tribuna Social*, n.º 53, mayo de 1995, pp. 54 y ss.

Como se recordará, el patrimonio de la Seguridad Social ha venido siendo objeto de protección penal a través de una homogénea y constante línea jurisprudencial, que entendía aplicable al supuesto de no ingreso por el empresario de la cuota obrera en la Tesorería General de la Seguridad Social (con anterioridad, el órgano recaudador era el Instituto Nacional de Previsión) el delito de apropiación indebida. Ciertamente, a lo largo de casi tres décadas, e independientemente de su práctica unanimidad, la doctrina jurisprudencial no ha dejado de suscitar polémica. Probablemente, el fenómeno era inevitable y, desde luego, no aislado. Responde a la tensión dialéctica entre cambio social y necesidad de reforma penal.

En efecto, nos encontramos ante la utilización de un clásico delito patrimonial para colmar lo que se entienden por lagunas de punibilidad en el ámbito de la delincuencia económica. No es de extrañar, por tanto, que la punición de conductas que lesionan intereses económicos colectivos, en el sentido de generales o «difundidos», a través de un tipo penal pensado para la tutela de una parte integrante del patrimonio individual, encuentre escollos ya en el propio e insoslayable principio de legalidad penal. En otros términos, no parece exenta de dificultades la tarea de acomodar el incumplimiento de la obligación legal del empresario de, una vez detraída, ingresar la cuota obrera de la Seguridad Social, a la descripción típica contenida en el art. 535 del CP: «...apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos...». En cierto sentido, quizás por ello, la primera reacción de la jurisprudencia fue negar la tipicidad de la conducta, precisamente, por observarse la ausencia de los elementos típicos esenciales de la apropiación indebida: la «recepción» y la «apropiación» o «distracción» del dinero:

Las cantidades retenidas del salario del trabajador «...no formaron parte en ningún momento de otro patrimonio de donde salieron para serle entregadas a él —empresario— por título alguno que determinase *ab initio* su obligación de devolverlas a aquéllos a quienes se refería la retención, sino que constituían la porción correspondiente a sus obreros de los salarios de éstos (...) y su falta de ingreso no supone un incremento patrimonial de su haber de patrono, sino una infracción de sus deberes de contribuyente» (STS de 26 de marzo de 1955; RJ. 607).

Sin embargo, como es sabido, a partir de la STS de 30 de octubre de 1971 se impone la calificación diametralmente opuesta:

«...desde el momento en que el encargado pagaba el salario de sus productores, se producía un desplazamiento patrimonial de su importe, que se desintegraba del empresarial, para insertarse en el de los respectivos obreros, de tal forma que la retención que realizaba de parte



cripción ideal *ex iure domine*, ya que, como es claro, en nuestro Derecho, la *traditio* puede no ser material, hallándose admitidas la instrumental o simbólica y la convencional, bajo las dos modalidades de *brevi manus* y *constitutum possessorium*, cuyo último supuesto es el de autos, en el que el empresario ya se hallaba en posesión del dinero a título de dueño y en virtud de la retención se transforma el título posesorio ya que de poseedor a título de dueño pasa a ser poseedor de cosa ajena, pues en los dos indicados supuestos de *brevi manu* y *constitutum*, no hay desplazamiento material del *corpus possessionis*, sino que por un acto de voluntad o por disposición legal, cambia de signo el título en virtud del cual se posee, (...), siendo de observar que cuando se trate de dinero, dado el carácter de cosa fungible, la posesión, salvo excepciones, recae sobre un valor y no sobre cosa material concreta y tangible» (STS de 1 de marzo de 1980; RJ. 914).

«Ciertamente es que una reiteradísima doctrina jurisprudencial de esta Sala ha venido declarando que pueden residenciarse en el tipo delictivo de la apropiación indebida aquellos supuestos en que, producidas las retenciones correspondientes a pagos fiscales o de Seguridad Social no se haga efectivo su ingreso en los organismos correspondientes, con base (lo que ciertamente no parece compadecerse estrictamente con las exigencias de taxatividad de los tipos penales y de vedada analogía en contra del reo) en la estimación de que existe la figura jurídico-civil del «*constitutum possessorium*»; no es menos cierto que esta misma doctrina ha matizado su aparente generalidad al señalar que ello ocurre cuando «la efectiva continuidad de la relación laboral revela la efectiva disponibilidad de las cuotas» —S. de 7 de octubre de 1987 (RJ. 7.245)—, indicando que «exige para que se dé el delito de apropiación indebida, la efectiva disponibilidad de tales cuotas por el empresario en cuanto éste paga al obrero su salario, pero retiene una parte para darle el destino social o fiscal de que se trata, pues en tal caso puede decirse que la retención de la posesión, con correlativo traslado al trabajador de su cuota, es real y no ficticia, pero si la empresa perdió capacidad del pago debido a sus obreros, entonces no puede haber retención de lo que no podía entregarse y se estaría en una ficción jurídica o en una aplicación por analogía contraria a los postulados del derecho penal.» (STS de 15 de enero de 1991; RJ. 93; en idéntico sentido, SS. de 23 de junio de 1980, 7 de julio de 1984, 20 de diciembre de 1985, 1 de febrero de 1989, entre otras).

La doctrina, por su parte, se halla claramente dividida. Si bien, debe añadirse que se comparte la idea de que la solución óptima vendría de la mano de una reforma legislativa. En efecto, un sector de penalistas (más extendido entre los juristas ajenos a nuestra disciplina) no encuentra obstáculos insalvables a la calificación típica efectuada por nuestro Tribunal Supremo. Las razones que avalarían la bondad de los argumentos jurisprudenciales irían desde la necesidad de proceder a una interpretación

de los tipos penales acorde con la compleja realidad socioeconómica en que deben ser aplicados (50), hasta una llamada, con tintes de desesperación, a la intervención penal como mal menor, ante una situación que exigiría de forma irrenunciable las más graves sanciones de que dispone nuestro Ordenamiento Jurídico (51).

Por otro lado, no es menos evidente la existencia de un nutrido grupo de penalistas frontalmente en desacuerdo con la calificación típica a título de apropiación indebida. Las críticas se dirigen directamente a la línea de flotación de la exégesis jurisprudencial y, a mi juicio, ni han sido debidamente contestadas ni, desde luego, superadas.

De esta forma, se comienza por cuestionar la propia existencia de la «recepción» del dinero por parte del empresario. Desde una interpretación gramatical de los términos legales, se entiende que el tipo exige la recepción material de la cosa mueble o dinero. Su sustitución por una ficción jurídica, en el sentido de que cuando el empresario paga el salario y detrae la cuota obrera ésta es propiedad del trabajador y que tan sólo en calidad de depositario permanece en manos del empresario, amén de difícilmente explicable, roza la analogía prohibida (52). No se ve el momento en que el trabajador adquiere la titularidad y posesión del dinero, pues en ningún instante ha tenido disponibilidad sobre el mismo (53), y, por tanto, no se explica suficientemente cómo puede utilizarse la figura de entrega espiritualizada de la «constitutum possessorium». Especialmente acertada me parece la crítica de MARTÍNEZ PÉREZ, cuando denuncia la fragilidad de la argumentación jurisprudencial utilizando como ejemplo los supuestos de no punibilidad cuando se declara la absoluta insolvencia del empresario. En efecto, como hemos visto, nuestro

---

(50) Vid. ARROYO ZAPATERO, «Manual de Derecho penal del Trabajo», cit., pp. 52-53.

(51) Una encendida defensa de la aplicabilidad del delito patrimonial puede verse en VICENTE MARTÍNEZ, «Delitos contra...», cit., pp. 117 y ss.; llegando a afirmar en la p. 163: «No cabe duda de que en la conducta del empresario concurren los elementos indispensables para incluirla en el delito de apropiación indebida y que es mejor castigar al empresario como autor de un delito de apropiación indebida que dejar su conducta impune.» Evidentemente, los términos en que se expresa la autora que nos ocupa no pueden ser compartidos, pues nunca un Derecho penal sometido al principio de legalidad y regido por las máximas de mínima intervención y *última ratio* podría tolerar una intervención penal ajena a la letra de la ley. En honor a la verdad, debe reconocerse que el paso de los años parece haber atemperado la firmeza de las afirmaciones transcritas; véase, VICENTE MARTÍNEZ, «Protección penal del trabajo...», cit., p. 104; abogan también por la tipicidad a título de apropiación indebida, BAYLOS/TERRADILLOS, «Derecho penal del trabajo», cit., pp. 170 y ss.; excéptico, TERRADILLOS BASOCO, «Derecho penal de la empresa», cit., pp. 129 y ss.

(52) En este sentido, MARTÍNEZ PÉREZ, «Apropiación de la cuota obrera de la seguridad social y apropiación de las cantidades retenidas en el IRPF», en Estudios Penales y Criminológicos, n.º IX, Santiago de Compostela, 1985, pp. 85 y ss.

(53) En este sentido, CASTIÑEIRA PALOU, «El impago a la Seguridad Social de las cuotas retenidas a los trabajadores como delito de apropiación indebida», ADPCP, 1985, p. 610.

Tribunal Supremo ha negado la existencia del delito cuando el empresario carece de medios de pago, pues no parece posible apropiarse de algo inexistente. Y, sin embargo, la solución es incoherente con la afirmación del delito en supuestos de solvencia. En otras palabras, si se utiliza la ficción jurídica para afirmar la recepción del dinero en los supuestos de liquidez de la empresa, y por tanto se dice que cuando el empresario paga el salario y detrae la cuota obrera de la Seguridad Social ésta pasa a ser propiedad del trabajador que la deposita en manos del empresario mediante la ficción contable reflejada en las hojas de salario, no veo razones para negar esa misma existencia «espiritual» del dinero en caso de insolvencia. También en este último caso se pagan los sueldos y «teóricamente» (tan «teóricamente» como en los casos de solvencia) se detrae y por tanto se recibe la cantidad correspondiente a la cuota obrera. En consecuencia, negar la tipicidad ante la ausencia de recursos económicos de la empresa tan sólo denota el reconocimiento de que el derecho penal debe operar sobre la realidad existente, y no sobre ficciones jurídicas. Y, por tanto, significa admitir que el dinero destinado a la Tesorería General de la Seguridad Social siempre ha estado en manos del empresario, de forma que su absoluta insolvencia convierte en imposible el cumplimiento de su obligación legal de ingresar las cuotas obreras. Si basta para afirmar el delito en casos de solvencia la ficción contable reflejada en las nóminas de los trabajadores, lo mismo debería servir para los casos de insolvencia donde, no obstante, se pagan los salarios netos; y si no basta esa ficción contable ante la iliquidez empresarial porque se refleja la real ausencia del objeto material del delito, tampoco bastará en supuestos de liquidez. En palabras del autor citado: «...lo cierto es que en la hipótesis de absoluta insolvencia del empresario la calificación de apropiación indebida parece que resulta todavía más forzada y chocante que en los -normales- casos de solvencia. En realidad, sin embargo, el supuesto es el mismo; lo que ocurre es que su enunciación permite recordar con claridad algo muy importante y que patentiza la debilidad de la sutil reflexión del Tribunal Supremo, a saber, que las cuotas obreras no son *entregadas* al empresario por los trabajadores, sino que su importe estuvo siempre en manos del empresario, o, dicho de otra forma, que el empresario nunca *recibió* nada de los trabajadores y, por ende, las cuotas obreras que deben ingresarse en la Tesorería de la Seguridad Social salen siempre del propio activo de la empresa» (54).

Por otra parte, también se ha negado la existencia de un título válido por el que se posea el dinero, a efectos del delito de apropiación indebida. Se sostiene, que el dinero nunca ha dejado de ser propiedad del empresario, y que lo que nace «...en el momento de la retención es una

---

(54) MARTÍNEZ PÉREZ, «Apropiación de la cuota obrera...», cit., pp. 102-103.

obligación de pago que no difiere de las demás deudas más que en las excepcionales garantías establecidas para su cumplimiento: Recargos para los ingresos fuera de plazo y recaudación en vía ejecutiva» (55). En definitiva, si el empresario no pierde la propiedad del dinero no puede cometer el delito de apropiación indebida, lo que sí puede hacer es incumplir la obligación impuesta por ley de ingresar en la Tesorería General las cuotas obreras, deber legal que nace, precisamente, en el momento del descuento contable de las mismas.

Recientemente, desde el cuerpo de letrados de la Administración de la Seguridad Social, se ha terciado en el debate, mediante la publicación por uno de sus miembros de un trabajo titulado: «El delito de apropiación indebida de la cuota obrera de la Seguridad Social». Como es evidente, MARTINEZ LUCAS sostiene aquí la aplicabilidad del ilícito penal patrimonial. Las dos grandes cuestiones planteadas por la doctrina penal, la recepción del dinero y el título idóneo, no parecen insalvables a su juicio.

En efecto, por lo que respecta a la recepción entiende que la normativa vigente referente al deber de cotizar avala su existencia. Primero, porque la deuda de la cuota obrera es inaplazable; segundo, por la posibilidad de que goza el empresario ante situaciones de iliquidez de ingresar exclusivamente la cuota obrera; tercero, y finalmente, por la existencia de una prohibición de establecer cláusulas que supusieran una subrogación de la empresa en las deudas de cotización del trabajador (56). Todo ello, sin embargo, con ser cierto, tan sólo demuestra la existencia de un especial control administrativo sobre el deber del empresario de ingresar la cuota del trabajador. Mas, el hecho de que el dinero es recibido por el empresario en el preciso momento en que realiza el descuento en la nómina del trabajador sigue sin estar suficientemente explicado. En otros términos, la argumentación que se desarrolla no puede prescindir de asentar el traslado del objeto material del delito en una ficción jurídico-contable. El hecho de que el mecanismo legalmente impuesto sea el más razonable en aras a una simplificación administrativa, operatividad y economía de gasto, nada añade ni quita a la realidad sustancial: el empresario cumple el deber de ingresar la cuota obrera con su activo patrimonial.

Por lo que respecta al título idóneo para afirmar la tipicidad de la apropiación indebida, desarrolla el autor que nos ocupa una argumentación notablemente sugerente, si bien, a mi juicio, debería haberle llevado a conclusiones diametralmente diversas. Se parte de la dificultad de aplicar las instituciones del Derecho privado a la relación jurídica de Seguridad Social, definida como de derecho necesario e indisponible por los particulares. En este sentido, se rechaza la configuración del título

---

(55) CASTIÑEIRA, «*El impago...*», cit., p. 608.

(56) MARTÍNEZ LUCAS, «*El delito de apropiación...*», cit., pp. 32-33.

realizada por nuestra jurisprudencia: «Tanto si se trata de un depósito como de un mandato o de un encargo, sería la voluntad del trabajador que en base a estos títulos transmite la propiedad del dinero al empresario. (...). Sin embargo, el trabajador no realiza un depósito voluntariamente ni un encargo o mandato voluntario que debe realizar el empresario, ya que de haber voluntariedad, se podría ingresar por el mismo trabajador su aportación o por persona distinta de su empresario» (57). A su juicio, y entiendo que le asiste la razón, «estamos ante una relación jurídica obligacional *sui generis* por las características antes señaladas, que es la obligación de cotizar. De manera que el título que produce esta doble obligación empresarial es la obligación de cotizar y el mecanismo de la «retención a cuenta de cualquier tributo» previsto legalmente (58).

Todo ello, sin embargo, no hace más que sembrar serias dudas sobre la aplicabilidad del delito de apropiación indebida. En efecto, si llegamos a la conclusión de que la conducta del empresario se resume en el incumplimiento de un deber legal de cotizar; si entendemos que en tal deber subyace la pretensión de tutelar intereses públicos indisponibles, cuales son la función recaudatoria o patrimonio de la Seguridad Social; si en definitiva, no nos encontramos ante la violación de los deberes de confianza y lealtad inherentes al depósito o administración patrimonial dimanantes de una relación jurídico-privada (59), la conclusión que debería desprenderse nunca podría ser la de la aplicabilidad de un clásico delito patrimonial como el de apropiación indebida. De otra forma, difícil sería negar la desnaturalización de la figura delictiva utilizada para reforzar, mediante la amenaza de la sanción penal, el

---

(57) MARTÍNEZ LUCAS, ob. cit., p. 35.

(58) MARTÍNEZ LUCAS, ob. cit., p. 36.

(59) Como prueba el carácter indisponible del derecho que regula la relación jurídica de Seguridad Social, y la imposibilidad de que el trabajador se configure como sujeto pasivo del delito. En efecto, titular del objeto jurídico de tutela, y por tanto sujeto pasivo del delito, es la Seguridad Social. Si bien es cierto que el trabajador pudiera resultar —aunque difícilmente— relativamente afectado, con relación a las prestaciones no regidas por el principio de automaticidad absoluta, no parece que estas consecuencias colaterales derivadas de la acción típica puedan considerarse el resultado del delito. Dogmáticamente, porque ello significaría configurar un resultado del delito en gran parte ajeno a la conducta típica, con lo que no parecería posible afirmar la imputación objetiva ni la imputación subjetiva, pues, sin duda, el dolo del autor no irá referido a las posibles, inciertas e hipotéticas perturbaciones que pudiera sufrir el trabajador, sino a la apropiación del dinero y consiguiente incumplimiento de la obligación de cotizar. Por lo demás, que el trabajador fuera perjudicado del delito implicaría establecer una relación entre cotización y prestación de carácter contractual, lo que no se ajusta a la realidad. Siendo así que, como ha subrayado la *STC de 30 de marzo de 1992*, responde a una «naturaleza global, dominada por el principio de unidad, que no consiente en principio la fragmentación proporcional y particularizada de las contingencias que cubre, ni permite, por consiguiente, hablar de fracción de cuota correspondiente a la asistencia sanitaria o a cualquier otra prestación».

cumplimiento de deberes administrativos en el seno de las relaciones de Seguridad Social (60).

Si se entiende, como creo sería correcto, que los especiales deberes de cotización que recaen sobre el empresario merecen una tutela jurídico-penal que trascienda la mera protección administrativa, lo coherente es proponer la creación de un tipo penal, que configure el objeto de prohibición de forma que se criminalicen aquellas conductas que lesionen el patrimonio de la Seguridad Social de forma especialmente intolerable, y no proceder a una perversa interpretación de los términos legales del delito de apropiación indebida que, en cualquier caso, y por todo lo expuesto, jamás podrá despejar totalmente las dudas sobre la hipotética infracción de las garantías derivadas del principio de legalidad penal.

### III. LOS NUEVOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

#### 1. Las conductas punibles.

La definición de las conductas punibles se halla en el art. 307.1 NCP: El que, por acción u omisión, defraudare a la Seguridad Social para eludir el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obtener indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutar de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida y con ánimo fraudulento, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de quince millones de pesetas será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.»

Aún cuando en todas las modalidades típicas aparezca claramente la finalidad de tutelar la función recaudatoria de la Seguridad Social, ejercida a través de su Tesorería General, parece oportuno proceder a un estudio separado de los distintos supuestos. Por una parte, la elusión de las cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, por otra, la obtención indebida de devoluciones, y, finalmente, el disfrute, igualmente indebido, de deducciones.

---

(60) Ya advertía sobre el riesgo de privatización del bien jurídico tutelado si se acudía a la tipificación por apropiación indebida, QUINTERO OLIVARES, «*Delitos contra intereses generales o derechos sociales*», RFDUCM, n.º 6, Madrid, 1983, p. 578; en el mismo sentido, JOVE/MORALES, «*La protección penal del trabajo...*», cit., p. 30.

1.1. *La elusión del pago de las cuotas de Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta. Diferentes supuestos:*

1.1.1. EL INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL DEL DEBER DE INGRESAR LA CUOTA OBRERA.

De una primera lectura del precepto, resulta evidente que la cuestión de mayor importancia, o quizás mejor con mayor relevancia práctica, sea la criminalización de la elusión del pago de las cuotas empresariales. Hecho que, hasta ese momento, tan sólo merecía reproche en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Sin embargo, probablemente, el primer reto a que deba enfrentarse el intérprete sea el propio alcance del tipo penal. En efecto, la letra de la ley puede sembrar dudas sobre la inclusión del impago de la cuota obrera como objeto de prohibición de la norma penal que nos ocupa. Desde luego, la expresión utilizada por el art. 307 NCP, «cuotas», incluye conceptualmente tanto las referidas al trabajador como aquéllas en que el obligado es el empresario. Desde la sólo interpretación gramatical de los términos legales habría pocas dudas: el tipo incluye tanto la elusión de la cuota empresarial, cuanto la elusión de la cuota obrera.

Sin embargo, tengo la impresión de que no poco va a pesar la existencia de una doctrina jurisprudencial consolidada, que ha venido aplicando a estos supuestos el delito de apropiación indebida. Si a ello le sumamos la ausencia de mención explícita en la definición legal, y otros argumentos, sin duda importantes, que ahora veremos, la polémica está servida.

Hasta este momento, tan sólo contamos con la opinión de MUÑOZ CONDE: «De entender que ahora se incluye en el art. 349 bis, el comportamiento se habría privilegiado hasta unos límites increíbles con respecto a la situación anterior, sobre todo si se tienen en cuenta los requisitos adicionales que exige el art. 349 bis para su aplicación. Sin embargo, y a diferencia de lo que se dice expresamente en el art. 349, el art. 349 bis no menciona esta conducta, con lo que habrá que pensar que el legislador no ha querido cambiar la situación actualmente vigente, es decir, considerar que este hecho constituye el delito de apropiación indebida previsto en el art. 535 Código penal.» (61)

No le falta razón al profesor de Sevilla y, desde luego, entender todavía aplicable el delito de apropiación indebida a estos supuestos es una de las alternativas posibles. Incluso, podrían aducirse todavía más argumentos a favor de la citada tesis. Por ejemplo, el hecho de que cuando el pre-legislador ha querido criminalizar específicamente estos supuestos así lo ha manifestado. En este sentido, el art. 359 del PrCP

---

(61) MUÑOZ CONDE, P.E., cit., p. 880.

de 1980: «El empresario que, habiendo efectuado el descuento de la parte de cuotas de Seguridad Social que corresponden a las aportaciones de los trabajadores, no las ingresare dentro del plazo establecido, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, teniendo en cuenta para su fijación el importe de las mencionadas cuotas.» (62).

A mi juicio, sin embargo, no es posible compartir la conclusión apuntada. Antes bien, entiendo que la elusión del pago de las cuotas de la Seguridad Social incluye, también, el impago de las cantidades correspondientes a la cuota obrera. Nos encontramos, por tanto, ante una modalidad más del delito contra el patrimonio de la Seguridad Social. Los argumentos que entiendo convincentes serían los siguientes:

*Primero:* Como no podía ser de otro modo, la letra de la ley, aún cuando no de manera exclusiva ni definitiva, se erige en el primer argumento. No existe razón alguna para excluir del término «cuotas» las referidas al trabajador. Basta con acudir a la normativa de Seguridad Social aplicable: la cotización comprenderá dos aportaciones, de los empresarios y de los trabajadores (art. 103 LGSS). Son también cuotas las aportaciones correspondientes a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, si bien éstas correrán a cargo exclusivamente del empresario; incluso, a efectos de aplazamiento se consideran asimiladas a cuotas de la Seguridad Social las de Desempleo, Formación Profesional, Fondo de Garantía Salarial y cuantos recursos se recauden conjuntamente. Es evidente que el art. 307 NCP (art. 349 bis CP) no proporciona al intérprete la absoluta configuración del hecho punible. Ya se entienda que nos encontramos ante una figura típica preñada de elementos normativos, o ante una ley penal en blanco, lo cierto es que el significado último de la descripción, esto es, la materia prohibida, requiere el complemento indispensable de la ley extrapenal. Sinceramente, no veo cómo, con la normativa aplicable a las relaciones de Seguridad Social, podría excluirse del objeto material del delito las cotizaciones obreras.

*Segundo:* Es cierto que el tipo penal no hace mención expresa de la cuota obrera; mas no es menos cierto que tampoco se refiere taxativamente a la de carácter empresarial, ni a las aportaciones por accidentes

---

(62) Sobre este precepto puede consultarse la siguiente bibliografía: STAMPA BRAUM/BACIGALUPO ZAPATER, «La reforma del derecho penal económico español», en «El Proyecto de Código penal», 1980, pp. 143 y ss.; MUÑOZ CONDE, «La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de LOCP 1980», CPCr., n.º 16, 1982, pp. 107 y ss., especialmente, p. 120; RUIZ VADILLO, «Proyecto de Ley Orgánica del CP», en Cuadernos de Documentación, n.º 13, pp. 65 y ss.; JOVE/MORALES, «La protección penal del trabajo...», cit., p. 30-31; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, «La apropiación indebida de la cuota obrera de la Seguridad Social: un delito invisible?», en «La protección penal de los derechos de los trabajadores», Santiago de Compostela, 1985, pp. 89 y ss.; VICENTE MARTÍNEZ, «Delitos contra la Seguridad Social»; cit., pp. 158 y ss.

de trabajo y enfermedad profesional, y es obvio que todas estas aportaciones, o mejor dicho, su elusión por cuantía superior a 15.000.000 de pesetas, integran el objeto de la prohibición.

*Tercero:* Es cierto que el PrCP de 1980 previó expresamente la criminalización de la elusión de la cuota obrera; mas no es menos cierto que cuando el pre-legislador optó por relegar al delito de apropiación indebida el castigo de estos supuestos lo expresó con claridad, ciñendo al exclusivo impago de *cuotas «empresariales»* la conducta prohibida. Así, el art. 291 PANCP de 1983: «El que mediante cualquier ardid defraudare a la Seguridad Social eludiendo el pago total o parcial de las *cotizaciones empresariales* debidas a aquélla en cuantía igual o superior a dos millones de pesetas en los doce meses inmediatamente anteriores.» (63) El delito contra la Seguridad Social introducido por la Reforma de 1995 no menciona la cuota obrera, mas tampoco ciñe el tipo a las cotizaciones empresariales; se refiere claramente a las cuotas debidas a la Seguridad Social. Desde esta perspectiva argumental, por tanto, también debe llegarse a la conclusión de que el incumplimiento empresarial del deber de ingreso de la cuota obrera, supone la elusión de «cuotas» de la Seguridad Social prevista y penada en el art. 307 NCP (art. 349 bis CP).

*Cuarto:* Como hemos tenido ocasión de observar, el argumento central para entender aplicable el delito de apropiación indebida sería una interpretación sistemática y comparativa con el delito tributario del art. 349 CP (art. 305 NCP). La nueva redacción dada al delito fiscal por la LO 6/1995, de 29 de junio (la misma, recuérdese, que ha introducido el nuevo delito contra la Seguridad Social) contempla y criminaliza expresamente la elusión del pago de «*cantidades retenidas o que se hubieran debido retener*». En la medida en que buena parte de nuestra jurisprudencia aplicaba a estos casos, también, el delito de apropiación indebida, la conclusión es clara: el legislador se ha pronunciado expresa e inequívocamente por su tipificación como fraude fiscal; sin embargo, en el delito contra la Seguridad Social no se mencionan las cantidades detraídas al trabajador en el momento del pago del salario por parte del empresario, lo que significaría que su falta de ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social no está contemplada en el delito del art. 349 bis (art. 307 NCP). El argumento, con ser importante, puede ser rebatido. En primer lugar, deberían delimitarse claramente ambos su-

---

(63) Sobre este precepto puede consultarse la siguiente bibliografía: QUINTERO OLIVARES, «*Delitos contra intereses generales o derechos sociales*», RFDUCM, n.º 6, Madrid, 1983, pp. 569 y ss.; AYALA GÓMEZ, «Observaciones críticas sobre el delito social», en RFDUCM, n.º 6, 1983, pp. 37 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, «*Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código penal*», RFDUCM, n.º 6, 1983, pp. 49 y ss., especialmente, p. 73; MORILLAS CUEVA, «*Los delitos laborales*», en Documentación Jurídica, n.º 37/40, vol. 2, 1983, pp. 819 y ss., especialmente, pp. 842 y ss.; BUENO ARÚS, «*La protección penal del trabajador...*», cit, pp. 629-631; VICENTE MARTÍNEZ, «*Delitos contra la Seguridad Social*», cit., pp. 160-162.

puestos. En el delito fiscal existía un problema de autoría, en el sentido de que autor del delito tan sólo podía ser el deudor tributario, entendiéndose, por lo menos por algunos, que el retenedor no estaba obligado directamente a satisfacer el impuesto, esto es, no se trataba de un sustituto tributario y, en consecuencia, no se daban en él las condiciones de autoría exigidas en el tipo penal. La cuestión en el fraude a la Seguridad Social era bien distinta. No existía delito alguno que castigara la elusión de cuotas de Seguridad Social; por tanto, el problema no era la inidoneidad del empresario retenedor para cumplir las exigencias típicas, sino que simplemente se trataba de, ante lo que se entendía una laguna legal, aplicar un tipo penal patrimonial que pudiera colmarla. Una vez creado el delito contra la Seguridad Social, mediante la tipificación de las conductas de elusión del pago de sus cuotas, el problema de imputación no existe. Pues, es bien claro que el único obligado al ingreso de las cotizaciones es el empresario, en ningún caso podrá el trabajador realizar la conducta prohibida. En otros términos, la ley ha optado por tutelar la función recaudatoria de la Seguridad Social imponiendo deberes penales al único que, en la fase de recaudación, puede lesionarla: el empresario. Para lo que bastará, lógicamente, con que no ingrese toda o parte de la deuda.

*Quinto:* Uno de los supuestos que más claramente resultarán criminalizados por el delito del art. 307 NCP (art. 349 bis CP), será el desarrollado en el seno de la economía sumergida. En efecto, la ausencia de los actos de encuadramiento (inscripción, afiliación y alta de trabajadores) dejará a los órganos recaudatorios en situación de desconocimiento de los hechos que fundamentan el nacimiento y cuantía de la deuda. En estos supuestos, por su propia opacidad, el empresario ni siquiera efectúa las retenciones, se limita a pagar una cantidad neta en concepto de salario. Si entendemos que tan sólo la elusión de la cuota empresarial constituye delito contra la Seguridad Social, el fraude de la cuota obrera sería impune; pues, tampoco cabría apropiación indebida de cantidades que no se han retenido. En cambio, sí sería punible —por apropiación indebida— el caso de impago de cuota obrera en supuestos en que el empresario cumple fielmente, y sin ningún tipo de ocultación en el desarrollo de su actividad, los deberes de encuadramiento. El dislate valorativo y la perversión de las finalidades político-criminales perseguidas por el tipo penal son evidentes. La situación sería absurda, pues el perjudicado es la Seguridad Social y no el trabajador, y sin duda puede afirmarse un mayor desvalor de acción en la conducta desarrollada en el seno de la economía sumergida que en el de la transparente. Lo que el tipo penal pretende evitar es la elusión del pago de cuotas debidas en cuantía superior a 15.000.000 de pesetas, correspondan éstas al porcentaje del trabajador, del empresario, de las primas por accidentes laborales o enfermedad profesional, o por otros conceptos de recaudación conjunta. Tan sólo desde una visión patrimonialista del delito contra la Seguridad Social, cautiva de la inercia jurisprudencial existente hasta

ahora, puede negarse la aplicación del art. 307 NCP (art. 349 bis CP) al incumplimiento de ingreso de las cuotas del trabajador. Hasta tal punto los deberes que se proyectan sobre el empresario son idénticos, se trate de su cotización o de la de sus trabajadores, que si no efectuase el descuento en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones no podría realizarlo con posterioridad, «*quedando obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo*» (art. 104 LGSS). Es el incumplimiento de este deber de ingreso el que se penaliza, claro está si va acompañado del resto de elementos típicos exigidos, se hayan o no retenido las cuotas obreras, y se realice o no en el seno de actividades empresariales sumergidas u opacas. En definitiva, el diverso y valorativamente inaceptable tratamiento del impago de la cuota obrera en función de que estemos ante empresas legalmente constituidas o no, o, si se quiere, de que se haya efectuado o no la retención correspondiente, deriva del erróneo entendimiento de que el delito aplicable es el de apropiación indebida.

*Sexto:* Desde un punto de vista operativo, la limitación al impago de cuota empresarial del injusto merecedor de pena en el art. 307 NCP (art. 349-bis CP), esto es, la segregación de la elusión de la cuota obrera de la materia prohibida, carece de sentido. La exigencia típica de fraude, o si se quiere de maniobras de ocultamiento, en la elusión de las cuotas hace imposible la relevancia penal del sólo impago de la cotización empresarial. Pues, el pago de la cuota obrera requiere la previa presentación de los documentos de cotización y, en consecuencia, la determinación de la deuda total exigible. Con lo que el impago de la proporción correspondiente al empresario no podría presentarse como fraudulenta.

*Séptimo:* Una interpretación teleológica del tipo penal, desde el bien jurídico tutelado, obliga a aceptar la tesis aquí defendida. No es menester repetir ahora todo el desarrollo realizado con anterioridad sobre el bien jurídico protegido. Baste recordar que nos encontramos ante un delito que presenta un objeto de tutela colectivo, esto es, que trasciende a las meras relaciones privadas y patrimoniales entre los sujetos que protagonizan la relación de Seguridad Social. La finalidad es prohibir la realización de aquellas conductas que lesionan el sistema de obtención de recursos desplegado por la Tesorería General de la Seguridad Social, siempre que se realicen de manera fraudulenta y a partir de una determinada cuantía. Se reconocerá que sea cual sea la cuota defraudada el perjudicado es la Seguridad Social, esto es, incluso entendiendo aplicable el delito de apropiación indebida, el perjudicado, y por tanto titular del bien jurídico atacado, sería la Seguridad Social. Pues bien, no encuentro razón alguna que abone el dislate que supondría intervenir penalmente, cuando se trate de cuota obrera, a partir de un perjuicio cifrado en 30.000 pesetas (o 50.000 pesetas, cuando entre en vigor el nuevo Código pénal), y a partir de 15.000.000 de pesetas cuando la naturaleza de las cuotas debidas sea de cualquier otro orden. En definitiva, si se entiende que el legislador, y así lo ha expresado en la Exposición de Motivos de

la LO 6/1995, ha pretendido tutelar el patrimonio de la Seguridad Social «al objeto de posibilitar el cumplimiento de sus funciones institucionales, (...) mediante la introducción de una figura de gran similitud con el delito fiscal». Pues, «los delitos contra la Seguridad Social son ciertamente equiparables, en principio, a los delitos contra la Hacienda Pública en el sentido que materialmente la defraudación, cuando existe, está también referida a recursos de titularidad estatal en último término». Y se considera razonable ceñir la intervención del Derecho penal a supuestos especialmente graves —dolosos, fraudulentos y de cuantía elevada—, una respuesta penal a un daño a la Seguridad Social no necesariamente vinculado a conductas fraudulentas, y a partir de una cuantía de 50.000 pesetas, resulta poco menos que ilegítimo.

La conclusión que se desprende de todo lo anterior es clara: el nuevo delito contra el patrimonio de la Seguridad Social, previsto y penado en el art. 307 NCP, incluye los supuestos de incumplimiento empresarial del deber de ingreso de la cuota obrera. Después de tres decenios de polémica doctrinal y jurisprudencial sobre el encaje típico de estos supuestos en el delito de apropiación indebida, ha llegado el momento de dotar de la dimensión penal precisa a las conductas de elusión de cuotas de la Seguridad Social. En mi opinión, ya no es posible privatizar el bien jurídico protegido identificándolo con el patrimonio ajeno, sino que la naturaleza socioeconómica del mismo es evidente y, entonces, los presupuestos de la intervención penal deberán ser los previstos en el art. 307 NCP. La principal consecuencia es que buena parte de los supuestos que hasta ahora constituían delito adquirirán la naturaleza de infracción administrativa. Lo cual es perfectamente lógico, pues la función recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social tan sólo exige una tutela jurídico-penal, que trascienda a la existente a través de las sanciones administrativas, cuando los ataques muestren una especial e intensa dañosidad que pueda fundamentar adecuadamente los presupuestos de merecimiento y necesidad de pena. En otros términos, la amenaza de pena para conductas que causen un daño patrimonial a partir de 50.000 pesetas, sólo estaría justificada si el objeto de tutela fuera el patrimonio del trabajador y éste, lógicamente, el sujeto pasivo del delito. Cuando lo que se pretende proteger es el patrimonio de la Seguridad Social en su función recaudatoria, la intervención penal justa y útil, esto es, proporcional y necesaria, debe condicionarse a un mayor contenido y calado de los presupuestos de la punibilidad del hecho.

#### 1.1.2. LA ELUSIÓN DEL PAGO DE LAS CUOTAS EMPRESARIALES Y CONCEPTOS DE RECAUDACIÓN CONJUNTA.

Corresponde ahora fijar los conceptos sobre los que incidirán las conductas típicas previstas en el art. 307 NCP. Baste en este momento,

pergeñar el mecanismo de las diferentes obligaciones de pago que soporta el empresario en su relación con la Seguridad Social. Más adelante, si bien no antes de mostrar también el sistema legal de operar del resto de modalidades (obtención de devoluciones y disfrute de deducciones), serán objeto de análisis las características que tornan penalmente relevantes estas conástelaciones: existencia de fraude, exigencia de dolo y ánimo fraudulento, relevancia de la cuantía de lo fraudado, etc.

El primer paso para fijar la deuda empresarial es, sin duda, determinar la *base de cotización*. Pues bien, tal y como se recoge en el art. 109 LGSS, la base de cotización en el Régimen General estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena (64).

La base de cotización tiene unos mínimos (individual y absoluto) y unos máximos (individual y absoluto) (65). El mínimo individual para cada trabajador será el importe de la base tarifada que corresponda a su categoría profesional, fijada en la correspondiente Ley de Presupuestos. El mínimo absoluto será la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementada en un sexto (art. 16.2 LGSS). El máximo individual viene fijado por unas bases máximas en función de categorías profesionales. El máximo absoluto, también fijado por la Ley de Presupuestos (LP 1995, art. 105), se hace coincidir con la más alta de las bases máximas. En definitiva, como resumen ALONSO/TORTUERO, «...cada trabajador cotiza por su salario real, siempre que éste no sea inferior a su mínimo tarifado (porque en este caso cotiza por este mínimo) y siempre que no sea superior a su máximo tarifado (porque en este caso cotiza por este máximo) sin descender ni rebasar en ningún caso el mínimo y el máximo absolutos» (66). La dependencia de la determinación de la base de cotización con la fijación de la categoría profesional de cada trabajador, deja en manos del empresario la concreción de la base tarifada que corresponde a cada trabajador según su categoría.

Sobre la base de cotización se aplica un *tipo único de cotización*. Su establecimiento y su distribución, para determinar las aportaciones respectivas del empresario y trabajador obligados a cotizar, se efectuarán

---

(64) No forman parte de la base de cotización las percepciones no salariales de carácter indemnizatorio [art. 109.2.a), b), c) y e)], los productos en especie concedidos voluntariamente por el empresario que no constituyan salarios [art. 109.2.d)], ni las propias prestaciones de seguridad social ni sus mejoras [art. 109.2.f)].

(65) Vid. art. 110 LGSS.

(66) ALONSO/TORTUERO, «Instituciones...», cit., p. 411.

en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (art. 107.1 LGSS) (67).

El último paso será, lógicamente, la determinación de la *cuota* individual de cada trabajador mediante la aplicación del tipo a la base, que se distribuirá entre éste y su empresario. La suma de las cuotas individuales da la cuota total que el empresario debe ingresar.

De este régimen general escapan las cotizaciones empresariales por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que se efectuarán con sujeción a primas, que podrán ser diferentes para las distintas actividades, industrias y tareas (art. 108.1 LGSS).

Junto con las cuotas de seguridad social se recaudan las aportaciones de las empresas al *Fondo de Garantía Salarial*, las cuotas de *formación profesional* y las cuotas de desempleo. La base de cotización para determinar las aportaciones al Fondo de Garantía Salarial y para formación profesional, en todos los Regímenes de la Seguridad Social en los que exista la obligación de efectuarlas, será la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Los tipos de cotización serán los que se establezcan, para cada año, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (Disposición Adicional 21 LGSS) (68). También se recaudarán conjuntamente las *cuotas de desempleo* (arts. 224 y 225 LGSS).

El cuadro descrito nos da una idea, necesariamente superficial, de los conceptos que integran la deuda empresarial con la Seguridad Social: las cuotas empresariales, las primas por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, las aportaciones al FOGASA, y las cuotas de formación profesional y de desempleo. La recaudación es conjunta y, por tanto, se liquidarán e ingresarán en la forma, términos y condiciones establecidos por la normativa común aplicable.

El examen de dicha normativa es imprescindible para determinar el nivel de incumplimiento de las obligaciones legales impuestas al empresario. Sin embargo, para evitar reiteraciones innecesarias, será con el análisis de los elementos típicos del delito cuando proceda el mencionado estudio. Es evidente que la configuración del fraude, la prueba sobre la presencia de los especiales elementos subjetivos, la determinación de la cuantía defraudada, etc., no es dissociable de los específicos mecanismos de liquidación, recaudación, ingreso, imputación de deducciones, bonificaciones o reducciones, etc. Ni el fraude, ni el dolo, ni el ánimo fraudulento, ni la cuantía del perjuicio, pueden ser configurados en abstracto, de la sola mano del aparato conceptual y dogmático del Dere-

---

(67) Para el presente año 1995, el tipo de cotización está fijado en el 28,3%; 23,6% cuota del empresario, y 4,7% cuota del trabajador.

(68) Sobre la base de accidentes de trabajo, el tipo de aportación al FOGASA para 1995 es del 0,4%; las cuotas de formación profesional son del 0,7%: 0,6 empresario y 0,1 trabajador.

cho penal. Será preciso, sin duda, su incardinación con la normativa específica que regula las relaciones jurídicas con la Tesorería General de la Seguridad Social.

## 1.2. *La obtención indebida de devoluciones de las cuotas ya ingresadas.*

Otra de las conductas típicas contempladas en el art. 307 NCP (art. 349 bis CP) es la de «...obtener indebidamente devoluciones» de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta ya ingresados. El derecho a la devolución de cuotas viene regulado en el art. 23 LGSS, art. 44 RGRSS. Baste ahora con destacar lo siguiente:

Los sujetos obligados al pago tendrán *derecho a la devolución total o parcial del importe de los recursos que por error se hubiesen recaudado*. Salvo que el ingreso de las cuotas se haya producido maliciosamente, esto es, con la clara intencionalidad de elevar indebidamente las futuras prestaciones de la Seguridad Social (arts. 23 LGSS y 44 RGRSS).

El derecho a las devoluciones por las cantidades ingresadas indebidamente debe tener causa en error de hecho o de derecho con ocasión del pago de las deudas. Y, en particular, en los casos de duplicidad en el pago de una misma deuda, de pago de una cantidad superior al importe de las autoliquidaciones de los sujetos obligados o al de las liquidaciones efectuadas por la Administración de la Seguridad Social, de ingreso después de prescribir la acción para exigir su pago o el derecho a efectuar la oportuna liquidación, y, en general, de cualquier error material, aritmético o de hecho cometido en las liquidaciones o en cualquier acto de gestión recaudatoria, así como cuando exista condonación de deuda ya ingresada.

No será obstáculo para la efectividad del derecho a la devolución que las cantidades ingresadas indebidamente hubiesen sido ingresadas después de ser objeto de reclamación de deuda, acta de liquidación o de cualquier otro acto de liquidación y de gestión recaudatoria, siempre que el derecho a la devolución resulte o se reconozca en la resolución de un recurso administrativo o por acuerdo o resolución que suponga la revisión o anulación del acto administrativo que hubiere dado lugar al ingreso de una deuda en cuantía superior a la que legalmente procedía (art. 44.3 RGRSS).

La cantidad objeto de devolución estará constituida por el importe del débito principal indebidamente ingresado y así declarado en favor de los que hubieren efectuado el pago. Además, formarán parte del derecho a la devolución el recargo de mora o de apremio que se hubieren pagado indebidamente, los intereses satisfechos en caso de aplazamiento de la deuda improcedentemente pagada y las costas del procedimiento cuan-

do lo ingresado indebidamente se hubiere realizado por vía de apremio (art. 44.4 RGRSS).

El derecho a la devolución caducará a los cinco años a contar desde el día siguiente al del ingreso de tales recursos. El derecho a la devolución de ingresos distintos a cuotas o demás conceptos de recaudación conjunta y asimilados a aquéllas se sujetará a los plazos de prescripción y de caducidad establecidos en las normas aplicables a la naturaleza de tales recursos (art. 44.6 RGRSS).

### 1.3. *El disfrute indebido de deducciones por cualquier concepto.*

La última de las modalidades descritas en el art. 307 NCP (art. 349 bis CP) es el «disfrute de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida y con ánimo fraudulento». Dejando para más adelante lo «indebido» de la deducción, así como su naturaleza «fraudulenta», conviene ahora dejar sentados algunos presupuestos conceptuales.

Las cuotas resultantes de aplicar el tipo a la base debidas a la Seguridad Social, pueden verse reducidas, e incluso extinguidas, en virtud de bonificaciones o reducciones tendentes, normalmente, a estimular el empleo. Conviene precisar, entonces, a qué se refiere nuestro Código penal con el término «deducciones por cualquier concepto».

La dispersión normativa que regula la concesión de bonificaciones y otras reducciones convierte en impracticable el detalle sobre cada una de las existentes. Sin embargo, la regulación legal genérica sobre los mecanismos de reducción y compensación de cuotas puede ser de gran ayuda para fijar el sentido de los términos legales.

De este modo, parece que por deducciones deben entenderse cualquier tipo de bonificaciones o reducciones de toda naturaleza, concedidas en las deudas por cuotas a la Seguridad Social. Este *concepto amplio de deducción* se deriva claramente de los términos empleados por el art. 77.2 RGRSS: «...bonificaciones, reducciones u otras deducciones en las cuotas de Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta». *La deducción sería, por tanto, el género, mientras que las bonificaciones y reducciones de cualquier naturaleza, la especie.*

El concepto de deducción debe deslindarse de otros supuestos claramente afines, pero que quizá no sea prudente incluir en su seno, so pena de cercenar el principio de legalidad penal. Me refiero a los supuestos de «*compensación*», por un lado, y de «*subvención*», por otro.

Los casos de *compensación* reconocidos legalmente están sometidos a unos presupuestos y condiciones idénticas a las de las deducciones, si bien se distinguen claramente en lo referente al contenido de cada uno de ellos. La relevancia penal de la distinción, como más adelante veremos, no será excesiva, pues en uno y otro caso se incide sobre la determinación de la cuantía de las deudas a ingresar en la Tesorería Gene-

ral de la Seguridad Social. Nos encontramos ante supuestos de elusión parcial —o incluso total— de la deuda objeto de recaudación, si bien en un caso será por una fraudulenta compensación, y en el otro por una fraudulenta deducción (por cierto, indebidamente compensada en la liquidación de cuotas). *Siendo el mecanismo de la elusión idéntico, la principal repercusión podría ser que, formalmente, los supuestos de «compensación» serían objeto de tipificación por mor, de la hipótesis de «elusión del pago de cuotas y conceptos de recaudación conjunta», y los supuestos de «deducción» vendrían referidos en el «disfrute indebido de deducciones por cualquier concepto».*

Sea como fuere, donde la ley distingue el intérprete debe también distinguir. *La compensación va referida a los supuestos de colaboración obligatoria de la empresa en la gestión de la Seguridad Social.* Las cantidades abonadas por el empresario en concepto de esta colaboración obligatoria —por incapacidad laboral transitoria y por desempleo parcial— y correspondientes al período a que se refieran los documentos de cotización, podrán ser compensadas con el importe de las cuotas devengadas en idéntico período. A estos supuestos, y sólo a estos, se refiere la ley cuando habla de compensación (69).

La delimitación con las «*subvenciones*» adquiere una importancia notable. Pues, mientras nuestro Código penal criminaliza los fraudes que inciden en la función recaudatoria de la Seguridad Social, mediante la tipificación de la elusión del pago de cuotas, obtención indebida de devoluciones o disfrute indebido de deducciones, los fraudes que inciden en la función de gasto en sentido estricto, o de redistribución de recursos, no ha parecido merecer igual atención por nuestro legislador penal, por lo menos en cuanto a lo que se refiere a las conductas previstas y penadas en el art. 307 NCP. En este sentido, *cuando de obtención fraudulenta de subvenciones se trate, habrá que entender que no se encuentra abarcada por el delito contra el patrimonio de la Seguridad Social.* Téngase en cuenta que, en el ámbito laboral, las subvenciones pueden venir acompañando a bonificaciones específicas, que en conjunto comparten la misma finalidad de fomento del empleo. Como ocurre, por ejemplo, en el caso de la bonificación del 50% de la cuota empresa-

---

(69) Tal y como recoge el art. 77.1 RGRSS: «En aquellos Regímenes del Sistema de la Seguridad Social en que esté prevista la colaboración obligatoria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social, procederá aplicar en los documentos de cotización la compensación del importe de las prestaciones abonadas como consecuencia de tal colaboración por los sujetos responsables del pago y correspondientes al mismo período a que se refieren dichos documentos, con el importe de las cuotas devengadas en idéntico período cuando, cualquiera que sea el momento del pago de las cuotas, se hubieren presentado los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario. Fuera del supuesto regulado en este apartado, los sujetos responsables del pago de cuotas no podrán compensar su crédito por las prestaciones que hubieran satisfecho ni por cualquier otro concepto con el importe de tales cuotas, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 2 del art. 48 de este Reglamento.»

rial por contingencias comunes durante toda la vigencia del contrato, en supuestos de contratación a jornada completa y por tiempo indefinido de mayores de cuarenta y cinco años que lleven al menos un año inscritos como demandantes de empleo, a la que se añadirá una *subvención* de 500.000 pesetas por contrato.

La cuestión no es baladí y supone, a mi juicio, una laguna legal lamentable. La falta de previsión expresa del fraude de subvenciones al patrimonio de la Seguridad Social (o INEM), obligará al intérprete, probablemente, a intentar su inclusión en el delito genérico de fraude de subvenciones públicas del art. 308 NCP: «El que obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones Públicas de más de diez millones de pesetas, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de su importe.» (70) La relevancia penal de los fraudes de subvenciones en el seno de las relaciones de seguridad social se tomará hartamente difícil. Entre otras cosas, por razón de la cuantía. Piénsese, que las subvenciones por modalidades de contratación se entienden individualizadas por cada uno de los contratos subvencionados. Por lo que la criminalización de su obtención fraudulenta es prácticamente imposible; no parece probable una sola subvención por modalidades de contratación superior a 10.000.000 de pesetas (71). Sin duda su regulación específica en el seno de los delitos contra el patrimonio de la Seguridad Social hubiera sido la solución idónea.

Por lo que respecta al mecanismo legal de imputación de las deducciones, debe subrayarse que el sujeto responsable que tenga concedidas bonificaciones, reducciones o deducciones de otra naturaleza en sus deudas por cuotas y no las hubieren perdido por incurrir en sanción o por cualquier otra causa, podrán deducir su importe en el boletín de cotización, en los siguientes supuestos:

a) Cuando, cualquiera que sea el momento del pago de las cuotas, se hubieren presentado los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario.

b) No obstante, la Tesorería General de la Seguridad Social, previa resolución de la Entidad Gestora reconociendo el derecho a las deduc-

---

(70) La redacción queda prácticamente inalterada en el art. 308 del NCP de 1995, si bien la pena prevista es la de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de su importe.

(71) Quizás pudiera existir algún caso de subvención superior a la cuantía exigida cuando se trate de materias como Formación e Inserción Profesional o Fondos Sociales Europeos, supuesto, este último, que probablemente debería encajar en el nuevo art. 309 NCP: «El que obtenga indebidamente fondos de los presupuestos generales de las Comunidades u otros administrados por éstas, en cuantía superior a cincuenta mil ecus, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.»

ciones o cuando éstas se concedan automáticamente por las normas reguladoras de las mismas, podrá autorizar a los obligados al pago a que apliquen tales deducciones en los documentos de cotización correspondientes a períodos distintos de aquéllos a los que la liquidación se contrae pero referidas a los períodos de cotización que dicha Tesorería General determine (art. 77.2 RGRSS).

*De este modo, cuando resulte procedente la deducción y/o la compensación, se minorará o extinguirá la deuda por dichas cuotas así como por los conceptos de recaudación conjunta y recargos pertinentes sobre unas y otros en dicho período hasta el importe de las cantidades deducibles y/o de las prestaciones compensables, cualquiera que sea el momento de su pago.*

## **2. Los requisitos típicos esenciales para la punibilidad.**

Como hemos tenido ocasión de observar, la elusión del pago de las cuotas de Seguridad Social, la obtención indebida de devoluciones y el disfrute fraudulento de deducciones, son comportamientos que por su carga lesiva para el patrimonio de la Seguridad Social merecen en todo caso reproche en vía administrativa. La relevancia penal de tales hechos, como no podía ser de otro modo, requerirá la presencia de especiales elementos típicos capaces de configurar el desvalor de acción y el desvalor de resultado ineludibles, en principio, en todo injusto penal.

Los requisitos típicos relevantes para la punibilidad son el resultado de la resolución de un primer conflicto de intereses. La descripción típica de la conducta delimita aquellos comportamientos que merecen sanción penal de aquellos otros penalmente irrelevantes. La tipicidad penal no está en condiciones de expresar mayores valoraciones. Esto es, no pretende deslindar lo ilícito penal de lo lícito; tan sólo adjetiva penalmente las conductas. El pronunciamiento sobre la licitud o ilicitud general de aquellas conductas que no son abarcadas por la descripción legal corresponderá a la totalidad del ordenamiento jurídico. Importa subrayar lo anterior, pues someter la relevancia penal de la conducta a especiales exigencias típicas no supone ensanchar el ámbito de lo lícito, sino tan sólo precisar la esfera de lo criminalmente ilícito. La concreta positivización en la ley de las conductas punibles, es fruto, esencialmente, de un juicio de proporcionalidad, donde las necesidades de tutela del bien jurídico deben acomodarse al coste afflictivo que la intervención penal siempre acarrea.

Especialmente importante en lo que ahora nos ocupa, es la presencia clara del derecho administrativo sancionador, con lo que la amenaza penal debe constreñirse tan sólo a aquellos comportamientos que por su dañosidad pudieran eludir el control administrativo. No parece prudente enfrentarse al análisis de estos delitos preñado de apriorismos ideológi-

cos, cuyos dictados conducen a relegar la carga garantista del derecho penal a los delitos clásicos contra la propiedad, la salud pública, etc., y acentuar, en cambio, su función represiva e intervencionista en los delitos económicos. La resurrección de la fe en la prevención general cuando de delitos económicos se trata suele ir de la mano de una defensa a ultranza de la función promocional del Derecho penal. En fin, es más que probable que algunos vean en el art. 307 NCP la desaparición de los fraudes a la Seguridad Social, contra lo que nada cabe oponer si tan profundo análisis deriva de la ingenuidad.

Las cosas, me temo, son de otro modo. Nos encontramos ante la necesidad de tutelar la función recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social, mediante la intervención en todo el mecanismo de obtención de recursos sometido a la disciplina de normas jurídicas de naturaleza pública. Solamente un control serio de los órganos de inspección y recaudación aportará visos de credibilidad a la voluntad política de protección. La utilización, además, de toda la capacidad represiva del orden administrativo es irrenunciable. La conminación penal no debe ser más que la punta de un «iceberg», que instrumenta desde su propia base todas las barreras posibles de contención de aquellas conductas que pudieran resultar lesivas para el patrimonio de la Seguridad Social. En este sentido, nuestro legislador ha querido condicionar su punibilidad a la presencia de una «defraudación», una cuantía determinada en el perjuicio irrogado, una voluntad expresa contra el bien jurídico, etc. A ello dedicamos, por tanto, las páginas que siguen.

### 2.1. *La exigencia de una conducta fraudulenta como elemento objetivo del tipo.*

Tanto si se trata de la elusión del pago de cuotas, como de la obtención de devoluciones o el disfrute de deducciones, el tipo penal exige la presencia de una «defraudación». No cabe duda que, desde una perspectiva político-criminal, condicionar la relevancia penal a la exigencia de fraude puede ser discutible. Cabrían otras alternativas perfectamente legítimas: criminalizar la mera elusión del pago de cuotas o la obtención indebida de devoluciones y deducciones, optar por un adelantamiento de la barrera de protección mediante la creación de delitos obstáculo (peligro concreto o abstracto), despojar al tipo de la necesidad de afirmar un concreto resultado material y por tanto salvar posibles inconvenientes derivados de su ineludible imputación causal y jurídica, etc.

Ahora bien, una vez que el legislador ha optado por la configuración de un delito de resultado material presidido por la dinámica fraudulenta, no cabe seguir especulando, de *lege lata*, sobre la bondad o no de la op-

ción. O lo que es peor, proceder a un vaciamiento de los elementos típicos que no se acomoden a los presupuestos político-criminales que se entiendan más bondadosos (72). Con ello, se opta claramente por renunciar en estas páginas a reproducir el debate sobre la real necesidad o no de fraude. La ley es clara al respecto. Es más, creo poder afirmar que ha existido una voluntad expresa de someter la punibilidad del hecho a la presencia del fraude. No otra cosa cabe interpretar cuando, después de más de diez años de la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública, donde como es sabido surge el debate, y se produce un posicionamiento claro de nuestra jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina a favor de la exigencia de fraude, el legislador vuelve a definir el comportamiento como el que «...defraudare a la Hacienda Pública...», o el que «...defraudare a la Seguridad Social...» (73).

Todo ello nos conduce a centrar nuestras fuerzas en la interpretación del verbo típico nuclear: defraudar; lo que, desde luego, no es cuestión pacífica. Conviene dejar claro, en primer lugar, que nos hallamos ante un *elemento objetivo del tipo*. La defraudación es la modalidad comisiva de la elusión del pago de cuotas y demás conductas típicas, no debe interpretarse, por tanto, como un elemento subjetivo que acompaña y trasciende la estricta realización de la conducta descrita. Defraudar no es sólo causar un perjuicio con ánimo defraudatorio, sino causarlo a través de una determinada modalidad de acción u omisión (74).

---

(72) Defiende la interpretación del verbo «defraudar» como infringir deberes formales tributarios («deslealtad tributaria»), PÉREZ ROYO, F., «*Los delitos y las infracciones en materia tributaria*», Madrid, 1986, pp. 113 y ss. En idéntico sentido, se denuncian los efectos perturbadores de la exigencia de fraude en el delito fiscal, entendiéndose que la referencia a la «elusión» es suficiente para describir la acción típica. La propuesta, sin embargo, debe moverse en el ámbito de lo deseable, sin caer en la tentación de convertirla, de «lege lata», en la interpretación correcta; vid. GRACIA MARTÍN, L., «*La configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho penal español: crítica de la regulación vigente y propuestas de reforma*», Revista de Derecho Financiero, n.º 58, 1988, especialmente, p. 273.

(73) Con anterioridad a la introducción del delito contra la Seguridad Social, y como propuesta de «lege ferenda», existían ya pronunciamientos claros en contra de configurar la conducta típica mediante la exigencia de fraude. Ello, se argumentaba, provocaría una interpretación restrictiva del tipo penal, requiriéndose en todo caso la presencia de conductas engañosas capaces de perjudicar al Patrimonio de la Seguridad Social. En este sentido, VICENTE MARTÍNEZ, «*Protección penal del trabajo...*», cit., p. 106. Para bien o para mal, el legislador de 1995 no ha sido receptivo a las propuestas de la autora citada. Deberá entenderse, entonces, que la inclusión de la defraudación persigue precisamente lo que la profesora De Vicente pretendía evitar: acotar el ámbito de lo prohibido a las conductas que mediante engaño muestran una especial capacidad lesiva.

(74) La cuestión pudiera parecer obvia, mas no sería la primera vez que se cae en la confusión apuntada. Ni más ni menos que en el delito de estafa, figura fraudulenta por antonomasia, se ha llegado a identificar fraude o engaño con un determinado componente subjetivo de la infracción. Tal ocurría en los intentos de delimitación de la figura penal con el «dolo civil». Se llegaba a argumentar que la delimitación entre el «dolo penal» y el «dolo civil» residía en el momento en que nacía la voluntad contraria a incumplir

Debe admitirse que, por lo que se refiere al delito fiscal, nuestro Tribunal Supremo así lo viene entendiendo, ya desde sus primeros pronunciamientos. Como el que reproduce la *STS de 12 de marzo de 1986 (RJ. 1.462)*: «...habida cuenta de que, «fraude», equivale semánticamente a «engaño» o a «acción contraria a la verdad o a la rectitud», «defraudación» a «acción o efecto de defraudar», y, «defraudar», siendo palabra polisémica, en su acepción más ajustada al caso, a «cometer un fraude en perjuicio de alguno», y tomando en consideración que no se trata de resucitar la antigua prisión por deudas (...), *lo relevante a efectos punitivos es ocultar o desfigurar el hecho tributario o las bases tributarias con el fin de eludir la obligación de satisfacer determinados impuestos y con la evidente intención defraudatoria consiguiente...*» (en idéntico sentido, *STS de 12 de mayo de 1986, RJ. 2.449*, entre otras muchas).

Si el legislador de 1995 mantiene en el delito fiscal e introduce en el delito contra la Seguridad Social el verbo defraudar, parece evidente que ha hecho suya la opinión dominante en doctrina y jurisprudencia (75).

Admitida la necesidad de un «modus operandi» fraudulento en la realización de las conductas típicas, el siguiente paso de la discusión ha sido evaluar hasta qué punto ello supone introducir aquí toda la dogmá-

---

la obligación. De este modo, el «dolo civil» era «subsequens», mientras el «dolo penal» antecedía al nacimiento de la obligación. Centenares de sentencias de nuestro Tribunal Supremo daban por zanjada así la cuestión de la delimitación entre el delito de estafa y el fraude civil. El argumento es acertado, en la estafa contractual la voluntad de engañar antecede a la perfección del contrato; lo que ocurre es que no sirve para delimitar el delito del ilícito civil. Pues, los problemas no surgen con el dolo civil en el incumplimiento de las obligaciones (arts. 1.101 y ss. CC), sino con el «dolo in contrahendo», esto es, con el dolo como vicio de la formación de la voluntad contractual (art. 1.269 CC). Y este dolo civil es tan antecedente como el denominado dolo penal. Observe el lector que el «dolo in contrahendo» no es la forma subjetiva de incumplir obligaciones, sino que se configura como una modalidad objetiva («...palabras o maquinaciones insidiosas...») de ataque a la buena fe contractual. Modalidad objetiva que además va acompañada del correspondiente elemento subjetivo («animus decipiendi»), al igual que el engaño bastante en la estafa como elemento del tipo objetivo va acompañado de los correspondientes elementos subjetivos (dolo y ánimo de lucro). En definitiva, tanto en el fraude civil como en el más significativo de los fraudes penales (la estafa), la conducta se configura *objetivamente* como fraudulenta, o si se quiere, engañosa. Un análisis detallado de la cuestión puede verse en, VALLE MUÑIZ, J.M., «*El delito de estafa: delimitación jurídicopenal con el fraude civil*», ed. Bosch, Barcelona, 1987, *passim*.

(75) Así lo entienden, correctamente, ya con referencia al tratamiento penal otorgado por la reforma de 1985, BERDUGO/FERRÉ, «*Todo sobre el fraude tributario*», Barcelona, 1994, p. 51: «La nueva redacción ha mantenido el verbo defraudar como núcleo del comportamiento prohibido. Si ese concepto tenía una significación concreta en la regulación anterior, y el defraudar exigía los requisitos engañosos, habrá que concluir que la actual regulación del delito fiscal mantiene los mencionados requisitos: engaño, ánimo defraudatorio y perjuicio patrimonial.» Sobre el comportamiento típico fraudulento en el delito fiscal, véase, BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ, «*Manual de Derecho Penal. Delitos Patrimoniales y Económicos*», Madrid, 1993, pp. 608 y ss.; BOIX REIG en VIVES ANTÓN y otros, «*Derecho Penal. Parte Especial*», Valencia, 1993, pp. 416 y ss.; y bibliografía citada en ambas obras.

tica desplegada en el seno del delito de estafa, para configurar el engaño bastante capaz de provocar un error que induzca a realizar una disposición patrimonial en perjuicio del engañado-disponente o de un tercero. A mi juicio, la polémica ha sido bastante estéril y, en algunos casos, claramente perturbadora.

En principio no existe inconveniente alguno, más bien todo lo contrario, para aprovechar la mayor elaboración conceptual del delito de estafa en la labor de interpretar correctamente las conductas típicas de los delitos contra la Hacienda Pública y contra el patrimonio de la Seguridad Social. Siempre y cuando, claro está, se tengan en cuenta sus diferentes especificidades. No se trata de trasplantar miméticamente toda la configuración del engaño penalmente relevante y demás elementos típicos del delito de estafa. Mas, tampoco sería prudente olvidar que existe un amplio consenso doctrinal y jurisprudencial en torno a lo que deba entenderse por engaño fraudulento penalmente relevante. Situación alcanzada con relativa celeridad, y que se concreta en la aplicación de la moderna dogmática de la imputación objetiva a la interpretación del engaño merecedor de reproche penal (76).

El engaño bastante descrito en el delito de estafa, es aquél capaz de producir error en el sujeto pasivo de la acción (que no necesariamente del delito). El error, como sustrato psicológico de la disposición patrimonial, desencadenará la fatal decisión perjudicial para el patrimonio atacado. En otros términos, el engaño penalmente relevante es aquél que porta un peligro intolerable para el patrimonio ajeno, en la medida en que resulta idóneo para sembrar en la disposición patrimonial una configuración errónea de la realidad. De este modo, situando la capacidad para producir error en la víctima como nivel que ha de alcanzar el engaño para la afirmación de su adecuación típica, en el sentido de que sólo así creará o incrementará el riesgo de producción del resultado, se da cabida en el juicio de adecuación a las reales y concretas características del sujeto engañado. Como afirma GÓMEZ BENÍTEZ: «En relación a la estafa, pues, hay que retener que el juicio de adecuación —entendido como base de la imputación objetiva— es capaz de incluir en dicha imputación objetiva juicios de experiencia individualizados» (77). En otros términos, es necesario tener en cuenta las «posibilidades de autoprotección del sometido a engaño» (78).

---

(76) En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Función y contenido del error en el tipo de estafa», ADPCP, 1985; VALLE MUÑIZ, «El delito de estafa...», cit., pp. 152 y ss.; Para un estudio actual de la discusión sobre la fijación de los criterios de imputación, vid. PÉREZ MANZANO, M., «Acerca de la imputación objetiva en la estafa», en «hacia un Derecho penal económico europeo», Estudios en honor del Prof. Dr. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, pp. 285 y ss.

(77) GÓMEZ BENÍTEZ, Ob. cit., p. 341.

(78) Extensamente, VALLE MUÑIZ, Ob. cit., pp. 164 y ss.

Las características propias del delito de estafa, esto es, la necesidad de que el perjuicio patrimonial derive de un acto de disposición del engañado, hacen que el error no sólo despliegue la función de marcar el nivel de idoneidad normativo del engaño, sino que supone también el sùstrato psicológico ineludible de la disposición patrimonial. Con otras palabras, la disposición patrimonial injusta sólo será penalmente relevante si encuentra fundamento en un error ilícitamente provocado (79).

Debe reconocerse, sin embargo, que un sector doctrinal no otorga relevancia autónoma al elemento del error en el delito de estafa. Cifnendo su función a la exclusiva tarea de marcar el criterio de relevancia típica del engaño (80). No es el lugar para desarrollar toda una argumentación en torno al error en el delito de estafa. Mas, sí es preciso señalar que sobre este andamiaje se ha concluido que en el delito fiscal no se precisa el error en los órganos de la Administración: «El engaño debe ser susceptible de inducir a error, no siendo preciso que el error se produzca efectivamente...» (81). Sobre ello, conviene hacer algunas aclaraciones.

En efecto, en el delito fiscal en sentido estricto, esto es, la elusión del pago de tributos, no se precisa más error que el que sirva de referencia a la idoneidad del engaño (ocultar o desfigurar el hecho tributario o las bases tributarias). Esto, sin embargo, no se deriva de que también en la estafa la autonomía del error sea cuestión supérflua. Antes bien, lo que ocurre es que en el delito de elusión tributaria no se requiere acto de disposición alguno por parte de la Administración. El comportamiento punible consiste en una manipulación del propio patrimonio del deudor tributario, de forma que quede oculto o desfigurado a los ojos de la Hacienda Pública. Mal puede exigirse un error que fundamente una disposición patrimonial que no existe. *Mutatis mutandi* cabe sostener con respecto al delito contra la Seguridad Social, cuando de elusión del pago de cotizaciones se trate. Tampoco aquí, contrariamente que en la estafa, se exige acto de colaboración alguno a la Tesorería General de la Seguridad Social para consumar el delito, basta con ocultar los hechos que hubieran dado lugar a la existencia de la deuda o a su correcta determinación. En conclusión, la Administración no debe padecer un error, sencillamente, porque tal elemento no existe en la descripción típica de estos delitos.

---

(79) Ampliamente, VALLE MUÑIZ, Ob. cit., pp. 189 y ss.

(80) En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, Ob. cit., p. 34; GUTIÉRREZ FRANCÉS, «*Fraude informático y estafa*», Madrid, 1991, p. 286. A mi juicio, sin embargo, la doble función que ejerce el error en el delito de estafa es innegable y, además, inescindible una de otra sin romper la estructura típica de la estafa. Esto es, «El error puede marcar el nivel de idoneidad típica del engaño en la medida en que de él depende la relevancia jurídico-penal de la disposición patrimonial y, en consecuencia, la afirmación del delito de estafa». En VALLE MUÑIZ, Ob. cit., p. 191; en el mismo sentido, PÉREZ MANZANO, Ob. cit., p. 291 (en nota n.º 21).

(81) BERDUGO/FERRÉ, «*Todo sobre el fraude tributario*», cit., p. 64.

Ahora bien, como es sabido, los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social no se limitan a los supuestos de elusión del pago de tributos o cuotas. Incluyen en su seno, también, por ejemplo, la obtención indebida de devoluciones. Aquí, la Administración sí que tendrá que disponer de cantidades pertenecientes a su acervo patrimonial. Sin duda, la devolución de lo previamente ingresado en concepto de tributos o cuotas requerirá, si se quiere afirmar su relevancia penal, la realización de una conducta engañosa capaz de inducir a error a la Administración. Pero, sin duda también, se entenderá que la necesaria imputación objetiva del resultado dañoso (detrimento patrimonial sufrido por la Administración) a la conducta fraudulenta, exigirá que la concesión de la devolución (acto de disposición) esté viciada por el error ilícitamente provocado. Cuando la devolución se asiente en un mal funcionamiento de los órganos de gestión tributarios o de la Seguridad Social, o sea producto de un desconocimiento imputable a la negligencia de los mismos, no cabrá afirmar la tipicidad de los hechos (82). Probablemente, nada impedirá su persecución y posterior sanción en vía administrativa, mas el ilícito penal, se comporta en mayor o menor medida, impone la necesidad de «defraudar» a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social, entre otras cosas, porque no veo por qué deba recaer sobre el contribuyente la responsabilidad de un incorrecto funcionamiento de los poderes públicos, ni más ni menos, además, que con la imposición de deberes de naturaleza penal.

No acaban aquí los problemas interpretativos del elemento defraudatorio, común a los delitos fiscales y contra la Seguridad Social. Conviene denunciar ciertos posicionamientos doctrinales que de manera sutil pudieran acabar socabando el contenido fraudulento de los delitos objeto de análisis.

En efecto, una vez afirmado que el error no es elemento necesario en el delito tributario, se da el paso siguiente, y se sostiene que la tipicidad de la conducta engañosa es independiente del conocimiento o desconocimiento que de la situación fiscal del sujeto tenga la Administración: «Pues si excluimos el engaño porque la Administración conocía o debía conocer todas estas situaciones se amplían exageradamente los requisitos típicos. Ese carácter subjetivo del engaño no aparece exigido por el artículo 349 del Código Penal, por lo que el engaño (objetivo) debe producirse independientemente del conocimiento o desconocimiento por parte del sujeto pasivo del delito: comportamientos aptos

---

(82) Con referencia a la dinámica comisiva en la estafa, VALLE MUÑIZ, «*El delito de estafa...*», cit., p. 186: «...si el error, lejos de ser consecuencia del engaño, obedeciese al comportamiento negligente de la víctima, no cabría afirmar la imputación objetiva del resultado a la conducta mendaz del agente. Siendo el error el paradigma de la disposición patrimonial perjudicial, ésta no sería atribuible al comportamiento engañoso que no fue adecuado («bastante») para producir un error que, contrariamente, debe su presencia a la falta de diligencia».

para inducir a error a la Administración. En síntesis, lo que ocurre es que el análisis objetivo del error lleva a que pierda toda su independencia respecto del engaño, que es el verdadero elemento central de la defraudación» (83).

La argumentación transcrita no parece gozar de excesiva solidez, pues sus propios términos adolecen de cierta contradicción. No se puede afirmar que el engaño debe producirse con independencia de los conocimientos del sujeto pasivo y, a la vez, que ha de ser apto para inducir a error. Cómo puede ser un engaño apto para producir error si la Administración conoce perfectamente la situación fiscal y contable del sujeto, es algo que queda definitivamente sin explicación racional. O el engaño provoca una falsa apreciación de la realidad o un desconocimiento de la misma que imposibilitará o hará difícilmente posible desplegar los mecanismos tendentes a cobrar la deuda legalmente exigible, o el pretendido engaño se torna estéril ante el conocimiento real y detallado de los hechos imposables que fundamentan la obligación tributaria; sostener ambas cosas a la vez no parece compadecerse con las reglas de la lógica. Para entendernos, si un constructor contrata con una Administración Pública (vgr. Ministerio de Hacienda) la realización de una nueva sede para dotar de ubicación autónoma a la unidad de delitos fiscales y, llegado el momento, el empresario no hace constar en su declaración el mencionado contrato, podrá afirmarse que la Hacienda Pública sufre un perjuicio económico en la medida en que no se liquida la operación citada, mas en ningún caso que ese perjuicio es fruto de una maniobra fraudulenta, torticera, de ocultamiento, etcétera, del deudor tributario. Parece más correcto entender que la causa del perjuicio proviene del incumplimiento de un deber formal tributario: declarar los hechos imposables. No parece que la capacidad recaudatoria y ejecutiva de la Hacienda Pública, así como el arsenal sancionador administrativo de que dispone, requiera la ayuda del Derecho penal.

Lo anterior, debe ponerse en relación con la idoneidad de las conductas omisivas para configurar el comportamiento típico exigido en los delitos fiscales y contra la Seguridad Social. Es ésta una cuestión que no debe darse prematuramente por superada. Es cierto que la jurisprudencia, después de alguna vacilación, ha acabado por admitir la posibilidad del fraude fiscal por omisión. Es también cierto, que el legislador de 1995 ha positivizado expresamente la modalidad típica omisiva, tanto en el delito contra la Hacienda Pública como en el delito contra la Seguridad Social. Definitivamente, no puede caber duda sobre la posibilidad de realizar los presupuestos típicos mediante omisión.

Sin embargo, ello no significa que automáticamente tengan que olvidarse todos los requisitos dogmáticos a que está sometida la punición de comportamientos omisivos. Que la realización del delito fiscal o con-

---

(83) BERDUGO/FERRÉ, «*Todo sobre el fraude...*», cit., p. 65.

tra la Seguridad Social, como delitos de resultado material, pueda cumplirse por comisión por omisión, no supone renunciar ni un ápice a las exigencias típicas que deben adjetivar el carácter fraudulento del ilícito y, especialmente, a la capacidad del engaño para inducir a error. Así se desprende de la elaboración dogmática doctrinal y jurisprudencial de la omisión impropia, y así ha quedado plasmado en el art. 11 del nuevo Código penal de 1995: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.»

Los efectos expansivos de la tipicidad que puede llegar a tener la positivización en el art. 307 NCP de la modalidad omisiva, si no se produce una interpretación adecuada, son notables. Téngase en cuenta que la jurisprudencia, como se ha indicado, ya admitía la comisión por omisión en el delito fiscal con anterioridad a la reforma de 1995. Lo cual, entiéndase bien, es correcto. Siempre y cuando esa omisión sea también un engaño idóneo para inducir a error y, por otra parte, respete todas las reglas de la dogmática de la omisión. Permítaseme reproducir a continuación el extracto de un Fundamento de Derecho de un fallo de nuestro Tribunal Supremo que, a la postre, resultaría paradigmático en la criminalización de la modalidad omisiva en el delito fiscal:

«...se suscita como factible, la construcción del concepto de defraudación partiendo de la simple omisión del sujeto tributario, sin la concurrencia de artificio, mecanismo engañoso o «mise en scène» que parecen ser consustanciales, comportamiento omisivo que reviste singular importancia por ser cada vez mayor el número de tributos que exigen del contribuyente alguna declaración e, incluso, la liquidación. (...). *Una conducta adquiere o puede adquirir el valor de engaño cuando infringe el deber de verdad reconocido y sancionado por el ordenamiento jurídico; y falta al deber de verdad o de manifestar la realidad no sólo quien tergiversa o manipula los datos que configuran las bases impositivas para pagar insuficientemente, sino quienes, sabedores del deber de declarar, omiten la declaración, porque la Hacienda puede tomarse este hecho —«facta concludentia»— como afirmación de que el sujeto obligado no tenía nada que declarar; (...), queda claro el comportamiento omisivo como forma de comisión en la Sentencia de 29 de junio de 1985 al expresar que «la ausencia de la declaración fiscal devendrá al delito cuando concluyentemente incida en quienes conscientemente conozcan y sepan de su obligación con el Erario Público», y es patente —añadimos— que quien omita la declaración exigida con intención de eludir el impuesto «totalmente» no debe ser de mejor condición que quien, en su de-*

*claración, desfigura o manipula las bases tributarias para pagar «menos de lo debido», en ambos casos se advierte una falta de verdad o actitud engañosa, sin que deba relacionarse causalmente el error, es decir la falsa interpretación de la realidad por la Administración, a la inactividad o ineficacia de sus mecanismos inspectores, prescindiendo o desvalorizando la actitud omisiva del sujeto pasivo del impuesto, de suyo engañosa e idónea para crear el error y arranque causal del mismo.» (STS de 2 de marzo de 1988, RJ. 1.520).*

El fallo transcrito ya ha sido objeto de comentario crítico en nuestra doctrina (84). Y a decir verdad, no podía ser de otro modo. Pues, en él se concatenan una serie de presunciones contra reo que finalmente cristalizan en una configuración de la conducta típica que va más allá del tenor literal posible. No puede afirmarse que el hecho de no presentar declaración, en el delito fiscal, constituirá siempre y en todo caso engaño idóneo para perjudicar a la Administración Tributaria. Ello, ocurrirá en algunos casos, mas no siempre. La cuestión es relativamente sencilla, cuando la omisión suponga una ocultación capaz de dejar a la Hacienda en situación de desconocimiento de los hechos imponibles que darán lugar a la deuda exigible, podrá —y deberá— afirmarse su relevancia penal. Mas cuando el comportamiento omisivo tan sólo cristalice, por ejemplo, en no presentar una declaración-liquidación de un deudor tributario con incapacidad de ocultación o distorsión de su deuda, la relevancia penal de la misma deviene un disparate. Y, lo que es más importante, viola claramente la letra de la ley. Pues, el tipo exige una conducta fraudulenta, por acción o por omisión, pero fraudulenta. Que no proceder a la declaración-liquidación, y por tanto omitir el ingreso de la cuota tributaria, ocasione un perjuicio es indudable, mas que este perjuicio adquiera relevancia penal exigirá un cambio de redacción de los términos legales.

En definitiva, y centrándonos ya solamente en el delito contra la función recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social, la exigencia de «fraude» prevista en el tipo penal nos permitirá configurar las posibles constelaciones de casos merecedoras de sanción penal. Evidentemente, nos encontraremos ante características diversas en función de que se trate de la elusión del pago de cotizaciones y conceptos de recaudación conjunta, de obtención indebida de devoluciones o, finalmente, de disfrute indebido de deducciones (85).

---

(84) Véase, BERDUGO/FERRÉ, «*Todo sobre el fraude...*», cit., pp. 61 y ss.

(85) Deberá tenerse muy en cuenta el desarrollo que en páginas anteriores se ha llevado a cabo sobre las diferentes modalidades de conducta. La regulación administrativa del cálculo de las cuotas y su pago, de la obtención de devoluciones y del disfrute de deducciones, así como el sistema de infracciones administrativas derivado de su incumplimiento.

a) *El fraude en la elusión del pago de cuotas y conceptos de recaudación conjunta.*

En términos generales, puede ya afirmarse que el simple impago de cuotas de la Seguridad Social no es suficiente para afirmar el delito. La exigencia de fraude reclama la presencia de una conducta engañosa, capaz de dejar a la Tesorería General de la Seguridad Social «...en situación de desconocimiento de los hechos que fundamentan el nacimiento y la cuantía de la deuda para con la Seguridad Social, bien sea de la totalidad de la misma —elusión total— o bien de parte de ella determinándola voluntariamente en cuantía inferior a la debida —elusión parcial—, de haberse aplicado correctamente, en uno y otro caso, las normas reguladoras de la cotización a la Seguridad Social» (86).

Supuesto paradigmático de elusión total podría ser, sin duda, el caso en que se *omiten los actos de «enquadramiento»*. Esto es, se trata de la omisión por parte del empresario de dar de alta a los trabajadores por cuenta ajena. Ello es posible tanto mediante la no inscripción de la propia empresa, desarrollando su actividad claramente de forma sumergida, cuanto omitiendo exclusivamente el alta de trabajadores a su servicio. Son imaginables otros supuestos, aún cuando de su menor lesividad cabe apreciar serias dificultades para que puedan rebasar la cuantía mínima defraudada exigida por el delito. Me refiero a las altas y bajas sucesivas de trabajadores que permanecen en activo en la empresa sin solución de continuidad, para eludir algunos días de cotización; o bien, el caso en que se omita el alta en el Régimen de Seguridad Social aplicable pero se curse en otro distinto (87).

La elusión fraudulenta del pago de las cotizaciones puede realizarse, también, aún cuando el empresario haya cumplido fielmente con sus deberes de enquadramiento. Ello ocurrirá cuando se oculte la deuda por cuotas y conceptos de recaudación conjunta, mediante la *no presentación de los documentos de cotización*. La ineludible presentación de estos documentos (también posible por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, tal y como prevé el art. 76 RGRSS) para proceder al pago de la deuda nos permite deducir algunas conclusiones: a) La presentación de los documentos de cotización convierte en atípico el impago; b) la petición de aplazamiento o fraccionamiento de pago, en la medida que requiere el previo reconocimiento de la deuda, hace que el posterior incumplimiento de lo aplazado o fraccionado sea también irrelevante

---

(86) Exposición de Motivos de la LO 6/1995, de 29 de junio.

(87) Este último supuesto, tal y como se relata en el «*Informe sobre el fraude en España*», cit., p. 219: «...por lo general este enquadramiento indebido consiste en comunicar el alta en el Régimen Especial de Empleados del Hogar, en el Agrario o en el de Autónomos cuando procede el General, y, en menor medida, en comunicar el alta de trabajadores fijos como artistas o representantes de comercio, en sistemas especiales...».

penalmente; c) El pago parcial de la deuda, por lo mismo (presentación de documentos de cotización), impide la apreciación de delito en el impago de la parte no satisfecha; d) No es posible el fraude independiente de la cuota obrera y de la cuota empresarial (88). Pues, no cabe el pago de la cuota empresarial sin satisfacer también la obrera; en caso de aplazamiento, se excluyen las cuotas de los trabajadores, con lo que la concesión del aplazamiento para la cuota empresarial requiere el pago de la obrera y, por tanto, el reconocimiento de deuda a través de la presentación de los documentos de cotización. Se entenderá, entonces, que el posterior incumplimiento del pago de la cuota aplazada no pueda considerarse fraudulento. En definitiva, y para resumir, si el fraude exige en estos supuestos dejar a la Administración en desconocimiento de la deuda exigible, y el pago de cualquier parte de la misma requiere el reconocimiento de la deuda ante los organismos de recaudación, la elusión del pago con relevancia penal deberá ser del total de lo debido (cuotas, obreras y empresariales, y conceptos de recaudación conjunta).

Por otro lado, el fraude en la elusión del pago puede realizarse, también, *falseando en los documentos de cotización presentados en plazo reglamentario los conceptos o las cuantías por los que se deba cotizar*. En estos supuestos, aún cuando el «quantum» de lo defraudado se determinará mediante la diferencia global entre la deuda legalmente exigible y la que realmente se ingresó, es evidente que el objeto de la maniobra falsaria o fraudulenta puede recaer, prioritaria o exclusivamente, sobre uno de los conceptos a ingresar (cuotas o conceptos de recaudación conjunta). Su relevancia penal deriva de que el obligado al pago oculta a la Administración la real deuda exigible, pues, a pesar de la presentación de los documentos de cotización, éstos se encuentran falseados con el claro ánimo defraudatorio de causar un perjuicio a la Seguridad Social. Las prácticas de cotización «defectuosa» más frecuentes parecen ser las siguientes (89):

- a) No declarar una parte de la retribución, que se paga «en negro», sin que quede constancia de la misma en nómina.
- b) Dar apariencia de gasto (dietas, pluses extrasalariales, gastos de locomoción, de vivienda, de ropa de trabajo, etcétera) en la nómina a lo que en realidad es salario.
- c) Pactar en convenio colectivo el carácter no cotizable de determinados conceptos salariales.
- d) No cotizar por cantidades cuyo carácter salarial se refleja en la propia nómina, de tal suerte que la base del boletín de cotización será inferior a la del recibo de salarios.

---

(88) Me refiero, claro está, al impago total. Sí es posible, lo que analizaremos a continuación, que se desfigure de los documentos de cotización la determinación correcta de las cuotas a satisfacer, teniendo por objeto tanto las obreras cuanto las empresariales, o ambas al unísono.

(89) Recogidas en el «Informe sobre el fraude en España», cit., pp. 221 y ss.

e) Aparentar que el contrato a jornada completa lo es a tiempo parcial, en el que se cotiza únicamente por la retribución percibida por las horas trabajadas.

f) Aplicar un grupo de cotización inferior al que, por su categoría profesional, corresponda al trabajador, con la consiguiente sujeción a un tope de cotización inferior.

g) Errores intencionados en los documentos de cotización, ya afecten a alguna base individual, ya a la suma de todas ellas.

h) Aplicación de tipos inferiores a los debidos: 1. Cotización por horas extraordinarias no estructurales, sujetas al tipo general de cotización, como si fuesen estructurales o debidas a fuerza mayor, a las que se aplica un tipo reducido. 2. Declaración de actividades de menor riesgo que las efectivamente desempeñadas por los trabajadores, para la aplicación de epígrafes de accidente de trabajo y enfermedades profesionales más bajos.

Finalmente, la elusión parcial o total de la deuda objeto de recaudación puede llevarse a cabo a través de una *fraudulenta «compensación»*. Como ya sabemos, la compensación va referida a los supuestos de colaboración obligatoria de la empresa en la gestión de la Seguridad Social. Las cantidades abonadas por el empresario en concepto de esta colaboración obligatoria —por incapacidad laboral transitoria y por desempleo parcial— y correspondientes al período a que se refieran los documentos de cotización, podrán ser compensadas con el importe de las cuotas devengadas en idéntico período (90). La compensación fraudulenta supondrá, entonces, la aplicación indebida o en mayor cuantía de estas prestaciones de pago delegado, con la finalidad de reducir el importe de la liquidación de cuotas (91).

#### b) *El fraude en la obtención indebida de devoluciones (92).*

Como ya sabemos, los sujetos obligados al pago tendrán *derecho a la devolución total o parcial del importe de los recursos que por error*

---

(90) Vid. supra, y art. 77 RGRSS.

(91) Los mecanismos de compensación son idénticos a los de imputación de deducciones o bonificaciones. En ambos casos se reflejan en los documentos de cotización, reduciendo la deuda en la cantidad resultante a compensar o deducir. Al hablar el tipo penal solamente de deducciones (disfrute indebido y fraudulento), el acatamiento al principio de legalidad nos obliga a tratar estos supuestos como casos de elusión del pago de cuotas o conceptos de recaudación conjunta. La principal consecuencia recaerá en el momento del cálculo de la cantidad defraudada. Remitimos, pues, al lector al lugar de su tratamiento. Vid. no obstante, supra.

(92) En el momento de escribir estas líneas existen algunos problemas para determinar con absoluta certeza la normativa aplicable al ejercicio del derecho a la devolución de ingresos indebidos. En efecto, *el RD 1.637/1995, de 6 de octubre, aprueba el nuevo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.*

*se hubiesen recaudado*. Salvo que el ingreso de las cuotas se haya producido maliciosamente, esto es, con la clara intencionalidad de elevar indebidamente las futuras prestaciones de la Seguridad Social (arts. 23 LGSS y 44 RGRSS) (93).

El derecho a las devoluciones por las cantidades ingresadas indebidamente debe tener causa en error de hecho o de derecho con ocasión del pago de las deudas. Y, en particular, en los casos de duplicidad en el pago de una misma deuda, de pago de una cantidad superior al importe de las autoliquidaciones de los sujetos obligados o al de las liquidaciones efectuadas por la Administración de la Seguridad Social, de ingreso después de prescribir la acción para exigir su pago o el derecho a efectuar la oportuna liquidación, y, en general, de cualquier error material, aritmético o de hecho cometido en las liquidaciones o en cualquier acto de gestión recaudatoria, así como cuando exista condonación de deuda ya ingresada.

La devolución de ingresos indebidos requiere, en todo caso, la tramitación a través de un «*expediente de devolución*» (94). En lo que ahora nos interesa, el expediente de devolución tiene por objeto el reconocimiento del derecho a la devolución y consiguiente pago material de lo indebidamente ingresado (95).

Lógicamente, a su vez, se deroga el anterior, aprobado por RD 1.517/1991, de 11 de octubre. Hasta aquí, la cuestión es sencilla. Simplemente, lo que se encontraba regulado en el art. 42, ahora se halla en el art. 44. Los problemas surgen porque la regulación de la iniciación, instrucción y resolución del expediente de devolución se encuentra en la OM de 8 de abril de 1992, que desarrollaba el derogado Reglamento General de Recaudación. El vigente Reglamento General de Recaudación aún no ha sido objeto de desarrollo, por lo que parece que deberá seguir aplicándose la Orden Ministerial citada en todo lo que no contradiga al nuevo Reglamento General de Recaudación. Lo que puede asentarse en una interpretación a «sensu contrario» de la disposición derogatoria única del RGRSS de 1995; donde se afirman que quedan derogadas «...las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en el Reglamento que por este Real Decreto se aprueba».

(93) No será obstáculo para la efectividad del derecho a la devolución que las cantidades ingresadas indebidamente hubiesen sido ingresadas después de ser objeto de reclamación de deuda, acta de liquidación o de cualquier otro acto de liquidación y de gestión recaudatoria, siempre que el derecho a la devolución resulte o se reconozca en la resolución de un recurso administrativo o por acuerdo o resolución que suponga la revisión o anulación del acto administrativo que hubiere dado lugar al ingreso de una deuda en cuantía superior a la que legalmente procedía (art. 44.3 RGRSS).

(94) Véase, en lo que sigue, arts. 32 a 36 de la OM de 8 de abril de 1992.

(95) En realidad, también puede tener por objeto la ejecución de la devolución solamente cuando el derecho a la devolución haya sido reconocido en una resolución administrativa o judicial distinta de los actos por los que se realiza el pago material del ingreso reconocido como indebido. Ciertamente, no es descartable la posibilidad de un fraude en la obtención indebida de devoluciones a través de la provocación de una resolución administrativa o judicial favorable. El supuesto, no obstante, es casi de laboratorio, pues requeriría una previa liquidación administrativa de cuotas que, posteriormente, devendría una liquidación en cuantía excesiva por mor de la maniobra fraudulenta, y, en consecuencia, obligaría a una resolución administrativa o judicial viciada por el engaño y favorable al perceptor de la devolución. No creo que merezca la pena detenerse en este supuesto, si bien desde un punto de vista teórico podría tener algún interés el problema de concurrencia con una posible estafa procesal.

El expediente, cuando se inicia a instancia de parte, deberá contener los hechos, razones y petición en la que se concrete con toda claridad la pretensión. Además, se deberán adjuntar los documentos que demuestren el derecho a la devolución y la realización del ingreso indebido, así como cuantos elementos de prueba el interesado considere oportuno al efecto. En fin, el expediente deberá seguir su tramitación ordinaria, con nombramiento de instructor, propuesta de resolución, alegaciones, resolución, ejecución, etcétera.

Desde la perspectiva del ilícito penal, interesa subrayar tan sólo algunas notas que pudiera presentar el fraude en la modalidad de obtención indebida de devoluciones.

Pues bien, parece evidente que nos encontramos ante un supuesto que no *admite la modalidad omisiva*. Antes bien, requerirá una maniobra engañosa que proyectada sobre el expediente de devolución consiga torcer la resolución del órgano administrativo. Se entenderá fácilmente la exigencia de un engaño capaz de inducir a error a la Seguridad Social. Lo cual, parece que deberá instrumentarse a través de falsedades documentales. Estas, no sólo consistirán en la alegación de hechos falsos en el expediente, sino que muy probablemente hará falta la falsedad en la documentación presentada con la finalidad ilícita de obtener la resolución favorable a la devolución. En consecuencia, la *concurrencia con delitos de falsedad en documento* es prácticamente inevitable, lo que deberá resolverse aplicando las reglas generales que disciplinan el concurso «medial» de delitos (art. 77 NCP); si bien deberá tenerse en cuenta la irrelevancia penal de la mayor parte de falsedades ideológicas realizadas por particular en el nuevo Código penal (art. 392).

Ahora bien, en la medida en que esta modalidad del delito contra el patrimonio de la Seguridad Social *requiere la realización de un acto de disposición (la resolución del órgano administrativo competente favorable a la devolución)*, también se entenderá sin dificultad que será precisa la existencia de un *error* en el engañado. Error que se convierte en el presupuesto ineludible de la disposición patrimonial perjudicial para las arcas de la Tesorería General de la Seguridad Social. La imputación objetiva del resultado dañoso (la cantidad indebidamente devuelta) a la maniobra engañosa requerirá que el acto de disposición se fundamente en el error por ella provocado. No basta pues, con una devolución indebida basada en peticiones carentes de fundamento. Es preciso, que la devolución indebida tenga su origen en la documentación falsa aportada por el autor del delito. En otras palabras, no se criminaliza la obtención indebida de devoluciones; se criminaliza la conducta fraudulenta que tenga por objeto la obtención indebida de devoluciones.

c) *El fraude en el disfrute indebido de deducciones por cualquier concepto.*

Tal y como se ha desarrollado en páginas precedentes, por deducciones deben entenderse cualquier tipo de bonificaciones o reducciones

de toda naturaleza, concedidas en las deudas por cuotas a la Seguridad Social. Este *concepto amplio de deducción* se deriva claramente de los términos empleados por el art. 77.2 RGRSS: «...bonificaciones, reducciones u otras deducciones en las cuotas de Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta». *La deducción sería, por tanto, el género, mientras que las bonificaciones y reducciones de cualquier naturaleza, la especie.*

Asimismo, como también sabemos, no serán objeto de incriminación por la modalidad que nos ocupa los conceptos que respondan a la naturaleza de «compensaciones» y de «subvenciones». Mientras que la imputación fraudulenta de las primeras debe contemplarse en la modalidad típica de la elusión del pago de cuotas y conceptos de recaudación conjunta, la obtención de las segundas mediante fraude tan sólo alcanzaría relevancia penal si se compadeciera con los términos legales de los delitos de fraude de subvenciones (arts. 308 y 309 NCP) (96).

Recordemos también que, por lo que respecta al mecanismo legal de imputación de las deducciones, debe subrayarse que el sujeto responsable que tenga concedidas bonificaciones, reducciones o deducciones de otra naturaleza en sus deudas por cuotas y no las hubieren perdido por incurrir en sanción o por cualquier otra causa, podrán deducir su importe en el boletín de cotización, en los siguientes supuestos:

a) Cuando, cualquiera que sea el momento del pago de las cuotas, se hubieren presentado los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario.

b) No obstante, la Tesorería General de la Seguridad Social, previa resolución de la Entidad Gestora reconociendo el derecho a las deducciones o cuando éstas se concedan automáticamente por las normas reguladoras de las mismas, podrá autorizar a los obligados al pago a que apliquen tales deducciones en los documentos de cotización correspondientes a períodos distintos de aquéllos a los que la liquidación se contrae pero referidas a los períodos de cotización que dicha Tesorería General determine (art. 77.2 RGRSS).

*De este modo, cuando resulte procedente la deducción y/o la compensación, se minorará o extinguirá la deuda por dichas cuotas así como por los conceptos de recaudación conjunta y recargos pertinentes sobre unas y otros en dicho período hasta el importe de las cantidades deducibles y/o de las prestaciones compensables, cualquiera que sea el momento de su pago.*

Dada la innumerable casuística sobre deducciones, reducciones o bonificaciones, no parece posible en este contexto detenerse en mayores detalles. A mayor abundamiento, debe recordarse que el vigente Reglamento General de Recaudación del Sistema de Seguridad Social no ha sido aún desarrollado. El intérprete deberá tener en cuenta, pues, en su momento, la normativa aplicable.

---

(96) Vid. supra.

Sí puede afirmarse, en términos generales, que el delito requerirá que el disfrute de deducciones se realice de forma indebida y fraudulenta. La conducta se instrumentará, normalmente, a través de una imputación indebida de las deducciones en los documentos de cotización, con el fin de disminuir el importe de la liquidación de cuotas. Bien aplicando bonificaciones y reducciones de mayor cuantía, bien simulando la existencia de contratos bonificados.

Parece probable que la manipulación o falseamiento de los documentos de cotización vaya acompañada de la realización de otras falsedades documentales. Pues, lógicamente, el reconocimiento de la procedencia de la deducción exigirá soporte documental probatorio, como podría ser el acompañamiento de un ejemplar del modelo de relación nominal de trabajadores con bonificación o reducción de cuotas por cada modalidad de bonificación, reducción o cualquier otro beneficio deducible a que tenga derecho la empresa. Lo que, sin duda, se convertirá en una sólida base para poder afirmar el dolo y el ánimo fraudulento exigidos por el tipo penal. Todo ello, claro está, con independencia de la apreciación del concurso de delitos que corresponda.

## *2.2. La necesidad de que el perjuicio irrogado a la Tesorería General de la Seguridad Social exceda de quince millones de pesetas.*

El delito contra la Seguridad Social se configura como un delito de resultado material, cuya perfección típica exigirá la producción de un perjuicio económico en la Tesorería General de la Seguridad Social. Sobre esto, y sólo sobre ello, parece reinar acuerdo. El resto de cuestiones que afectan a la cuantía defraudada son objeto de polémica doctrinal y jurisprudencial; si bien, como no podía ser de otro modo, referida a los delitos contra la Hacienda Pública. Los términos del debate, no obstante, serán idénticos, pues el legislador en este punto también ha procedido a una regulación notablemente similar a la del delito fiscal.

Las líneas que siguen no albergan la pretensión de zanjar la discusión, ni siquiera se procederá a reproducir la misma. Tan sólo se intentará llegar a una cierta claridad en la interpretación de los términos legales. En este sentido, se pondrá de relieve la decisión político-criminal de someter a una cuantía fija —y en una cierta cantidad— la delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo; se optará por una de las dos alternativas posibles a la hora de fijar la naturaleza jurídica de la cuantía defraudada: condición objetiva de punibilidad o resultado típico; lo que nos llevará, lógicamente, a tener que pronunciarnos sobre el objeto del dolo y sobre la posibilidad (teórica) de la punición de las formas imperfectas de realización; finalmente, aun cuando no en importancia, será preciso analizar los términos legales en torno a la determinación de la cuantía.

Así pues, la primera decisión política que se vierte en la regulación del nuevo delito contra la Seguridad Social, reside en *someter la relevancia penal del fraude a la presencia de un perjuicio económico cifrado en una cuantía mínima que exceda de quince millones de pesetas*. Técnicamente, la decisión no es novedosa, pues, como es sabido, ya venía siendo utilizada en el seno de los delitos fiscales. Que la conducta típica no adquiera relevancia penal si la cuantía de lo defraudado no supera los quince millones de pesetas, no implica que cualquier perjuicio que exceda dicha cantidad merecerá una respuesta penal. Obviamente, ello requerirá, además, la presencia de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo y subjetivo que estamos analizando. Es ésta, quizás, la primera advertencia que deba hacerse al intérprete. *La delimitación entre el injusto penal y el injusto administrativo no reside, exclusiva ni prioritariamente, en la cantidad defraudada*. La presencia del desvalor de acción y del desvalor del resultado son ineludibles para teñir de naturaleza penal la conducta enjuiciada. En otros términos, la provocación de un perjuicio de más de quince millones de pesetas merecerá sanción penal si, además, se ha causado fraudulentamente, mediante una de las modalidades típicas descritas, obedece a las reglas de la imputación objetiva, responde a las exigencias de autoría, acompaña a la conducta el dolo y el ánimo fraudulento, etcétera. Lógicamente, el límite cuantitativo desplegará toda su eficacia discriminadora allí donde presentes todos los elementos típicos, no es posible demostrar el «quantum» de perjuicio exigido.

Otra cosa es, ciertamente, la decisión sobre la concreta cifra elegida, así como sobre la no introducción de algún criterio correctivo de naturaleza proporcional. En torno a lo primero, es evidente que se ha optado por su equiparación a lo previsto en el delito de elusión del pago de tributos. Sin embargo, entiendo que mientras en los delitos contra la Hacienda Pública pudiera ser razonable la actualización de la cantidad de cinco a quince millones, tras diez años de previsión de la primera, en el delito contra la Seguridad Social, dado el montante inferior de las cuotas, devoluciones y deducciones sobre las que se opera, el límite pudiera devenir excesivamente restrictivo. Sin duda, razones de prudencia ante la tipificación de un nuevo delito, y cierto desconocimiento de la realidad criminológica subyacente han podido abonar la decisión adoptada.

Por otro lado, el legislador no consideró propuestas que incidían en la necesidad de someter la cantidad elegida a un límite proporcional. Debe subrayarse, en este sentido, que en el Congreso llegó a prosperar el acuerdo sobre la necesidad de que el umbral del delito fiscal, además de superar los quince millones de pesetas, se situara en, cuando menos, un veinte por ciento del total de la cuota defraudada. Ambos requisitos debían entenderse como concurrentes, de forma que si se excedía de

quince millones, pero ello no suponía el 20% de la defraudación y no podría afirmarse el delito (97).

Sea como fuere, finalmente la letra de la ley tan sólo refleja la exigencia de cantidad mínima defraudada en quince millones de pesetas. Lo cual, también debe advertirse, *tendrá su incidencia además en la determinación de la pena aplicable. Pues, por lo que se refiere a la naturaleza pecuniaria se establece una multa proporcional —del tanto al séxtuplo de la cuantía—, y con respecto a la privativa de libertad, la cantidad mínima de quince millones deberá ser el referente básico para cifrar la apreciación de la agravante de especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado, prevista en el art. 307.1.b) del NCP.*

En otro orden de consideraciones, es discutida, y probablemente discutible, la naturaleza jurídica que deba reconocerse a la concreta cuantía exigida para traspasar el umbral de la relevancia penal. En efecto, como es sabido, las opiniones se dividen entre los que entienden que nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad, y los que defienden que se trata de un elemento del tipo objetivo. Así, para los primeros (98), nos encontramos ante un criterio de necesidad de pena o de restricción de la punibilidad de la conducta, ajeno a lo injusto del hecho. Se trata de una opción político-criminal que obedece a la necesidad de procurar una intervención selectiva del derecho penal, mas de todo punto extraña a la configuración del injusto y la culpabilidad. En consecuencia, por un lado, el conocimiento integrante del dolo del autor no tiene por qué abarcar la cuantía mínima exigida, basta con comprender el carácter fraudulento de la conducta y la provocación -en abstracto- de un perjuicio económico. En otros términos, el error sobre el «quantum» de lo defraudado carecería de relevancia. Por otro lado, también parece improbable, desde esta perspectiva, la punición de las formas imperfectas de ejecución: tentativa acabada e inacabada (99).

---

(97) Sobre la tramitación parlamentaria de esta cuestión, puede verse, SÁNCHEZ LLIBRE, J., «La nueva regulación del delito fiscal», en AAVV, «Nueva Regulación del delito fiscal contra la Seguridad Social», ed. por el Consejo de Colegios de Graduados Sociales de Catalunya», Barcelona, 1995, pp. 59 y ss.

(98) Sostienen que nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad: PÉREZ ROYO, «La represión del fraude tributario y el nuevo delito fiscal», en «Medidas urgentes de reforma fiscal», Madrid, 1977, vol. I, p. 162; téngase en cuenta, no obstante, que este autor cambiará su opinión, entendiéndolo que nos encontramos ante un elemento del tipo de injusto, esencialmente a partir de la introducción en nuestro Código penal del denominado delito contable: vid, PÉREZ ROYO, «Los delitos y las infracciones...», cit., p. 133; BACIGALUPO ZAPATER, E., «El delito fiscal en España», en RFDUC, n.º 56, 1979, p. 79; MUÑOZ CONDE, P.E., cit., p. 871; ARROYO ZAPATERO, L., «Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones», Madrid, 1987, pp. 101 y ss.; BERDUGO/FERRÉ, «Todo sobre el fraude...», cit., pp. 84 y ss.; entre otros.

(99) A juicio de ARROYO ZAPATERO, «Delitos contra la Hacienda Pública...», cit., pp. 104 y ss., la impunidad de las formas imperfectas de ejecución no es consecuencia necesaria de la naturaleza de condición objetiva de punibilidad de la cuantía

Desde el ángulo inverso, se mantiene su pertenencia al tipo objetivo (100). No se podría afirmar que la cuantía del fraude es ajena a la conducta fraudulenta realizada por el autor del delito. Antes bien, debe ser abarcada por el dolo y, además, de esta forma se evitarían lagunas de punibilidad al resultar punibles las formas imperfectas de ejecución.

Desgraciadamente, sobre todo ello ni siquiera podemos proporcionar al lector un criterio jurisprudencial firme, pues los pronunciamientos en ambos sentidos son constantes y reiterados (101).

A mi juicio, nos encontramos ante un elemento del tipo de injusto. Aun cuando sin duda disten de ser definitivos, quisiera aportar a los ya conocidos algún otro argumento:

*Primero:* A pesar de que el intérprete debe atenerse a la voluntad de la ley, atendiendo a su sentido objetivo, pudiera no ser supérfluo subrayar que la discusión en la tramitación parlamentaria de la Ley Orgáni-

---

defraudada. Por su parte, BERDUGO/FERRÉ, «*Todo sobre el fraude...*», cit., p. 86, afirman: «...la tipificación de figuras como el delito contable, aparentemente estarían en contradicción con la exclusión de la relevancia penal de las formas imperfectas de ejecución del fraude fiscal. Justamente los tipos del artículo 350 bis del Código Penal cobran sentido como consecuencia de la no relevancia, con carácter general, de las formas imperfectas, pues implican seleccionar aquellos actos previos al fraude que en opinión del legislador merecen la intervención del Derecho penal. Argumento al que hay -que añadir las dificultades que se vinculan a una consideración de la cuantía como componente del tipo, en cuanto debería ser captado por el dolo y la cantidad concreta defraudada, puede que no se sepa hasta un momento muy posterior a la defraudación.» A mi juicio, los argumentos no pueden considerarse definitivos. Por lo que respecta a la criminalización del delito contable, obstruccionismo fiscal, incumplimiento de deberes formales tributarios o como quiera llamarse, el argumento es claramente reversible. Pues, la existencia del delito es también prueba de la posibilidad técnica de las formas imperfectas de ejecución, incluso de la necesidad de que algunas de ellas revistan el carácter de delito autónomo, aun cuando la cuantía del fraude perseguido no alcance los mínimos exigidos en el delito fiscal. Por último, las dificultades que se aprecian para que la cuantía sea abarcada por el dolo, dado que la determinación concreta del fraude se establecerá con posterioridad, concretamente por el juez de lo penal, no parecen superiores a otros delitos similares. Sencillamente, bastará con un conocimiento del «quantum» de lo defraudado en términos de «dolo eventual», y, por otra parte, el hecho de que la cuantía definitiva del fraude se determine tiempo después (normalmente pasarán años) por el juez penal, no significa, lógicamente, que el autor del delito en el momento de realizar el hecho no tenga un conocimiento razonable, aproximado y altamente probable de la dimensión lesiva de su comportamiento.

(100) Véase, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «*El nuevo delito fiscal*», en Comentarios a la Legislación Penal, Madrid, 1983, T. II, pp. 272 y ss.; PÉREZ ROYO, «*Los delitos...*», cit., p. 133; MARTÍNEZ PÉREZ, «*Teoría general de los delitos contra la Hacienda Pública*», en Comentarios a la Legislación Penal, T. VII, Madrid, 1986, p. 266; AYALA GÓMEZ, «*El delito de defraudación...*», cit., pp. 218 y ss.; MORALES PRATS, F., «*Acotaciones a la reforma penal en la esfera tributaria: aspectos dogmáticos y político-criminales*», en Revista Técnico Laboral, 1986, p. 11; BAJO/SUÁREZ, P. E., «*Delitos patrimoniales y económicos*», cit., pp. 613 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ/HERRERA MOLINA, «*Delito fiscal y Constitución (A propósito de la STS de 27 de diciembre de 1990)*», en CPC, n.º 45, 1991, pp. 750 y ss. (en nota n.º 13); entre otros.

(101) Véanse, las *SSTS* de 2 de marzo de 1988 y de 27 de diciembre de 1990 (*RJ* 1.520 y 5.209, respectivamente).

ca 6/1995 que modifica los delitos contra la Hacienda Pública e introduce el nuevo delito contra la Seguridad Social, denota claramente la opción del legislador a favor de la consideración de la cuantía de lo defraudado como elemento del resultado del delito. En efecto, se llega a proponer la necesidad de un pronunciamiento claro a favor de la consideración de la cuantía como condición objetiva de punibilidad. La fórmula idónea, a juicio de sus defensores, sería la de reflejar el condicionamiento de la punición de los hechos a partir de determinada cantidad defraudada en un párrafo aparte de la descripción típica. Obviamente, la propuesta fue rechazada, y junto a las distintas modalidades comisivas se especifica el resultado típico exigido.

*Segundo:* La necesidad de que el resultado sea abarcado por el dolo, y la consecuencia de la relevancia del error sobre la cuantía como error de tipo, no tiene por qué conducir a situaciones intolerables de impunidad. Lo que se entenderá perfectamente si se tiene en cuenta que basta para colmar las exigencias de la imputación subjetiva con la presencia del dolo eventual. El autor tan sólo debe ser consciente de que la gravedad de las maniobras fraudulentas realizadas pudieran ocasionar, con una alta probabilidad, el perjuicio exigido.

*Tercero:* El nuevo delito contra la Seguridad Social, al igual que la regulación vigente de los delitos contra la Hacienda Pública, incorpora una serie de circunstancias agravantes, o si se quiere con mayor precisión técnica, una serie de elementos que cualifican la infracción agravando la pena. En lo que ahora nos ocupa, cobra especial importancia la *agravación en virtud de «la especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado»* (art. 349 bis.1.b) CP; 307 1.b) NCP). En estos casos, la pena deberá imponerse en su grado máximo —o en términos del NCP— en su mitad superior. Parece evidente, que si la determinación concreta de pena cualificada viene impuesta por la presencia de un específico elemento, deberá convenirse en que este elemento provoca una mayor gravedad en el injusto o en la culpabilidad. Otra cosa, sería tanto como negar la necesaria proporcionalidad entre ilícito y sanción. En otros términos, las circunstancias o elementos cualificantes que agravan las específicas figuras de delito no pueden tener otro fundamento que la modificación a su vez de la gravedad del hecho o de la culpabilidad (102). En este caso, parece que

---

(102) Ello implica tomar partido por la tesis que defiende la vinculación material de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a los elementos de la teoría del delito; incluyendo en la apreciación no sólo las genéricas, sino también aquellas que sirven para formar tipos atenuados o agravados en la Parte especial del Código penal. En este sentido, ya Díez Ripollés, J.L., «*Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español*», en ADPCP, 1977, pp. 597 y ss.; Alonso Alamo, M., «*El sistema de las circunstancias del delito*», Valladolid, 1981, p. 206; Cerezo Mir, J., «*Curso de Derecho Penal Español. Parte General*», T. II, Madrid, 1990, pp. 103 y ss.; Valle Muñoz,

la importancia de la suma defraudada tan sólo puede afectar al desvalor del resultado, configurándolo como especialmente grave.

A su vez, también parece difícilmente rebatible la necesidad de que las exigencias de la imputación subjetiva se extiendan a las circunstancias cualificantes. Esto es, la apreciación de la agravante requerirá que la elevada cuantía del perjuicio irrogado sea abarcada por el dolo. Lo cual se desprende, como es sabido, de la todavía vigente regulación del error de tipo sobre «*elemento*» que agrave la pena [art. 6 bis a) CP], en la medida en que el término utilizado hace referencia tanto a las circunstancias agravantes genéricas, cuanto a los elementos cualificantes de las concretas figuras delictivas (103). Y, si se me permite, todavía con mayor rotundidad de la regulación del error de tipo prevista en el art. 14.2 del NCP: «El error sobre un *hecho que cualifique la infracción* o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.»

Pues bien, si cuando la cuantía es notoriamente elevada pertenece a lo injusto típico del delito y debe ser abarcada por el dolo para proceder a la aplicación de la agravación de pena, no parece que cuando no sea así, esto es, cuando exceda de quince millones de pesetas pero no alcance cotas excesivas, pueda desplazarse a una mera condición objetiva de punibilidad. En otros términos, si el principio de culpabilidad, o si se quiere, las exigencias de la imputación subjetiva, exige, para imponer una pena privativa de libertad de dos a cuatro años, que el autor conozca

---

J.M., «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español», ADPCP, 1992, pp. 561 y ss. Existen, no obstante, importantes opiniones discrepantes, entre las que debe ser destacada la de QUINTERO OLIVARES, G., «Determinación de la pena y política criminal», CPC, n.º 4, 1978, pp. 65 y ss.; id., «Derecho Penal. Parte General», 2.ª ed., Madrid, 1989, p. 609, para quien «...la pretensión de que todas las circunstancias agravantes o atenuantes han de tener una explicación en la antijuricidad o en la culpabilidad debe ser abandonada, pues, amén de que el contenido de esos conceptos es discutido, puede suceder que la razón de una atenuación o de una agravación no se encuentre ni en la antijuricidad ni en la culpabilidad, sino en postulados político-criminales fundados en la función o finalidad que se le quiere dar a la reacción penal.» También, asentando el fundamento dogmático de las circunstancias modificativas en la mayor o menor necesidad de tutela, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», Valencia, 1988, pp. 143 y ss. Entiendo, sin embargo, que siendo perfectamente asumible que en el ámbito de la determinación de la pena deban penetrar consideraciones político-criminales, ello no supone argumento alguno en contra de la vinculación de las circunstancias modificativas al injusto o a la culpabilidad. Afortunadamente, la política criminal juega un papel importante, no sólo en el ámbito de la determinación de la pena, sino en la configuración e interpretación de todos y cada uno de los elementos del delito: la determinación del contenido del dolo, el fundamento y alcance de las causas de justificación, la naturaleza y efectos del error sobre el tipo permisivo, por citar sólo algunos ejemplos, son prueba irrefutable de lo dicho y, sin embargo, no parece que fuera acertado desvincular tales cuestiones de la naturaleza y contenido material de los elementos de la infracción penal.

(103) Véase, MIR PUIG, S., «Derecho Penal. Parte General», 3.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 272 y ss.; GARCÍA ARÁN, M., en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, «Derecho penal. Parte General», Valencia, 1993, p. 419.

la elevada cuantía de lo defraudado, la imposición de una pena de uno a cuatro años también requerirá que la cuantía superior a quince millones de pesetas forme parte del objeto del dolo del autor.

Por último, no quisiera terminar este apartado sin hacer mención a las reglas que deben regir la determinación de la cuantía exigida en este delito. Así, tal y como expresamente se recoge en el Código penal (art. 349 bis. 2 CP; art. 307.2 NCP): «A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un período inferior a doce meses.»

En principio, no parece que pudieran surgir excesivos problemas interpretativos. Estamos ante una regla específica que hace inaplicable la regulación general del concurso real de delitos o, si se quiere, del delito continuado, para supuestos de defraudaciones imputables a períodos inferiores a doce meses. En la medida en que las liquidaciones para el pago de cuotas a la Seguridad Social corresponden a una periodicidad mensual, el legislador toma como base para determinar el «quantum» mínimo exigido para la intervención penal el año natural. Las consecuencias son evidentes. Sólo habrá delito si el perjuicio excede de quince millones de pesetas en el año natural; no es posible, por tanto, sumar lo defraudado en diferentes años para alcanzar la relevancia penal. Asimismo, aun cuando fuere posible alcanzar el límite requerido trimestralmente, o incluso mensualmente, no cabrá apreciar la existencia de un concurso real de delitos por cada una de las ocasiones en que se rebasen los quince millones de pesetas (trimestral o mensualmente), ni siquiera la existencia de un delito continuado -con sus específicas reglas de determinación de la pena-; el mandato legal obliga a apreciar un único delito contra la Seguridad Social por la cuantía de la suma defraudada a lo largo del año natural.

A mi juicio, sin embargo, la ley no presenta la claridad que hubiera sido deseable en lo referente a los conceptos en virtud de los cuales debe alcanzarse el perjuicio exigido. Es decir, se trata de determinar si los quince millones de pesetas deben responder al impago de cuotas o conceptos de recaudación conjunta, a la obtención indebida de devoluciones y al disfrute ilícito de deducciones, de manera conjunta o separadamente. En el primer caso, bastará alcanzar la cuantía requerida independientemente de que responda a diferentes conceptos: parte a elusión de cuotas, parte a devoluciones y parte a deducciones indebidas; asimismo, en esta hipótesis, aun cuando se defraudaran, por ejemplo, veinte millones de pesetas por cada uno de los conceptos nos encontraríamos ante un único delito en cuantía de sesenta millones. La segunda opción interpretativa nos llevaría a entender que el mínimo de fraude debería responder de forma independiente a alguno de los supuestos previstos: impago de cuotas, obtención de devoluciones o disfrute de deducciones; de forma que quedaría vedada la posibilidad de sumar can-

tidades heterogéneas en orden a afirmar el delito. Tan sólo si se rebasan los quince millones por impago de cuotas o por obtención de devoluciones o por disfrute de deducciones, de forma autónoma e independiente, podría procederse por ilícito penal. Asimismo, en este segundo supuesto, la presencia de fraudes superiores a quince millones de pesetas imputables a diversos conceptos daría lugar al concurso real o ideal de delitos pertinente.

Como se habrá observado, la cuestión presenta un calado político-criminal notable, y salvo que se alcance un importante consenso doctrinal y jurisprudencial al respecto, puede conducir a hipótesis de impunidad materialmente injustas.

Los términos legales parecen alimentar las dudas interpretativas, pues en la definición de las conductas punibles se hace referencia al fraude a la Seguridad Social «...siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de quince millones de pesetas...», y en los criterios aplicables para la determinación de la cuantía se especifica que «...se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción...». Técnicamente, *la cuestión reside en determinar si nos encontramos ante una «ley mixta alternativa» o ante una «ley mixta acumulativa»*. En efecto, como ha descrito GARCÍA ALBERO: «Las leyes mixtas se caracterizan por la reunión de diversas acciones en un mismo precepto que son abarcadas por la misma conminación penal, tratándose de indagar, mediante criterios hermenéuticos, si en realidad conforman diversas modalidades no autónomas de un mismo tipo (ley mixta alternativa) o por el contrario constituyen formas independientes de ejecución con relevancia propia (ley mixta acumulativa).» (104)

Los criterios generales para determinar cuándo nos encontramos ante una unidad típica adolecen del rigor necesario para resolver definitivamente la cuestión (105). Sin duda, porque tan sólo a partir de la

(104) GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem material y concurso de leyes penales*», Barcelona, 1995, p. 114; también, SANZ MORÁN A., «*El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*», Valladolid, 1986, pp. 118 y ss.; de leyes mixtas excluyentes y no excluyentes hablan COBO/VIVES, «*Derecho Penal. Parte General*», 3.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1990, p. 141.

(105) Recoge algunos de los criterios propuestos, GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem...*», cit., pp. 116 y ss.: «...cuando las diversas conductas alternativas no constituyan más que una casuística agotadora de una determinada forma de ataque, o de un determinado género de objetos de ataque a un mismo bien jurídico, que la ley ha pretendido captar de modo exhaustivo» (...) «...cuando pueda establecerse una relación *genus-species* entre las diversas modalidades ejecutivas o los distintos objetos materiales de la acción, en tanto en cuanto una de ellas implique necesariamente a las otras» . (...) «...las diversas conductas se establecen de modo secuencial, de mayor a menor grado de lejanía bien respecto de la lesión del bien jurídico o de progresión en relación con el objeto material de la acción» (...) «...cuando las diversas modalidades aparezcan estrechamente emparentadas, en tanto supongan la afección del mismo bien jurídico, la reunión de todas ellas en un mismo precepto puede constituir un importante indicio de que el legislador no les ha atribuido un desvalor de la acción diverso como para erigirse en tipos delictivos distintos pese a aparecer conminados con la misma pena.»

interpretación de las concretas figuras delictivas pueden esperarse los frutos deseados.

En este sentido, entiendo que el núcleo de la argumentación debe venir presidido por la configuración del bien jurídico protegido en el delito contra la Seguridad Social. Pues bien, tal y como ha sido desarrollado con anterioridad, el art. 307 NCP tutela el sistema de obtención de recursos a través de la recaudación de las cotizaciones empresariales y obreras legalmente debidas de la Seguridad Social. Incluso, en el supuesto de disfrute indebido de deducciones se presta atención a la función recaudatoria, y no a la de gasto o financiera. Lo realmente importante a efectos del tipo de lo injusto, es que el autor del delito impute indebidamente en los preceptivos documentos de cotización deducciones que hagan amornar la deuda real con la Seguridad Social. Los términos legales son a este respecto tajantes: sea cual sea la conducta a través de la que se instrumentalice el fraude, habrá de provocar un perjuicio económico de más de quince millones de pesetas. De entender que en la modalidad de disfrute de deducciones estamos ante otro bien jurídico —función de gasto o financiera—, habría que identificar el resultado del delito, no con la pérdida de ingresos de la Tesorería General de la Seguridad Social, sino con el daño para los fines públicos perseguidos con la actividad de gasto o fomento; lo que, por lo menos de *lege lata*, no parece fácilmente sostenible (106).

---

(106) Entiendo por ello que la letra de la ley interpone importantes escollos a la argumentación contraria, desarrollada en el seno del delito fiscal, por GRACIA MARTÍN, L., «Nuevas perspectivas...», cit., pp. 212 y ss. Este autor, entiende que en el art. 349 CP se cobijan dos tipos de injusto diferenciados e independientes: la elusión del pago de tributos y el disfrute indebido de beneficios fiscales. Su argumentación es, sin duda, coherente con la toma de posición respecto a los bienes jurídicos protegidos: «...en el tipo de la elusión del pago se afecta de un modo muy destacado (...) a la función de justicia del tributo, en el sentido de que el autor ataca el valor de la capacidad contributiva. (...). «...mediante la percepción indebida de beneficios fiscales se menoscaban las funciones político-económicas y financieras del tributo.» (p. 213). La consecuencia, a su juicio, es muy clara: «...no incurrirá en delito de defraudación tributaria quien, por ejemplo, defraude 4.000.000 de pesetas mediante una elusión de pago de cuota y, al mismo tiempo y además, otros 4.000.000 mediante la percepción de beneficio fiscal indebido, pues la cuantía de los 5.000.000 (el autor argumenta, lógicamente, con los límites cuantitativos vigentes con anterioridad a la reforma de 1995) debe referirse a cada uno de dichos conceptos sin consideración al otro. Pero, por el contrario, quien defraude 5.000.000 de cuota y al mismo tiempo, y además, otros 5.000.000 mediante la percepción de un beneficio fiscal indebido, realizará dos delitos de defraudación tributaria en concurso real o ideal...» (p. 214). La opción de este autor a favor de entender el delito fiscal como una «ley mixta acumulativa» choca frontalmente, como él mismo viene a reconocer, con la configuración del resultado típico llevada a cabo por la ley. Pues, en la modalidad fiscal del disfrute indebido de beneficios fiscales lo importante no sería la falta de ingresos del Tesoro Público, sino «... la cuantía en que el interés financiero se ha perjudicado, es decir, la cuantía de los recursos que se deberían haber movilizado en aras a la finalidad pública perseguida, la trascendencia de ésta, etc. ...» (p. 214, siguiendo a CAYÓN GALIARDO, «La unidad funcional de la Hacienda Pública», IEF, Madrid, 1988, p. 122).

A la conclusión alcanzada contribuye también la figura de la regularización de la deuda con la Seguridad Social, como excusa absolutoria (art. 349 bis.3 CP y 307.3 NCP). El fundamento de la exención de responsabilidad penal es, sin duda, la reparación del perjuicio irrogado mediante el pago de las deudas eludidas exigibles, y no mediante la compensación del daño producido a la política financiera a través de la frustración de los fines perseguidos por la Seguridad Social con la concesión de deducciones.

Menores problemas interpretativos plantea la modalidad de la obtención indebida de devoluciones. Pues, el núcleo del injusto es el mismo: tanto se daña a la función recaudatoria de la Seguridad Social eludiendo el pago de cuotas, cuanto obteniendo la devolución de forma indebida de las ya ingresadas. Que el mecanismo fraudulento sea diverso, tan sólo responde a la diversa regulación administrativa del sistema de recaudación de cuotas y del sistema de reconocimiento de devoluciones; lo que por sí solo no alcanza a configurar tipos de injusto diversos y autónomos.

En definitiva, *nos encontramos ante una «ley mixta alternativa»*. El fraude a la Seguridad Social puede llevarse a cabo a través de la elusión del pago de cuotas o conceptos de recaudación conjunta, la obtención indebida de devoluciones y el disfrute ilícito de deducciones. Sea como fuere, la relevancia penal de la conducta exige que la recaudación en el año natural sea inferior en más de quince millones a la cuantía legalmente debida.

### 2.3. *El dolo y el ánimo defraudatorio como exigencias del tipo subjetivo.*

El delito contra la Seguridad Social no admite la comisión culposa. En la redacción dada por la LO 6/1995, de 29 de junio, que lo crea, se especifica que el fraude deberá realizarse mediante «...acción u omisión *dolosa*». La exigencia expresa de dolo desaparece en la redacción del art. 307 del NCP, si bien no para dar entrada a la modalidad imprudente, sino por innecesariedad. En efecto, el Nuevo Código Penal modifica sustancialmente el sistema de incriminación de la imprudencia, de modo que tal y como reza su artículo 12: «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.» Dado que en ningún momento se hace referencia a la punición expresa de la imprudencia, ésta no alcanzará relevancia penal en el seno del delito contra el Patrimonio de la Seguridad

Social (107). En consecuencia, el error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal, también cuando fuera vencible.

La exigencia, además, del «ánimo fraudulento» como elemento subjetivo del injusto distinto al dolo, se desprende tanto de la dinámica defraudatoria en todo caso requerida, cuanto de su mención expresa en la letra de la ley (108).

En cualquier caso, no parece necesario, por lo menos en este lugar, detenerse más en las exigencias del tipo subjetivo del delito contra la Seguridad Social. Los problemas que pudieran surgir no distarían mucho de los de otros delitos semejantes; con lo que bastará con la aplicación de las reglas dogmáticas genéricas. Probablemente, deberá prestarse mayor atención a la necesidad de su constatación en el proceso penal. Pues, dada la naturaleza subjetiva de estos elementos, es evidente que no será posible su comprobación mediante prueba directa. Antes bien, como tiene declarado el Tribunal Supremo, y aún el Tribunal Constitucional, su prueba es una cuestión de «inferencias», en función de los datos anteriores, coetáneos y posteriores que corresponde resolver al juzgador «a quo». Esto es, mediante un proceso de deducción lógica, respetando las reglas de la experiencia humana y de la racionalidad, tal y como claramente expresa la *STS de 20 de noviembre de 1991 (RJ. 8.338)*: «...frente a una declaración inexacta o una no declaración, el juzgador debe descubrir, en una investigación psicológica, difícil pero necesariamente imprescindible, si hubo o no ánimo de defraudar y si la conclusión que se obtiene en un sentido u otro, es decir, en que existe «animus defraudandi» o en que no existe, es lógica, razonable y no arbitraria, ha de aceptarse en este trance procesal casacional. No sólo es aplicable la doctrina cuando el Tribunal «a quo» se convence razonada y razonable-

---

(107) Aun cuando la presencia en el tipo de un elemento subjetivo del injusto distinto al dolo conduciría igualmente, por lo menos a juicio de la doctrina mayoritaria y la práctica unanimidad de la jurisprudencia, a la exigencia, en todo caso, de dolo, no conviene olvidar que la decisión de que la intervención penal no deba detenerse en la neutralización de los ataques «dolosos» y especialmente peligrosos para determinados bienes jurídicos, no debe responder, empero, únicamente a la imposibilidad técnica de la comisión imprudente de algunas figuras delictivas. Antes bien, debe asentarse principalmente en el correcto entendimiento del carácter fragmentario del Derecho penal y de los principios que lo informan: intervención mínima y «ultima ratio». Las posibilidades de tutela y de reparación que albergan otras ramas de nuestro ordenamiento, sin duda, con una menor carga afflictiva, convierten en imperativo la decisión de proceder a una incriminación de la imprudencia de forma altamente selectiva. Esto es, solamente frente a las imprudencias más graves y en supuestos de bienes jurídicos esenciales de la comunidad.

(108) La exigencia de elemento subjetivo del injusto es admitida sin reparos, también, por la jurisprudencia. Véanse, *SsTS de 29 de junio de 1985 (RJ. 3.087)*, *2 de marzo de 1988 (RJ. 1.520)*, *26 de noviembre y 27 de diciembre de 1990 (RJ. 9.165 y 5.209 de RJ. 1991)*, *28 de junio de 1991 (RJ. 7.590)*, *20 de noviembre de 1991 (RJ. 8.338)*, *3 de diciembre de 1991 (RJ. 8.964)* y *9 de marzo de 1993 (RJ. 2.547)*, entre otras.

mente a través de la correspondiente inferencia, por tratarse de un elemento del ánimo, interno del sujeto, de que la intencionalidad existe, sino también con igual o mayor razón cuando estima que no se da.

El delito fiscal es una infracción penal tendencial, como sucede en general con los delitos llamados económicos, y este ánimo no puede presumirse aunque, como acaba de decirse, puede ser inferido o deducirse de los hechos probados a través de los llamados juicios de valor o inferencias lógicas y coherentes que desde luego son impugnables en casación...» (109).

---

(109) Véase sobre esto, la *STC de 26 de abril de 1990*.

# Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida (\*)

ANGEL JOSÉ SANZ MORÁN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo

## I. INTRODUCCIÓN

1. No es preciso subrayar la importancia que, desde cualquier perspectiva que se adopte, cobra el grupo de los delitos contra la vida humana independiente. Dogmáticamente, porque el homicidio y sus formas han servido siempre de banco de pruebas de las distintas categorías que conforman la teoría general del delito. Desde el punto de vista criminológico, los delitos contra la vida constituyen el núcleo de la denominada «criminalidad violenta», sobre cuya especial perceptibilidad por la sociedad es imposible exagerar. En clave político-criminal o, mejor aún, político-legislativa, baste recordar que todos los Códigos penales recientes inician con el grupo de los delitos contra la vida la caracterización de las particulares figuras delictivas. No podemos detenernos ahora en el problema más general de cómo se articulan estas tres diversas perspectivas de enfoque (dogmática, política criminal y criminología) que conforman la denominada —desde LISZT— «ciencia penal conjunta» (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) (1). En cualquier caso, a nadie se

---

(\*) El trabajo está cerrado y remitido al Anuario cuando el Proyecto de Código penal de 1994 se encontraba en fase de tramitación parlamentaria. Las referencias al Código penal vigente lo son, por tanto, al Texto Refundido de 1973. Sólo al corregir pruebas han podido incorporarse algunas indicaciones relativas al texto definitivo del nuevo Código Penal de 1995 (N. del A.).

(1) Véase, especialmente, ZIPF, H. *Kriminalpolitik*, 2. Aufl., Heidelberg 1980, pp. 7 ss. En la doctrina penal española, cfr., por todos, GARCÍA PABLOS, A. *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid 1988, pp. 118 y ss.

le oculta el predominio absoluto, en la ciencia penal española, del primero de los enfoques frente a los otros dos. Apenas existe problema dogmático, en este campo de los delitos contra la vida, que no haya sido objeto de análisis pormenorizado (2), mientras carecemos todavía de imágenes precisas de carácter empírico que permitan formular hipótesis criminológicas adecuadas, sin las cuales difícilmente se podrán efectuar propuestas político legislativas que sean algo más que un simple reflejo de posicionamientos previos ideológicos o un más o menos bienintencionado «experimento». Reviste, sin embargo, singular importancia esta perspectiva político legislativa en un momento como el actual, de profunda reforma de la legislación penal española, y en el que se retoma una y otra vez la idea de elaborar un Código penal de nuevo cuño. En el presente estudio vamos a observar, de modo predominante, esta perspectiva político legislativa (3), de la cual fue pionera, en el terreno que nos ocupa, la magistral contribución de TORIO LOPEZ, hace ya más de una década, sobre los delitos de asesinato y parricidio (4).

2. Antes de seguir adelante recordemos, siquiera sea de manera esquemática, el sentido de la actual regulación del grupo de delitos contra la vida humana independiente. La figura básica es el homicidio doloso del art.407 Cp., penado con reclusión menor (doce años y un día a veinte años). Frente a él encontramos dos figuras cualificadas o agravadas: el parricidio y el asesinato (arts.405 y 406 Cp., respectivamente). El primero comprende no sólo la muerte de los ascendientes o descendientes, sino también la del cónyuge y su marco penal se sitúa entre veinte años y un día y treinta años de privación de libertad (reclusión mayor). Esta era también la pena prevista para el asesinato hasta la Reforma Parcial y Urgente del Código penal de 25 de junio de 1983, que la elevó a reclusión mayor en su grado máximo (veintiséis años, ocho meses y un día a treinta años). No debe pasar desapercibida la enorme diferencia entre los respectivos límites mínimos de los marcos penales del homicidio (recuérdese: doce años y un día) y el asesinato, pese a lo discutible de algunas de las características configuradoras de éste y la dificultad de su apreciación en los supuestos concretos. Tales características son hoy,

---

(2) Véase, por todos, el amplio resumen que ofrecen Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia 1993.

(3) Sobre esta asimilación entre política criminal y política legislativa penal, cfr. recientemente KAISER, G. «Kriminalpolitik», en KAISER/KERNER/SACK/SHELLHOSS (Hrsg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. Aufl., Heidelberg 1993, pp. 280-286.

(4) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio, asesinato)», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Bilbao 1983, pp. 77-114. En esta misma perspectiva de enfoque destacan también, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E. «Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro Código penal», en *Doc. Jur.* 37/40 (monográfico PANCP), vol. 1, 1983, pp. 319-338 y DEL ROSAL BLASCO, B. «Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el Proyecto de Código penal de 1992», en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid 1993, pp. 947-960.

como es bien sabido, la alevosía, el precio, recompensa o promesa, el ensañamiento, la inundación, incendio, veneno o explosivo y la premeditación conocida.

Figuras privilegiadas o atenuadas respecto al homicidio doloso son, en nuestro derecho vigente, el infanticidio del art. 410 Cp., configurado según el modelo de la «causa honoris» y cuyo privilegio se extiende también a los abuelos maternos (la pena prevista es prisión menor, es decir, de seis meses y un día a seis años) y las diferentes hipótesis recogidas en el art. 409 Cp., conductas todas ellas relacionadas con la aceptación de la muerte por la víctima: auxilio o inducción al suicidio (pena de prisión mayor: seis años y un día a doce años) y el denominado «homicidio-suicidio», esto es, cuando el auxilio al suicida se presta «hasta el punto de ejecutar él mismo (el auxiliador) la muerte», conducta sancionada con la misma pena que el homicidio simple, pero con el efecto privilegiador de su apreciación preferente frente a los tipos cualificados de parricidio o asesinato («efecto obstructor del tipo más benigno»), según opinión pacífica en la doctrina penal española.

La orientación prioritariamente político legislativa del presente estudio nos permite pasar por encima de la multiplicidad de problemas que ofrece esta regulación de los delitos contra la vida humana independiente. Baste recordar la inacabable discusión en torno a la caracterización de las recíprocas relaciones entre los distintos tipos (bien como «delicta sui generis», bien como simples modalidades, privilegiadas o cualificadas, de un mismo tipo básico), problema cuya solución determinará la de otras cuestiones asimismo intensamente debatidas, como son las que se refieren a las formas de autoría y de participación criminal, el tratamiento de las diversas clases de error, en particular el error impropio, o las complejas hipótesis concursales que puedan suscitarse en la situación concreta (5).

Problemas particulares presenta, en nuestro derecho positivo, la caracterización del homicidio culposo, debido al peculiar criterio de regular la imprudencia a través de cláusulas generales, que atienden básicamente a la gravedad de la culpa misma, con independencia de la índole del resultado producido, lo que provoca que el homicidio culposo se reparta hoy entre el art. 565 Cp., cuando la imprudencia causante de la muerte es «temeraria», y el art. 586 bis Cp. si aquella imprudencia es caracterizable como «simple», en cuyo caso estamos ante una conducta constitutiva de falta, perseguible además sólo mediante previa denuncia de la parte agraviada, lo que sin duda comporta, en afortunada expresión de

---

(5) Además de las obras generales, en particular, la ya citada de DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), ofrece amplia información sobre estas cuestiones, con un sugerente punto de vista propio para su solución, la monografía de PEÑARANDA RAMOS, E. *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid 1991. Cfr. también la recensión (y réplica) que, con el mismo título, ofrece E. GIMBERNAT ORDEIG, en *ADPCP* 1992, pp. 833-854.

TORIO, una «trivialización en la protección jurídica de la vida» (6); pero sobre esta cuestión tendremos ocasión de volver más adelante.

Hasta la reforma del Código penal de 21 de junio de 1989 se recogía además (art.408) la figura del homicidio en riña tumultuaria, de conformidad con un modelo de sucesivas presunciones de autoría, en conexión con lo que disponían los artículos 424 y 585, núm.3 Cp. Hoy, la única referencia legislativa al fenómeno de la riña tumultuaria y sus eventuales consecuencias penales se encuentra en el art.424 Cp. Al final de este estudio nos ocuparemos brevemente con el sentido de este precepto y las alternativas que, en relación a este mismo fenómeno, nos ofrece el derecho comparado.

El Código penal vigente contiene, por otra parte, una serie de figuras delictivas cualificadas o agravadas por el resultado «muerte»: así, en los delitos contra la salud pública (art. 348 Cp.), o en el delito de aborto (art. 411 Cp.) o en el robo con violencia o intimidación en las personas (art. 501 Cp.), por recordar algunos ejemplos muy característicos. No existe, sin embargo, un precepto paralelo para las lesiones con resultado mortal, lo que ha provocado una rica discusión en torno al tratamiento que deba darse al denominado homicidio preterintencional. Será también al final de esta contribución cuando abordemos sucintamente estas cuestiones, siempre desde la perspectiva político legislativa aquí adoptada.

Para terminar con este esquemático repaso por la regulación penal del fenómeno de la muerte violenta, resta sólo recordar la existencia de algunos preceptos, de aplicación preferente frente a los tipos que estamos considerando, que se refieren expresamente a la muerte dolosa de víctimas de singular condición, como sucede con el homicidio del Jefe del Estado español (art. 142 Cp.) o de su sucesor (art. 148 Cp.), o el homicidio de un Jefe de Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida (art. 136 Cp.); mención particular merece, en fin, la modalidad de genocidio prevista en el n.º 1 del art. 137 bis Cp. Todos estos supuestos van a quedar, sin embargo, fuera de nuestra consideración en las páginas siguientes.

3. Es suficientemente conocido el «tortuoso» itinerario de la reforma penal española más reciente. Destaquemos sólo las líneas más significativas de los sucesivos Proyectos en la regulación de la materia que nos ocupa. El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal (PLOCP) de 1980 ofrecía escasos cambios en relación al derecho vigente, salvo una sensible atemperación de los correspondientes marcos penales. Destacaba la inclusión, entre los elementos caracterizadores del asesinato, de los «móviles abyectos o fútiles». Se preveían, por otra parte, reglas penológicas particulares para la concurrencia, en el asesinato o el parricidio, de

---

(6) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid 1991, pp. 2529-2546 (p. 2541).

ulteriores circunstancias agravatorias. En el delito de auxilio al suicidio, se distinguía en función del carácter necesario o no de tal auxilio. Por fin, se abandonaba el criterio de la «causa honoris» como fundamento del privilegio del infanticidio, atendiéndose ahora a «la influencia del estado puerperal» o de las «tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento». En cuanto al resto de los fenómenos legislativos a los que aludíamos en el punto precedente, el Proyecto de 1980 regula conjuntamente el homicidio y las lesiones imprudentes y lleva también a las «Disposiciones comunes» a los «Delitos contra la vida y la integridad corporal» (Título I del Libro II) el fenómeno de la riña tumultuaria, así como el homicidio y las lesiones preterintencionales.

Este mismo esquema regulativo es adoptado también por la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (PANCP) de 1983, con las siguientes variantes: se reducen a tres (alevosía, ensañamiento y precio recompensa o promesa «u otros motivos») las características configuradoras del asesinato; se suprime el conyugicidio en cuanto modalidad de parricidio; se matiza la redacción del infanticidio; desaparece toda referencia al homicidio preterintencional y, por fin, encontramos una regulación de la riña de la que derivará el actual art. 424 Cp., al tipificarse la simple participación en riña «utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas».

El PLOCP de 1992 comporta, con carácter general, una elevación de los marcos penales, si los comparamos con aquellos previstos para estos delitos en la PANCP o en el Proyecto de 1980. El asesinato mantiene las tres características que preveía la PANCP, omitiendo la referencia a «otros motivos» análogos al precio, recompensa o promesa. Las novedades más significativas se encuentran, por un lado, en la regulación expresa del fenómeno de la «eutanasia» y, de otra parte, en la supresión del parricidio y el infanticidio, en cuanto figuras delictivas particulares. Se modifica la sistemática general del grupo, al desaparecer el Capítulo de «Disposiciones comunes» con las lesiones, permaneciendo la riña tumultuaria, en los mismos términos que en el derecho vigente, dentro de los delitos de lesiones. Se mantiene asimismo el criterio, incorporado al Código penal en la reforma de 21 de junio de 1989, de prever un homicidio imprudente constitutivo de falta perseguible sólo mediante denuncia.

Por fin, el PLOCP de 26 de septiembre de 1994, último texto «prelegislativo» hasta la fecha, pese a seguir casi por completo, en el terreno que nos ocupa, el modelo del Proyecto de 1992, contempla, en relación a éste, dos importantes novedades: la reaparición de la «premeditación conocida» entre las características de agravación del homicidio y la mención, también en el marco de las modalidades agravadas de homicidio, a la muerte del «ascendiente, descendiente o cónyuge del culpable» (6 bis).

---

(6 bis) Estas dos «novedades» que, frente al Proyecto de 1992, ofrecía el de 1994, han quedado fuera del texto definitivo del nuevo Código penal (en adelante, NCP).

4. En las siguientes páginas observaremos este esquema: comenzamos con una breve descripción del régimen legal de los delitos contra la vida humana independiente en los Códigos penales de los países de nuestro entorno (II), presupuesto necesario para formular, a partir de esa experiencia legislativa y de las correspondientes discusiones doctrinales, un marco regulativo genérico, que contemple las decisiones sistemáticas básicas, la configuración de las distintas modalidades típicas y las posibilidades de articulación de los correspondientes marcos penales (III), dejando para un ulterior apartado aquellas otras consideraciones político legislativas referidas a fenómenos complementarios (IV). Concluiremos con una sucinta caracterización de la denominada «teoría de la legislación penal», perspectiva metodológica lamentablemente obviada en la actual reforma penal española (V).

Antes de desarrollar este esquema, es necesaria todavía alguna puntualización. Sólo en la medida en que cobren interés político-legislativo serán objeto de reflexión aquellas cuestiones básicas objeto de cualquier estudio dogmático de esta materia: determinación del bien jurídico protegido, objeto material del delito, caracterización de la conducta típica, problemas de justificación, culpabilidad, formas de aparición, etc.. Ello explica también la selección bibliográfica efectuada, de acuerdo siempre con el criterio de utilizar preferentemente aquellos materiales que orientan el estudio de los delitos contra la vida en clave político criminal. Y ni siquiera con esta limitación se puede pretender exhaustividad en un campo tan elaborado. Por otra parte, no sólo queda fuera del ámbito de estudio la compleja problemática del aborto y fenómenos legislativos próximos (conductas relacionadas con la manipulación genética, por ejemplo), sino también todo lo referente al tratamiento legal de la eutanasia, fenómeno merecedor por sí mismo de un estudio independiente y cuya inclusión aquí desbordaría ampliamente los límites propuestos. Será, de todas formas, inevitable alguna mención a este problema en la medida en que enlaza con la reflexión político legislativa relativa a la tipificación de conductas relacionadas con la muerte voluntaria ajena.

## II. DERECHO COMPARADO

La regulación de los delitos contra la vida humana independiente en los sistemas jurídicos de nuestro entorno nos ofrece una imagen enormemente variada, lo que desmiente cualquier afirmación en el sentido de la existencia «universal» de determinadas figuras delictivas. La misma variedad se manifiesta también en los criterios de configuración legislativa de este grupo de delitos. Hemos seleccionado aquellos ordenamientos jurídicos más próximos culturalmente, fijando especialmente nuestra atención en las reformas legislativas más recientes o en

curso de realización, así como en las discusiones doctrinales que las acompañan. Nos limitamos ahora a ofrecer, de manera muy esquemática, su respectivo contenido regulativo, sin perjuicio de volver más adelante sobre algunas cuestiones más concretas (7).

En Francia, acaba de entrar en vigor un nuevo Código penal (8). El campo de los delitos contra la vida no experimenta, sin embargo, grandes modificaciones en relación al derogado Código napoleónico. En éste se distinguía entre homicidio y asesinato sobre la base de dos características: premeditación y «acecho» (*guet-apens*); existían, además del asesinato, otras muertes cualificadas por su relación con otros delitos, así como las figuras delictivas autónomas del «envenenamiento» y el parricidio propio (es decir, sólo la muerte de los padres —incluidos los adoptivos— o ascendientes), también agravadas frente al homicidio simple. Carácter privilegiado tenían, por el contrario, el infanticidio y la muerte provocada. Un primer dato que cabe destacar, en el terreno que nos ocupa, del nuevo Código penal, es la severidad de las penas: el homicidio (art. 221-1) se castiga con reclusión de treinta años y la prisión perpetua aparece prevista no sólo para el asesinato (art.221-3), construido ahora solamente sobre la premeditación, sino también para diversas modalidades de muerte agravada (por su relación con otros delitos —art.221-2—, por la especial vulnerabilidad de la víctima, por el carácter público de ésta, en los casos de parricidio propio, que deja de tipificarse autónomamente —art.221-4—, etc.). Pervive como delito autónomo —con pena de treinta años de reclusión— el envenenamiento (art.221-5). Desaparecen las formas privilegiadas de la regulación precedente: homicidio provocado e infanticidio (incluso se pena ahora con prisión perpetua, en cuanto muerte agravada, la de «un menor de quince años», según el art.221-4). Aparece, por el contrario, expresamente regulada la provocación al suicidio (arts.223-13 a 223-15), pero sin mencionarse para nada el homicidio consentido, ni la eutanasia. Entre las violencias sobre las personas, se prevé el caso de que aquellas «entrañen la muerte, sin intención de producirla» (art.222-7), disposición que parece aludir al fenómeno del homicidio preterintencional. Junto a esta figura, penada con quince años de prisión, aparecen una serie de modalidades agravadas —hasta diez supuestos—, algunas tan paradójicas

---

(7) Como trabajo comparado básico en esta materia, pese a las reformas legislativas posteriores a su publicación, hay que seguir mencionando a SIMSOM/GEBERDS, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, München 1969. Más recientemente, destaca ESER/KOCH, «Die vorsätzlichen Tötungstatbestände. Eine reformpolitisch-rechtsvergleichende Struktur- und Kriterienanalyse», en *ZStW* 92 (1980), pp. 491-560.

(8) *Code pénal* de 22 de julio de 1992, en vigor desde el primero de marzo de 1994. Para la situación legislativa precedente en relación a los delitos contra la vida, véase MERLE/VITU, *Traité de Droit Criminel. Droit pénal spécial* (A.VITU), t. II, Paris 1982, pp. 1353-1496. Para la nueva regulación, véase COURAT, P. «Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal», en *R. Sc. Crim.* 1993, pp. 469-479.

como la que se refiere a la concurrencia de premeditación (art.222-8). Un último dato, demostrativo también de la mencionada severidad, es la previsión de una pena de tres años de prisión (e incluso cinco años, si media infracción reglamentaria) y multa para el homicidio imprudente (art. 221-6). Deben mencionarse, finalmente, otros dos aspectos de la reciente regulación francesa en este campo: la previsión específica de una serie de delitos de peligro para la vida (cuestión de la que nos ocuparemos en su momento) y la expresa concreción de la responsabilidad de las personas jurídicas en todo el ámbito de los delitos contra las personas, criterio inédito en el derecho comparado y que no es sino desarrollo consecuente del principio, trazado en el Libro I del nuevo Código penal francés, de asignar plena responsabilidad penal a los entes colectivos.

También el vigente *Código penal italiano*, de 1930, se caracteriza, en lo que se refiere a este ámbito, por la severidad de las penas (9), como se pone de manifiesto en la pena de «reclusión no inferior a veintiún años», prevista para el tipo básico del homicidio (art. 575). El Código penal italiano no contempla figuras específicas de asesinato o parricidio, sino que se refiere simplemente a una serie de supuestos de agravación del homicidio (arts. 576 y 577), distinguiendo según se imponga la pena de muerte o la de prisión perpetua. (*ergastolo*). Al haberse suprimido aquélla y sustituido por esta última, en la reforma de 10 de agosto de 1944, la diferenciación carece hoy de consecuencias. En cuanto a los particulares criterios de cualificación del homicidio, éstos poseen una índole muy diversa: cualidad del sujeto activo o de la víctima, medio empleado, finalidad perseguida, caracteres de la conducta, etc. Destacan entre estos homicidios cualificados los cometidos con premeditación, con sustancia venenosa u otro medio insidioso, con crueldad, sevicias o móviles abyectos o fútiles, los vinculados a la comisión de otro delito («para perpetrarlo u ocultarlo o para conseguir o asegurarse, a sí mismo o a otros, el producto, el provecho, el precio o la impunidad»), así como el homicidio de los ascendientes o descendientes, fijándose una pena inferior (de veinticuatro a treinta años de reclusión) en caso de muerte del cónyuge, los hermanos, los padres o hijos adoptivos o la muerte de un afín en línea recta. En cuanto a las figuras privilegiadas o atenuadas de homicidio, hay que mencionar la inducción y auxilio al suicidio (art. 580), el homicidio consentido (art. 579) y el infanticidio (art. 578), configurado este último —desde la reforma de 5 de agosto de 1981— sobre la base de las condiciones de «abandono material y moral» de la madre infanticida. Una de las singularidades de este Código penal italiano reside en la regulación, además del homicidio imprudente (art. 589), de un

---

(9) Cfr., por todos, PATALANO, V. *I delitti contro la vita*, Padova 1984 y, más recientemente, RICCIOTTI, R. en CRESPI/STELLA/ZUCCALA, *Commentario breve al Codice penale*, 2.<sup>a</sup> ed., Padova 1992, pp. 1245-1352. ambos con ulteriores referencias bibliográficas.

«homicidio preterintencional (art. 584), configurado en los términos que en su momento analizaremos y separado expresamente del supuesto de muerte o lesiones consecuencia de otro delito («aberratio delicti») (art. 586). En cuanto a la riña, es punible la simple participación en la misma, configurándose una modalidad cualificada en caso de que concurren muerte o lesiones (art. 588). Por fin, también el Código penal italiano recoge expresamente, en este mismo capítulo de los delitos contra la vida y la incolumidad individual, una serie de delitos de peligró para estos bienes jurídicos (10).

Pasamos al *Código penal portugués* de 1982 (11). Aquí tampoco encontramos la antítesis homicidio-asesinato, sino un delito de homicidio básico (art. 131), con pena de prisión de ocho a dieciséis años, y unas modalidades agravadas junto a otras privilegiadas. La «ratio» de la agravación se sitúa en la mayor reprochabilidad de la conducta, expresándose, de manera indicativa, algunos supuestos particulares en que así sucederá: cuando la víctima es ascendiente o descendiente, natural o adoptivo; cuando se ejecute mediante torturas o actos de crueldad; en caso de móviles abyectos o fútiles; cuando el hecho está determinado por odio racial o religioso; cuando se realiza para preparar, facilitar, ejecutar o encubrir otro delito, cuando se utilizan medios insidiosos como el veneno, o se actúa con premeditación, etc. (art. 132). Paralelamente, son razones de menor reprochabilidad las que conducen a la apreciación del homicidio privilegiado: actuar «dominado por una comprensible emoción violenta o por compasión, desesperación u otro motivo de relevante valor moral o social», según reza el art. 133. Se recogen también expresamente, como figuras atenuadas, el homicidio a petición de la víctima (art. 134) y la inducción y auxilio al suicidio, fijándose la pena correspondiente en función de la capacidad de la víctima (art. 135). El infanticidio adopta una configuración dual, estando presente cuando el móvil es el de «ocultar la deshonra», pero también si se debe a la «influencia perturbadora del parto» (art. 137). Existe, al igual que en el resto de los modelos legislativos que estamos examinando, una previsión expresa del homicidio imprudente (art. 136). La riña se regula según el criterio de tipificar la simple participación, pero sometiendo su punibilidad a la condición objetiva de que se produzca una muerte o lesiones graves (art. 151), de conformidad con el sistema alemán, que encuentra

---

(10) Recientemente se ha dado a conocer un *Schema di delega legislativa per l'emanazione de un nuovo Codice penale*, publicado en *L'Indice penale* 1992, pp. 579-672 que, además de situar a los delitos contra las personas al comienzo de la parte especial, modificando la sistemática actual, introduce una serie de nuevos delitos lesivos de «la dignidad del ser humano», entre los que cabe destacar a «los delitos contra la integridad genética». En relación a las modificaciones introducidas frente a la vigente regulación de los delitos contra la vida, se harán en su momento las oportunas indicaciones.

(11) Cfr., por todos, MAIA GONÇALVES, M., *Código penal português. Anotado e comentado e legislação complementar*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra 1994, pp. 359-391.

asimismo reflejo en la tipificación expresa de un delito de lesiones con resultado muerte (art. 145). Debemos mencionar, finalmente, la previsión de una serie de delitos de peligro para la vida, entre los cuales llama sobre todo la atención el arcaico «disparo de arma de fuego» (art. 152). El Decreto-Ley n.º 48/95, de 15 de marzo, aprueba un nuevo Código penal para Portugal, cuya entrada en vigor se fija para el 1 de octubre de 1995. Manteniendo la misma estructura y contenido, en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, que el Código de 1982, introduce, no obstante, algunas modificaciones, a las que nos referiremos en los lugares oportunos. Destacan, como aspectos más significativos, el leve endurecimiento general de las penas, la supresión de la referencia a la «causa honoris» en el delito de infanticidio y la eliminación del tipo relativo al disparo de arma de fuego, que acabamos de mencionar.

El *Código penal suizo* de 1937 ha sido objeto de una amplia reforma, en la materia que nos ocupa, por la Ley de 23 de junio de 1989. Será, pues, necesario prestar especial atención al sentido de las modificaciones introducidas (12). El modelo regulativo suizo ofrece un tipo básico de homicidio doloso frente al cual aparecen una figura calificada y otra privilegiada, en ambos casos por razones de culpabilidad. Ello se percibe de manera clara en el asesinato, ya que el art. 112 se refiere a la muerte «sin escrúpulos, esto es, con un móvil, fin o modo de ejecución especialmente reprochable». Frente a lo que sucedía en la regulación anterior, no alude hoy el precepto a la peligrosidad del autor; por otra parte, la pena del asesinato ya no es necesariamente la prisión perpetua, sino que, alternativamente, se establece ahora la prisión de más de diez años. También son razones de culpabilidad, en este caso aminorada, las que están en la base del homicidio privilegiado del art. 113 Cp., que se refiere a la particular situación emocional del autor de la conducta homicida. Las razones culpabilísticas penetran también en la regulación del homicidio a ruego (art. 114) —al incorporar la exigencia de «un móvil merecedor de atención, en particular, la compasión»—, y del auxilio o inducción al suicidio del art. 115, al reclamar el tipo la presencia de un móvil egoísta. El infanticidio, construido sobre la base de los trastornos inherentes al parto, permanece inalterado, si bien se ha rebajado la pena (art. 116). Destaca también, antes y después de la reforma de 1989, el amplio marco penal previsto para el homicidio culposo, donde la pena puede descender hasta la simple multa (art. 117). Desaparece en la reforma el delito de lesiones con resultado de muerte, por lo que entrará en juego en tal supuesto la técnica del concurso ideal de delitos; se prevé, sin embargo, un delito de lesiones calificadas por el peligro (concreto) para la

---

(12) Véase, por todos, STRATENWERTH, G. *Schweizerisches Strafrecht BT I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 4. Aufl., Bern 1993, pp. 21-104, con amplia información también sobre la regulación precedente. Una primera impresión de la reforma de los delitos contra la vida y la integridad corporal en SCHULTZ, H. «Die Delikte gegen Leib und Leben nach der Novelle 1989», en *SchwZStr.* 108 (1991), pp. 395-416.

vida (art. 122). Al anterior delito de participación en riña de la que resulten muerte o lesiones se añade ahora la agresión unilateral con aquellos mismos efectos (arts. 133 y 134, respectivamente). Por fin, tanto antes como después de 1989, el Código penal suizo conoce una amplia variedad de delitos de peligro para la vida, destacando la previsión de un tipo básico o de recogida («quien, sin escrúpulos, pone a otro en un peligro inmediato para su vida», según reza el art. 129 Cp.). Las modificaciones sufridas por este grupo de delitos en 1989 se orientan en la línea de afianzar las exigencias culpabilísticas.

El *Código penal austriaco* muestra grandes semejanzas con la regulación suiza de los delitos contra la vida (13), pero con una diferencia básica: en Austria el tipo básico es el asesinato (par. 75), caracterizado simplemente como la muerte de otro —la pena prevista es la privación de libertad de diez a veinte años o la prisión perpetua—, mientras que el homicidio (par. 76) aparece como una simple modalidad privilegiada —la pena es de cinco a diez años de privación de libertad— por razones de menor reprochabilidad. Junto a estas dos figuras básicas recoge también el Código penal austriaco la muerte a ruego (par. 77), la participación en el suicidio ajeno (par. 78) y el infanticidio (par. 79), construido sobre el criterio de la especial situación anímica inherente al parto. Al igual que en Suiza, encontramos aquí un tratamiento penal relativamente tenue del homicidio culposo, si bien se mencionan una serie de supuestos cualificados (pars. 80 y 81). También a la riña con resultado muerte o lesiones graves se añade aquí la agresión unilateral conducente a esas mismas consecuencias (par. 91). A diferencia, sin embargo, de lo que sucede en Suiza tras la reforma de 1989, perviven en el Código penal austriaco las lesiones cualificadas por la muerte de la víctima (par. 86). Existen también, por fin, en este Código, diversos delitos de peligro para la vida o la integridad corporal, previéndose asimismo un tipo de recogida relativo a la puesta en peligro, tanto dolosa como imprudente, de aquellos bienes jurídicos (par. 89).

Concluimos este repaso por el derecho comparado con la la regulación prevista en el *Código penal alemán* (14). El tipo básico del

(13) Véase, por todos, MOOS, R. en *Wiener Kommentar zum StGB*, 22.Lief. (par. 75-79), Wien 1984 y BURGSTALLER, M., en *ibidem*, 9.Lief. (par. 80-82), Wien 1981. Cfr. asimismo el esclarecedor trabajo de ZIPP, H. «Kriminalpolitische Überlegungen zu einer Reform der Tötungsdelikte unter besonderer Berücksichtigung des neuen österreichischen Strafrechts», en *WÜRTEMBERGER-Fs.*, Berlin 1977, pp. 151-165, donde se compara la regulación austriaca de los delitos contra la vida con la vigente en Alemania.

(14) Cfr., por todos, las anotaciones a los correspondientes parágrafos por parte de A. ESER, en el SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24. Aufl., München 1991 y de B. JÄHNKE, en el *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Bd. V, Berlin/New York 1989. Cfr. además las partes especiales de ARTZ/WEBER, *Strafrecht BT LH 1. Delikte gegen die Person*, 2. Aufl., Bielefeld 1981, pp. 15-96 y MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht BT, Teilband 1.*, 7. Aufl., Heidelberg 1988, pp. 11-62, como más representativas.

homicidio doloso (par. 212) se define negativamente como matar a otro sin ser asesino, estableciéndose una pena de prisión de más de cinco años, que en casos especialmente graves puede llegar a la reclusión perpetua. Esta última aparece prevista como pena única para el asesinato (par. 211), construido a partir de una serie de datos que expresan fundamentalmente una mayor reprobación ético-social de la conducta (como son el placer de matar, el impulso sexual, la codicia u otros móviles bajos o la crueldad), aunque otros aluden a un mayor contenido de injusto (especialmente, la utilización de medios de peligro común o la producción de la muerte como medio para facilitar u ocultar otro delito). Esta caracterización del asesinato procede de la reforma de 4 de septiembre de 1941 en la que, por otra parte, se prescindió de la premeditación, elemento configurador en torno al que giraba anteriormente esta figura delictiva. En esta misma reforma se optó también por suprimir el delito de parricidio. Al igual que hemos visto en otros Códigos, existe un homicidio privilegiado por la menor reprochabilidad del hecho (lo que sucederá, de manera particular, en los casos de provocación, según señala expresamente el parágrafo 213). El par. 216 contempla también un tratamiento atenuado para la muerte a ruego, pero no se recoge la participación en el suicidio ajeno. En cuanto al infanticidio, se combina el dato de la situación anímica característica del parto con la ilegitimidad de la procreación (par. 217). Para el homicidio culposo se establece un marco penal amplísimo, que comprende desde la simple multa hasta cinco años de prisión (par. 222). Completan este cuadro regulativo las lesiones con resultado muerte del parágrafo 226 y el delito de participación en riña de la que resulte muerte o lesiones graves (par. 227), junto a la previsión, al igual que en el resto de los sistemas legales examinados, de una serie de tipos que contemplan diversas conductas portadoras de un peligro para la vida humana. Mientras que el Proyecto de Código penal de 1962 no modificaba sustancialmente este cuadro normativo, el Proyecto Alternativo de 1970, por el contrario, introduce múltiples innovaciones, que obedecen fundamentalmente al intento de simplificar la regulación, flexibilizando al mismo tiempo el tratamiento penal (se impide, por ejemplo, el automatismo en la imposición de la reclusión perpetua para los homicidios agravados). La idea más innovadora del Proyecto Alternativo, en el campo que nos ocupa, es la de suprimir de la «ratio» de las modalidades cualificadas los momentos puramente culpabilísticos. Pero de éste y otros extremos del Proyecto Alternativo alemán, debido a su fundamental importancia político-legislativa, nos ocuparemos con detalle a lo largo de esta contribución.

### III. ARTICULACIÓN DE UN MODELO LEGISLATIVO

Después de este repaso comparado, pasamos a trazar las líneas maestras que deben tomarse en consideración a la hora de articular un modelo regulativo. Bien entendido que, antes que ofrecer una propuesta

legislativa concreta, nos interesa más bien destacar, en clave fundamentalmente metodológica, la índole de las cuestiones que deben abordarse y los puntos de vista más significativos propuestos para su solución.

1. El primer problema se refiere a la distribución de la materia objeto de prohibición penal. A tales efectos, vamos a limitarnos por ahora al homicidio doloso y ni siquiera a todas sus modalidades: dejaremos, de momento, a un lado aquellos delitos como el parricidio o el infanticidio que responden a una «ratio» particular, así como aquellas otras (homicidio consentido, participación en el suicidio ajeno) caracterizadas por la presencia de un dato tan relevante como la aceptación por la víctima de su propia muerte. Todos estos delitos presentan problemas específicos, que en su momento abordaremos. Ciñéndonos, según esto, a la materia central objeto de prohibición en los delitos contra la vida humana independiente: la producción dolosa de la muerte de otro, encontramos —siguiendo a ESER— tres posibilidades de articulación legislativa (15).

a) Previsión de una sola figura típica de homicidio doloso. Este era ya el punto de vista de Franz von LISZT (16) y ha sido también el criterio acogido por el Proyecto Alternativo alemán (17). El motivo central que subyace a este planteamiento reside en la imposibilidad de encontrar un criterio inequívoco de separación entre las diferentes formas de homicidio doloso. Naturalmente, la opción por este modelo no comporta la aplicación de idéntica sanción en todos los supuestos, sino que ulteriormente habrá que establecer, o bien pautas particulares de medición de la pena dentro de un amplio marco penal (lo que, en cualquier caso, significa todavía un amplísimo margen de arbitrio judicial), o bien diversos marcos penales en función de la concurrencia de modalidades cualificadas o privilegiadas, modelo este último seguido por el Proyecto Alternativo alemán.

b) Cabe, en segundo lugar, distinguir dentro de las formas de homicidio doloso dos niveles —normalmente con las respectivas denominaciones de «asesinato» y «homicidio»— en función de su gravedad. Este modelo admite, a su vez, distintas variantes. Las dos más características

---

(15) Cfr., para lo que sigue, ESER/KOCH, «Die vorsätzlichen Tötungstatbestände...» (nota 7), pp. 494 ss. (véase, especialmente, el cuadro-resumen de la p. 507). Este trabajo es complementario del Informe presentado por ESER a la 53 Convención de Juristas Alemanes. Véase ESER, A. *Empfiehl es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung neu abzugrenzen? Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, Berlin 1980, München 1980.*

(16) Véase LISZT, F. v. «Verbrechen und Vergehen wider das Leben», en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländisches Strafrecht BT, V Bd.*, Berlin 1905, pp. 1-158 (pp. 72 ss.).

(17) Cfr. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person, Bd. I*, Tübingen 1970.

son: bien la previsión de un tipo básico de homicidio y un tipo cualificado o agravado de asesinato; o bien, a la inversa, un tipo básico de asesinato frente al cual el homicidio simple se comporta como una modalidad privilegiada. Naturalmente, en ambos supuestos, la mayor o menor amplitud de las respectivas figuras de asesinato y homicidio está en función de las características típicas asignadas a una y otra. En la primera dirección, cabe mencionar el sistema del Código penal español y sus recientes Proyectos de reforma. También el Código penal italiano distingue entre una figura básica de homicidio y una serie de modalidades agravadas o cualificadas, aunque sin utilizar en relación a estas últimas la denominación de asesinato. Este es también el modelo del Código penal francés, con la particularidad de que en él se denomina «asesinato» sólo al homicidio premeditado y no al resto de las cualificaciones. En estos sistemas legislativos no existe una figura de homicidio privilegiado, si prescindimos de los casos particulares (infanticidio, homicidio consentido) a los que antes hacíamos referencia. En la segunda dirección se orienta básicamente el modelo anglosajón de distinción entre «murder» y «manslaughter», traída aquí a colación por el carácter básico del primero, frente al sentido residual del segundo. En cualquier caso, la falta de correlación entre estas figuras y el asesinato y homicidio continentales nos excusa de profundizar aquí en su caracterización (18). En esta misma dirección se mueve la regulación austriaca, que destaca por hacer del asesinato el tipo básico de la muerte dolosa de otro, frente al cual el homicidio aparece como una figura privilegiada de carácter residual. Se trata también de un punto de vista defendido, de «lege ferenda», por algunos autores muy significativos (19). Normalmente, este criterio obliga a articular, dentro del tipo básico de asesinato, marcos penales de distinta gravedad.

c) Tenemos, por fin, el criterio de separar legislativamente tres figuras de homicidio doloso. En tales casos, al tipo básico de muerte dolosa de otro, se añaden un tipo cualificado, normalmente denominado «asesinato», y otro tipo privilegiado, casi siempre en función de la menor reprochabilidad del hecho. Este es el modelo del vigente Código

---

(18) Véase, por todos, SMITH/HOGAN, *Criminal Law*, 7.<sup>a</sup> ed., London 1992, pp. 327 y ss. Cfr., sobre ello, TORÍO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 99-100.

(19) Así, entre otros, ESER, A. *Empfiehl es sich... ?* (nota 15), pp. 86 ss.; LACKNER, T. «Erfahrungen aus einem Seminar über die Reform der Strafvorschriften zum Schutze des Lebens», en *JZ* 1977, pp. 502-505 (pp. 503-4) y SCHRÖDER, H. «Die künftige Gestaltung der Tötungsdelikte», en *Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I. Gutachten der Strafrechtslehrer*, Bonn 1954, pp. 282-293. Por lo que se refiere exclusivamente a la separación entre asesinato y homicidio, se muestra partidaria de hacer del asesinato (caso de que se opte por su conservación) la figura básica LAMARCA PÉREZ, C. «Algunas reflexiones sobre la reforma de los delitos de homicidio y asesinato en la PANCP», en *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, t. II, Valencia 1989, pp. 511-531 (pp. 529 y ss.)

penal alemán o del Código penal portugués, pero donde quizá se presenta con mayor pureza es en el Código penal suizo (20).

Naturalmente, a esta opción básica se vinculan otras no menos significativas (21). En primer lugar, está el problema de la articulación recíproca entre las distintas figuras delictivas, siendo los términos de la alternativa el modelo de «delicta sui generis» o el de simples modalidades (cualificadas o privilegiadas) no autónomas de un mismo tipo básico. La elección de esta última técnica legislativa facilitará, sin duda, la solución de los frecuentes —y extremadamente complicados— problemas de error y participación criminal. Cuestión diversa es, en segundo lugar, la elección de la técnica legislativa concreta: delito circunstanciado, previsión de simples pautas de medición de la pena, sistema de cláusulas generales y ejemplos típicos, etc. (22) Evidentemente, en la selección de la correspondiente técnica legislativa se atenderá, de modo particular, a la pervivencia o no del modelo de circunstancias generales con el que deberá, en su caso, articularse convenientemente el grupo de los delitos contra la vida. Una última cuestión, escasamente atendida en el derecho comparado y en las discusiones doctrinales, es la que se refiere a los conflictos normativos que puedan surgir entre las distintas figuras típicas. En abstracto, cabe imaginar la siguiente alternativa: o bien los distintos tipos tienen ámbitos de aplicación excluyentes entre sí, lo que impedirá la aparición del eventual conflicto normativo; es decir, no será posible que un supuesto dado sea reconducible simultáneamente a distintos tipos (23). O bien la concreta configuración de éstos permite solapamientos, siendo entonces posible que un mismo hecho presente características propias, por ejemplo, de la modalidad agravada y de la privilegiada. En tal caso, es deseable que el mismo legislador ofrezca las pautas para la solución del conflicto normativo, estableciendo el «efecto oclusivo» (*Sperrwirkung*) del tipo privilegiado, o fijando para estas hipótesis (como lo hacía el Proyecto Alternativo alemán) un marco penal propio o, en fin, remitiéndose para la solución del conflicto (como proponía LISZT) al marco penal del tipo básico de homicidio, etc. (24)

2. Una vez expuestos los criterios básicos en orden a la «distribución» de la materia objeto de prohibición en el homicidio doloso, debe-

---

(20) A este modelo se aproxima asimismo la propuesta de OTTO, H. «Straftaten gegen das Leben», en *ZStW* 83 (1971), pp. 39-80 (p. 79).

(21) Cfr. sobre estas cuestiones ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), pp. 498 ss.

(22) Sobre estas diferentes técnicas cfr., por todos, ALONSO ALAMO, M. *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid 1981, pp. 190 ss.

(23) Esta ha sido una de las pretensiones de la reforma del Código penal suizo de 23 de junio de 1989, según destaca STRATENWERTH, G. *Schweizerisches Strafrecht BT I* (nota 12), p. 33.

(24) Véase LISZT, F.v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), p. 78. Más detalles en ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), pp. 559-560.

mos ocuparnos del problema de las correspondientes conminaciones penales. Conscientemente antepoemos esta cuestión al análisis de las características configuradoras de las diversas tipicidades, siguiendo así una tradición que se remonta a Franz von LISZT. En su importante monografía sobre los delitos contra la vida humana independiente, redactada para la *Vergleichende Darstellung*, observa LISZT, de manera precisa, en qué medida la existencia de la pena capital determina la necesidad de la figura legal del asesinato. No existe un concepto de asesinato reconocido con carácter general, surgido en la conciencia jurídica popular de las diversas culturas, sino que es la pervivencia de la pena capital la que obliga a seleccionar algunas formas de homicidio doloso a las que vincular su aplicación. Existe, por tanto, asesinato sólo porque hay pena de muerte, concluye LISZT, invirtiendo de este modo el orden convencional de análisis, que primero se ocupa con las modalidades homicidas y sólo después pasa a la pena aplicable en cada caso (25). La inversión metódica sugerida por LISZT ha sido retomada años después por ARTZ, si bien argumentando no ya con la derogada pena capital, sino con la reclusión perpetua, vigente todavía en el StGB alemán, al igual que sucede en otros Códigos penales de nuestro entorno. Es la pervivencia de esta pena la que determina la existencia del asesinato (26). Y esta misma conexión entre pena de muerte —o, en su caso, reclusión perpetua— y delito de asesinato es destacada en nuestra doctrina por TORIO, quien expresamente hace suyos, en este respecto, los planteamientos de LISZT y ARTZ (27).

De conformidad con este modo de enfoque, lo primero que debe destacarse —y es algo sobre lo que apenas se hallará discrepancia— es que la más grave de las penas previstas en el correspondiente sistema legislativo debe reservarse precisamente para las formas más graves de ataque a la vida humana independiente. Pero sólo si esa pena difiere cualitativamente (como sucede con la pena de muerte o la de reclusión perpetua) de las que le siguen en la escala de gravedad, cobra sentido la separación conceptual entre homicidio y asesinato, entendidas como modalidades delictivas autónomas. Si, por el contrario, renunciemos a las penas de muerte y reclusión perpetua, existiendo entonces una única pena privativa de libertad temporal, graduable según su mayor o menor duración, se flexibilizará notablemente la construcción legislativa de diversas modalidades, más o menos graves, de un único delito de homicidio doloso. Corresponde a Franz von LISZT —insistamos una vez más—

---

(25) Véase LISZT, F.v «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 69-70.

(26) Véase ARTZ, G. «Die Delikte gegen das Leben», en *ZStW* 83 (1971), pp. 1-38 (pp. 9 ss.), así como en ARTZ/WEBER, *Strafrecht BT, LH I.* (nota 14), pp. 31 ss. Expresamente contrario a este criterio metódico se manifiesta ESER, A. *Empfiehl es sich...?* (nota 15), pp. 86 ss., quien entiende que lo primero es buscar los casos típicos y sólo después vendrán en consideración las correspondientes sanciones.

(27) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 95-97.

el mérito de haber destacado por vez primera estas correlaciones. Suprimida la pena de muerte en la mayor parte de los Códigos penales de nuestro entorno (28), el problema se presenta fundamentalmente en relación a la reclusión perpetua, pena que pervive todavía, como ya hemos indicado, en numerosos sistemas legales y vinculada precisamente a los supuestos más graves de homicidio doloso (29).

La primera observación que merece la pervivencia de esta sanción se refiere precisamente a su falta de justificación autónoma. Recuerdan, en este sentido, ESER y KOCH cómo la existencia de la pena de reclusión perpetua se fundamenta casi siempre con la renuncia a la pena de muerte, pero no desde ella misma o por contraposición a las penas privativas de libertad temporales (30). Ahora bien, «precisamente en el campo de los delitos de homicidio —observan los autores del Proyecto Alternativo alemán— se confirma lo cuestionable de la reclusión perpetua, la cual se diferencia de manera tan esencial de cualquier pena temporal, que sólo estaría justificada allí donde los hechos para los que se reserva pertenecieran a una categoría de injusto diversa de la de todos los demás. Esto, sin embargo, no sucede con los casos cualificados de homicidio, sean cuales fueren las características que los definan, en relación a los restantes homicidios». De ahí la exigencia, sigue la fundamentación de este Proyecto Alternativo, de derogar la reclusión perpetua, que sólo por su efecto destructor de la personalidad cabe calificar de inhumana (31). Desde esta última perspectiva rechaza también la reclusión perpetua el Profesor TORIO, entendiendo que esta pena «es contradictoria con la dignidad del hombre», al contener «tácitamente la presuposición de que el sujeto a quien se impone es incapaz de un proyecto existencial del que no forme parte el delito». Podría decirse, sigue

---

(28) Excede de los límites de este trabajo el análisis de las razones que justifican esta supresión. Las recuerda, incidentalmente, TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 96.

(29) Así, como veíamos en el epígrafe anterior, el Código penal francés mantiene la reclusión perpetua tanto para el asesinato (homicidio premeditado) como para otras formas de homicidio doloso; el Código penal italiano reserva también el *ergastolo* para las múltiples formas de homicidio agravado previstas en los arts. 576 y 577 (y todavía el Proyecto de 1992 mantiene esta pena de *ergastolo*); la reclusión perpetua aparece asimismo prevista para el *Mord* del parágrafo 211 StGB alemán. En el Código penal austriaco, la reclusión perpetua nunca aparece como pena única para el asesinato, sino como alternativa a la prisión de 10 a 20 años y éste es también el criterio adoptado por el Código penal suizo tras la reforma de 1989. Evidentemente, cuando la pena de reclusión perpetua se fije como pena única (como es el caso francés, o italiano, o alemán) serán mayores las exigencias de taxatividad en la formulación de los presupuestos a los que se vincula su imposición que cuando aparece prevista como alternativa a una pena privativa de libertad de duración relativamente determinada (Códigos austriaco y suizo).

(30) Véase ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), p. 551. En el mismo sentido se expresa TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 96: «Existe de forma latente una relación lógico dialéctica entre pena capital y reclusión perpetua. La negación de aquella es la afirmación lógica de ésta».

(31) Véase *Alternativ-Entwurf...* (nota 17), p. 17.

TORIO, «que la reclusión perpetua es la verdadera zoología de la represión», pues en ella «se desconocen (...) las propiedades humanas específicas, siendo el hombre tratado como animal». Cabría, en fin, cuestionar —concluye este autor— si más que ante una pena, no estaremos aquí ante una medida de seguridad. «Ahora bien, una medida que no radica en un pronóstico individualizado de peligrosidad, sino en la peligrosidad deducida de la ejecución del hecho, contiene una presunción tan inadmisibles como las presunciones de culpabilidad». Es, además, una medida ilegítima, «porque por definición no es revisable», es decir, «no cesa cuando desaparecen los posibles factores individuales de peligrosidad» (32).

De ahí que el Tribunal Constitucional alemán, en una célebre resolución, haya declarado a la reclusión perpetua contraria a la dignidad de la persona, si no se coordina —transcurrido un determinado período de cumplimiento— con la posibilidad de la libertad condicional o con la gracia, criterio expresamente recogido ya en algún texto punitivo, lo que permite augurar el retroceso de esta clase de sanción (33). Si este proceso se consolida, y desaparece la pena de reclusión perpetua para el asesinato, se producirá entonces la aproximación de los marcos penales de las modalidades simple y cualificada de homicidio doloso, comprometiéndose entonces —según destacábamos más arriba— el sentido mismo de la distinción. Insistiremos más adelante en este planteamiento.

Pasemos ahora a considerar el aspecto opuesto de la cuestión, esto es, el que se refiere a la determinación del límite mínimo de la pena del homicidio doloso. LISZT abogaba por situar este límite en los seis meses (o, incluso, las seis semanas) (34). Lo decisivo, sin embargo, como

---

(32) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 97 y, del mismo autor, «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes», en *Poder Judicial* n.º 4 (1986), pp. 69-82: «La reclusión perpetua —en la que el hombre es objeto de una reducción que podría denominarse zoológica— es la forma suprema de ataque a la dignidad en los sistemas penales contemporáneos» (p. 81). También para ARTZ la regulación del asesinato en el Código penal alemán comporta la idea del asesino como delincuente especialmente peligroso, para quien es precisa la reclusión perpetua, concebida básicamente como una medida de seguridad específica. Véase ARTZ, G. «Die Delikte...» (nota 26), pp. 19 ss. y ARTZ/WEBER, *Strafrecht BT, LHI* (nota 14), pp. 38-39.

(33) Cfr. el párrafo 46, IV del StGB austriaco o el art. 38 del StGB suizo, que posibilitan la libertad condicional del condenado a reclusión perpetua una vez transcurridos quince años. En relación a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán mencionada en el texto (*BVerfGE* 45, 187 ss.), véase fundamentalmente JESCHECK/TRIEFETERER (Hrsg.), *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?*, Baden Baden 1978 y allí, sobre todo, las contribuciones de G. KAISER (pp. 115-124) y H. MÜLLER-DIETZ (pp. 99-113), en torno al eventual efecto preventivo de la reclusión perpetua y de G. ARTZ (pp. 141-153), relativa a los efectos de la mencionada pena sobre la conformación típica del asesinato (cfr. el resumen, muy claro, de las pp. 151-153). Sobre la eficacia empírica de esta sanción, cfr. KERNER, H.-J. «Tötungsdelikte und lebenslange Freiheitsstrafe», en *ZStW* 98 (1986), pp. 874-918.

(34) Véase LISZT, F.v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 77 y ss.

ponen de manifiesto ESER y KOCH no es tanto la duración concreta de la pena, cuanto el dato de que la misma sea susceptible de suspensión condicional (35). Es éste, sin duda, el punto de vista correcto para la fijación del límite mínimo del marco penal del homicidio doloso: por más que la índole del bien jurídico menoscabado autorice a conectar la pena más severa de que disponga el ordenamiento jurídico a determinadas formas de agresión a aquél, ello no impide atender también al dato, constatado por la investigación criminológica, del carácter «afectivo» o «pasional» de numerosos homicidios, donde la muerte de la víctima es punto final de una situación conflictiva, que debe ser tomada en consideración hasta el punto de permitir, en ocasiones, la imposición de una pena tan leve que haga posible su suspensión condicional. Volveremos sobre esta cuestión más adelante, al ocuparnos con las formas privilegiadas de homicidio doloso. En cualquier caso —señalan también ESER y KOCH— no parece suficiente la pena de multa como forma de reacción mínima frente al homicidio doloso (36), aunque de forma creciente penetre en los Códigos esta clase de sanción para las hipótesis de homicidio imprudente, como también veremos más adelante.

Una vez analizados los límites superior e inferior del marco penal global para el homicidio doloso y sus posibles variantes cualificadas o privilegiadas, surge el problema ulterior relativo a la articulación de los marcos penales que corresponden a estas concretas modalidades. Una vez más, ha sido Franz von LISZT quien, de forma precisa, planteaba la cuestión de si los distintos marcos penales debían ser secantes o tangentes. Expresado en otros términos: ¿deben o no solaparse recíprocamente las penas previstas para las distintas variantes de homicidio doloso? El mismo LISZT se inclinó inequívocamente por una respuesta afirmativa (37); pero este punto de vista apenas ha encontrado eco en la doctrina (38), y menos aún en los textos legales (39), pese a lo fundado del mismo. Lo que resulta, en cualquier caso, inadmisibles es la absoluta discontinuidad entre los marcos penales, como sucede hoy, por ejemplo, con la regulación de los delitos de homicidio y asesinato en el Código penal español,

---

(35) Véase ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), p. 554.

(36) Véase ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), p. 554.

(37) Véase LISZT, F.v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 26 y 101.

(38) A favor, sin reservas, de este solapamiento parcial de los marcos penales, cfr. ARTZ, G. «Die Delikte...» (nota 26), p. 10 y TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 82 y 113-114. Cfr. sobre este problema ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), p. 559, con ulteriores referencias.

(39) Una importante excepción encontramos en el Código penal portugués de 1982, donde se solapan las penas del homicidio simple (prisión de ocho a dieciséis años) y agravado (de doce a veinte años), si bien se mantiene una pena excluyente, sesiblemente inferior (de uno a cinco años), para la hipótesis privilegiada. El nuevo Código penal portugués de 1995 introduce en este punto la única modificación de elevar la pena máxima del homicidio agravado a veinticinco años.

donde se salta de los veinte años, límite máximo del marco penal de la figura básica, a los veintiseis años, ocho meses y un día, límite mínimo del marco penal del asesinato.

Naturalmente, los datos puestos de manifiesto a lo largo de este apartado hacen abstracción por completo de la existencia de fenómenos legislativos que puedan modificar su significación concreta. Baste recordar solamente los importantes efectos que en nuestro sistema de determinación de la pena cobran instituciones como la justificación o exculpación incompletas, la imputabilidad disminuída o las circunstancias generales modificativas de la responsabilidad criminal; o, en el ámbito de la ejecución de la pena impuesta, la redención de penas por el trabajo. Todos estos datos deberán ser objeto, necesariamente, de cuidadosa atención a la hora de trazar cualquier criterio sancionatorio para los grupos de delitos de la parte especial del Código penal.

3. Una última consideración preliminar, antes de abordar las diversas modalidades de homicidio doloso, es la que se refiere a la criminología de estos delitos. No es necesario recordar la importancia decisiva que cobra el conocimiento empírico de la materia objeto de regulación a la hora de afrontar cualquier reforma de ésta que pretenda ir más allá del mero voluntarismo. Sin los datos suministrados por la criminología es imposible hablar de una política legislativa mínimamente razonable (40). También es suficientemente conocida (y lamentada) la ausencia casi total de verdadera investigación criminológica en nuestro país, lo que priva al legislador penal de imágenes precisas de la realidad objeto de regulación. En cualquier caso, la universalidad del fenómeno aquí estudiado, permite tomar como punto de referencia las conclusiones obtenidas al respecto en otros lugares de nuestro entorno cultural.

Ya desde el trabajo pionero de M.E. WOLFGANG, «Patterns of Criminal Homicide», cuya primera edición es de 1958, se ha venido destacando, como dato central de la investigación criminológica en este campo, el «carácter relacional» de los delitos contra la vida (41). El

---

(40) Cfr. sobre esta cuestión, por todos, el claro resumen de HASSEMER, W. «Kriminologie und Strafrecht», en KAISER/KERNER/SACK/SHELLHOSS (Hrsg.), *Kleines kriminologisches Wörterbuch* (nota 3), pp. 312-316.

(41) La bibliografía al respecto es amplísima. Cfr. los resúmenes de J. KÜRZINGER («Gewaltkriminalität») y K. SESSAR («Tötungskriminalität»), en KAISER/KERNER/SACK/SHELLHOSS (Hrsg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch* (nota 3), pp. 171-177 y 549-555, respectivamente. De las obras generales cfr. sólo, entre las alemanas, KAISER, G. *Kriminologie*, 2. Aufl., Heidelberg 1988, pp. 627 ss. y, entre las americanas, SIEGEL, C. *Criminology*, St. Paul, Minn. 1985, pp. 265 ss. Véase también el sugerente trabajo de criminología histórica de MIDDENDORF, W. *Kriminologie der Tötungsdelikte*, Stuttgart 1984. Desde la perspectiva psicológica, destacan las monografías de GLATZEL, J. *Mord und Totschlag, Tötungshandlungen als Beziehungsdelikte*, Heidelberg 1987 y SIMONS, D. *Tötungsdelikte als Folge misslungenen Problemlösungen*, Stuttgart 1988.

homicidio se presenta, según esto, como un fenómeno de crisis, el punto terminal de un conflicto previo, lo que relativiza enormemente la eficacia preventiva de la sanción penal. Según nos informan las estadísticas, en más del 80% de los casos, existe previo conocimiento entre autor y víctima, hablando incluso algunos autores de delito «precipitado por la víctima» (*victim precipitated*). Expresado en otros términos, existe un escaso porcentaje de posibilidades (inferior al 20%) de ser víctima de homicidio doloso llevado a cabo por un extraño (42). Especialmente significativo es, en fin, el alto porcentaje de homicidios entre próximos parientes, lo que pone de manifiesto la importancia, en cuanto factor desencadenante, del medio familiar, allí donde las relaciones paterno-filiales o conyugales aparecen profundamente deterioradas. En este contexto, el alcohol juega también una importante función causal o, al menos condicionante (43).

Este brevísimos apunte criminológico resulta especialmente fructífero a la hora de abordar la eventual regulación del parricidio —en particular, de la modalidad conocida como «conyugicidio»— y de las distintas versiones del denominado «homicidio afectivo» o «emocional», tipo privilegiado característico del ámbito germánico, aunque de escasa tradición en los países latinos. Será al estudiar estas figuras el momento de extraer las oportunas consecuencias de la información ofrecida por la criminología y que aquí nos hemos limitado a resumir.

4. Pasamos ya, tras estos preliminares, a abordar las distintas modalidades, agravadas y privilegiadas, del delito de homicidio. Definido éste como muerte dolosa de otra persona, conducta a la que se vincula una determinada pena, se plantea la cuestión ulterior de en qué supuestos aparece justificada una sanción mayor o menor; y ello con independencia de que se opte por un modelo de regulación unitario, bipartito o tripartito, en los términos vistos en el primer apartado de este epígrafe, o de cuál de los tipos legales se tome, en su caso, como figura delictiva básica. En cualquier caso, lo que sí se desprende suficientemente de lo hasta aquí expuesto, es nuestra opción por un modelo sistemático en el que las distintas figuras delictivas no sean consideradas como «delicta sui generis», sino como simples modalidades, cualificadas o privilegia-

---

En la bibliografía específicamente penal, ofrece un buen resumen de la aportación criminológica a este campo MOOS, R. en *Wiener Kommentar zum StGB* (nota 13), anotaciones previas a los parágrafos 75 a 79, núms. 35 a 37.

(42) Según la reciente contribución de BURGHEIM, J. «Besonderheiten weiblicher Tötungsverbrechen», en *MschKrim* 1994, pp.232-237, esta posibilidad desaparece casi por completo si el autor del homicidio es una mujer. Las mujeres, según este estudio, nunca matan a una persona desconocida y en el 80% de los casos su víctima es un varón (p. 234).

(43) Numerosas referencias al respecto en las contribuciones citadas en la nota 41. En particular, sobre los homicidios producidos en el marco de las relaciones de pareja, cfr. la reciente síntesis de BURGHEIM, J. «Tötungsdelikte bei Partnerschaften. Ergebnisse einer vergleichende Studie», en *MschKrim*. 1994, pp. 215-231.

das, del mismo tipo básico de homicidio doloso, optándose además por marcos penales «secantes», que impidan «saltos» excesivos de penalidad.

Nos ocuparemos en este punto de los criterios de determinación de las hipótesis cualificadas o agravadas, dejando para el siguiente (núm.5) el análisis de las eventuales modalidades privilegiadas. Es ocioso recordar que para los supuestos más graves de homicidio doloso se ha acuñado históricamente el término «asesinato», por lo que las consideraciones que siguen se refieren fundamentalmente a este delito (letra a). Por otra parte, la pervivencia en nuestro Código penal de un tipo agravado específico de parricidio, nos obliga a estudiar por separado esta figura delictiva (letra b). De todas formas, no nos extenderemos en la consideración político-legislativa de estos delitos, al haber sido ya objeto de modélico análisis por el Profesor TORIO, a cuyo estudio nos vamos a remitir con alguna frecuencia.

a) Lo primero que cabe destacar, con este autor, del delito de *asesinato* es su mutabilidad histórica, «la variabilidad de los criterios de demarcación (...) en el tiempo y el derecho penal comparado», hasta el punto de poder negar la existencia de una materia unitaria objeto de valoración: la figura del asesinato «es predominantemente un producto de la ley» (44). Este dato ha sido frecuentemente aducido en la crítica doctrinal al asesinato. Ya fue puesto de relieve por LISZT, quien negaba la existencia de «un concepto de asesinato reconocido con carácter general, surgido de la conciencia jurídica popular de las distintas culturas» y calificaba de «fracasados» todos los intentos de obtener una diferencia conceptual entre las diversas formas de muerte dolosa (45). Cuestión diversa es la de si, pese a esta mutabilidad de las características conducentes a la cualificación del homicidio, debe seguir utilizándose el «nomen iuris» de «asesinato» y aquí la respuesta de TORIO es afirmativa, pues tal expresión «posee una particular signicidad», al destacar «de forma más intensa y significativa que el homicidio simple, el valor y la intangibilidad de la vida humana» (46). Este es también el criterio de la mayor parte de las regulaciones positivas, que califican normalmente de «asesinato» los casos más graves de homicidio doloso y ello con independencia de la concreta configuración legislativa de la materia; esto es, tanto si se considera figura básica al homicidio, frente al cual el asesinato representa una cualificación, como si se hace del asesinato, en la línea

---

(44) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 98 y 103.

(45) Véase LISZT, F.v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 69 y 72. Muy recientemente, vuelve a insistir en el fracaso de tales intentos STRATENWERTH, G. *Schweizerisches Strafrecht BT I* (nota 12), p. 25, apelando a la historia, al derecho comparado y a la praxis jurisprudencial.

(46) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 113. También SCHRÖDER, H. «Die kunftige Gestaltung...» (nota 19), p. 288, abogaba por la pervivencia de la actual terminología, fundamentalmente por razones históricas y de arraigo de las denominaciones en la cultura jurídica popular.

del Código penal austriaco, la figura básica de los delitos contra la vida y prescindiendo asimismo del modelo (unitario, bipartito o tripartito) de distribución de la materia objeto de prohibición (47).

Son bien conocidas las dos líneas históricas concurrentes en la configuración del asesinato (48): la romanista, que parte de la contraposición entre «impetus» y «propositum», haciendo de la premeditación el núcleo del asesinato, y la germánica, que distingue entre el hecho violento abiertamente realizado y la obra insidiosa. La primera tradición cristalizará en el Código penal napoleónico de 1810 y, por su mediación y la del Código penal bávaro de 1813, penetrará decisivamente en los Códigos penales decimonónicos. La otra tradición fue abiertamente reivindicada por STOOSS, en su Anteproyecto de Código penal suizo de 1894, de donde pasará al vigente Código penal helvético y determinará decisivamente la reforma alemana de 4 de septiembre de 1941 que, en palabras de ESER, «sustituye el criterio psicológico de la premeditación —que caracterizaba al asesinato en el Código penal de 1871— por una casuística ético-social de la reprochabilidad» (49).

Este modelo «ético-social» ha ido consolidándose progresivamente, como se desprende de un repaso elemental por el derecho comparado. Y ello por varias razones: en primer lugar, por la misma crisis de la premeditación en cuanto característica configuradora del asesinato, en el sentido que recordaremos más adelante; no hay que olvidar, en segundo lugar, el alto grado de emotivismo que poseen las expresiones «asesino» y «asesinato», alusivas a un modo de comportamiento especialmente reprochable desde la perspectiva ético-social; tras este modelo regulativo late, en fin, la idea de la especial peligrosidad del asesino, aspecto éste decisivo desde la perspectiva positivista de LISZT y al que expresamente aludía el Código penal suizo en su redacción anterior a 1989 (50). Esta última consideración sigue, en buena medida, latiendo en la

---

(47) Recuérdese, no obstante, que en ocasiones se habla simplemente de «homicidios cualificados», sin recurrir a la expresión «asesinato» (así, en el Código penal italiano o en el portugués) o se reserva (como sucede en el Código penal francés) la expresión «asesinato» para aquel homicidio en el que concurre una característica particular (en el caso francés, la premeditación), lo que no obsta a la previsión legal de otros homicidios cualificados, penados tan severamente como aquél.

(48) Cfr., por todos, el preciso resumen de SIMSOM/GEERDS, *Straftaten gegen die Person...* (nota 7), pp. 7 ss. Dejamos nuevamente sin analizar el sentido de la contraposición anglosajona entre «murder» y «manslaughter». Cfr. *supra* III, 1. b) y las referencias de la nota 18.

(49) Véase ESER, A. *Empfiehl es sich...?* (nota 15), pp. 30-31. Cfr. también TORO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 98 ss.

(50) Expresiva de esta evolución es, en nuestra doctrina, la propuesta que, en orden a una futura remodelación legislativa, efectuara FERNÁNDEZ ALBOR, A. *Homicidio y asesinato*, Madrid 1964, p. 136: «Es asesino el que mata a otro por móviles bajos, instintos sádicos o con medios o formas de ejecución que aumenten las consecuencias dañosas del hecho o demuestren una especial peligrosidad del autor».

interpretación de que son objeto, por parte de la doctrina y jurisprudencia, algunas de las particulares características configuradoras del delito de asesinato. Este aspecto de la cuestión ha sido destacado sobre todo por ARTZ, quien —en relación al caso alemán— pone de manifiesto la visión legal y jurisprudencial del asesino como sujeto especialmente peligroso, lo que justificaría frente a él la pervivencia de una particular medida de seguridad: la reclusión perpetua, según exponíamos más arriba (51).

Fruto del desarrollo particular y de la combinación de los modelos regulativos indicados es la abigarrada imagen que del asesinato o, en general, de los homicidios agravados, nos ofrece hoy el derecho comparado, donde encontramos múltiples elementos cualificadores con diversa «ratio» y con frecuentes contrastes valorativos en el seno de un mismo sistema legal. A esta profusión de características agravatorias no es ajeno el hecho de que algunos Códigos opten por la técnica de una cláusula general seguida de la enumeración de diversos ejemplos típicos. No podemos repasar aquí, ni siquiera de forma somera, todos aquellos elementos cualificadores tenidos en cuenta en este contexto por los distintos Códigos (52). Nos vamos a centrar solamente en aquellos que gozan de arraigo en nuestra tradición legislativa o que eventualmente podrían venir en consideración en una futura remodelación de la materia acorde con el único criterio dogmático firme: el que toma como punto de referencia las categorías fundamentales de la teoría general del delito.

Desde esta perspectiva, el contraste básico se produce entre aquellos datos cuya presencia supone una intensificación del contenido de injusto del hecho —tanto si se refieren al desvalor de acción, como al de resultado— y aquellos otros que comportan una mayor culpabilidad. Este es el criterio que sirve de punto de partida en la repetidamente citada contribución de TORIO, quien insiste, desde un primer momento, en la improcedencia de «configurar un tipo agravado diferencial de delito (...) acudiendo a características autónomas de la culpabilidad», es decir, a «aquellos elementos particulares del tipo de delito que no se refieren a la culpabilidad personal por un previo hecho injusto». Y menos aún —sigue este autor— cabría configurar un tipo de delito «en atención a un posible sustrato criminológico, es decir, a la peligrosidad presunta de un eventual tipo criminológico de autor» (53). Trasladando estas

---

(51) Cfr. *supra* III, 2. y las referencias recogidas en la nota 32.

(52) El estudio más ambicioso, desde esta perspectiva, es el de ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), pp.516 ss., quienes distinguen entre elementos cualificadores referidos a la víctima, al autor y al hecho, con ulteriores subdivisiones dentro de cada uno de estos grupos. Refiriéndose sólo a los homicidios cualificados del Código penal italiano, distingue PATALANO, V. *I delitti...* (nota 9), pp. 91 ss. entre circunstancias que afectan a la cualidad de la víctima, a la del sujeto activo, al medio empleado, a la finalidad de la conducta, a las características de ésta o a la conformación del elemento psicológico.

(53) Véase TORÍO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 80.

consideraciones a nuestro objeto de estudio rechaza, en primer lugar, TORIO la concepción del asesinato como delito que remite a la peligrosidad del autor —en la línea de lo dispuesto en el art. 112 del StGB suizo, en su redacción anterior a 1989— y propone, en segundo lugar, referir «la formación legislativa del tipo del asesinato (...) al desvalor objetivo-impersonal del hecho, en tanto que la culpabilidad subjetivo-personal, expresiva de la relación jurídicamente desaprobada del autor con la acción, no puede ser tomada en cuenta en el tipo de delito»(54). Y éste es también el parecer del Proyecto Alternativo alemán de 1970, cuyos autores se oponen expresamente a aquel criterio —tanto del vigente StGB como del Proyecto oficial de 1962— que atiende, en la calificación de una muerte como asesinato, a la especial reprochabilidad moral (55).

Según este planteamiento —que compartimos plenamente—, habrá que indagar, en relación a las distintas características cualificadoras del asesinato, si su presencia comporta un incremento del contenido de injusto o, por el contrario, alude sólo a una mayor reprochabilidad. A este respecto, los autores del Proyecto Alternativo alemán afirman tajantemente que «una agravación de la pena en relación a la lesión del bien jurídico sólo puede proceder, en el homicidio doloso, de la perpetración de varios homicidios, de la puesta en peligro de ulteriores vidas humanas o del modo particularmente cruel de ejecución de la muerte», mientras que, por razones evidentes, «está excluída una gradación según el valor del mismo bien jurídico lesionado, puesto que toda vida humana tiene idéntico valor»(56). Es conveniente precisar algo más este punto de vista y, a tal fin, intentaremos mostrar, de manera esquemática, la respectiva adscripción, al injusto o a la culpabilidad, de aquellos elementos configuradores de homicidios agravados que recogen los Códigos penales de nuestro entorno, sirviéndonos para ello del intento de sistematización que, en relación a las circunstancias agravantes recogidas en nuestro Código penal, ha propuesto la profesora ALONSO ALAMO (57).

---

(54) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 104 y 105-6.

(55) Véase *Alternativ Entwurf...* (nota 17), p. 17: «En un derecho penal dirigido a la protección de bienes jurídicos, no a la retribución de reprochabilidad moral, no puede adoptarse este punto de vista». A favor, expresamente, de este mismo criterio, cfr. LACKNER, T. «Erfahrungen...» (nota 19), p. 504. En sentido opuesto, defendiendo la admisibilidad del recurso a la mayor reprochabilidad como base de la calificación, OTTO, H. «Straftaten gegen das Leben» (nota 20), pp. 41 y ss.

(56) Véase *Alternativ Entwurf...* (nota 17), pp. 17-19. De acuerdo con este planteamiento, el párrafo 100 del AE considera causas de agravación del homicidio, que el autor: 1) mate a varias personas mediante una o varias acciones; 2) ponga en peligro con su acción la vida de otras personas; 3) inflija a la víctima sensibles males corporales o anímicos; 4) actúe intencionada y maliciosamente y 5) mate para posibilitar un delito, para ocultar un delito en base a una decisión concebida antes del delito, o para la obtención de una ventaja patrimonial.

(57) Véase ALONSO ALAMO, M. *El sistema...*(nota 22), pp. 459 y ss.

De conformidad con este modelo, el mayor contenido de injusto puede proceder de un incremento en el desvalor de acción o en el de resultado. En el primer caso se encuentra la alevosía, caracterizadora del asesinato en el Código penal español y también en el alemán, o el veneno, previsto —además de en nuestro Código penal— en los de Francia, Portugal e Italia (en estos dos últimos se habla de «veneno u otro medio insidioso»). En uno y otro caso, la agravante aparece informada por la especificidad del medio, modo o forma de ejecución del hecho. Mayor representación encuentran, en el derecho comparado, las circunstancias que cualifican el homicidio en virtud de un mayor desvalor de resultado. Siempre según el esquema de la profesora ALONSO ALAMO, se comprenden en esta categoría, en primer lugar, aquellas características que comportan un peligro acentuado de consumación, como sucede con la asociación para delinquir, que cualifica al homicidio en el Código penal italiano. Entrarían en consideración, en segundo lugar, aquellas otras que suponen un peligro para otros bienes jurídicos, como sucede con los medios ocasionados a grandes estragos, configuradores del asesinato en el StGB alemán o en nuestro art.406 Cp. Tendríamos, en tercer lugar, los homicidios cualificados por su vinculación a la lesión de otro bien jurídico, de los cuales ofrece abundante muestra el derecho comparado: así, la muerte simplemente acompañada o seguida de otro delito, de los Códigos penales italiano y francés; o, más restrictivamente, la muerte llevada a cabo para preparar o facilitar otro delito, favorecer la huída o asegurar la impunidad, de los Códigos penales italiano, francés, portugués y alemán; o la muerte ejecutada por el convicto para eludir la detención o el arresto o posibilitarse la huida, etc., del Código italiano. Entrarían también aquí en consideración, finalmente, aquellos homicidios llevados a cabo sobre víctimas particularmente vulnerables (como son los menores de determinada edad —Cp francés— o las personas secuestradas con petición de rescate —Proyecto italiano de 1992—) o bien sobre víctimas que ostenten una determinada cualidad o cumplan una función particular (así, los homicidios del magistrado, juez o abogado, del Cp francés, o el amplísimo elenco de víctimas de especial condición que enumera el art. 132, letra h), del nuevo Código penal portugués de 1995).

Afectarían, por el contrario, a la culpabilidad características como la premeditación (que pervive en los Códigos penales español, francés, italiano y portugués); aquellas que evocan un móvil especialmente reprochable, como el precio, recompensa, o promesa del Cp español, o el impulso sexual, la codicia u otros móviles bajos del StGB alemán y, en particular, aquellas características que se refieren a la *Gesinnung* o actitud espiritual del autor, entre las que cabría incluir el ensañamiento de nuestro Código penal, o el «placer de matar» de los Códigos alemán y portugués, o el odio racial o religioso de este último Código —a los que se añade, en 1995, el odio político— o, en fin, la muerte acompañada de torturas u otros actos de crueldad de los Códigos alemán, italiano y portugués. A esta misma categoría responderían también aquellas referencias

legislativas (por ejemplo, del Cp italiano) a la abyección o futilidad de los motivos que conducen a la muerte.

Por supuesto, esta ejemplificación requeriría ulteriores precisiones, en las que ahora no podemos detenernos, pero es suficiente a los efectos de mostrar el sentido general y las consecuencias que se desprenden del criterio metódico adoptado, en cuya virtud, sólo cuando concurra una característica indicativa de un mayor contenido de injusto estará justificado calificar como asesinato (u homicidio agravado) la muerte dolosa de otro. Estas consecuencias han sido, en parte, desarrolladas por el Profesor TORIO en su crítica —en nuestra opinión, definitiva— del modelo que sigue nuestro vigente Cp español, así como del que fijaba el PLOCP de 1980 (58). El eco despertado, en nuestra doctrina penal, por ésta y otras contribuciones coetáneas, como la ya mencionada de BACIGALUPO (59), nos exonera de una crítica más detallada del contenido del actual art. 405 Cp., que sigue sirviendo, de manera acrítica, de punto de referencia en la configuración del asesinato de los últimos Proyectos de 1992 y 1994. Bastará, para nuestro objetivo, con una somera caracterización del sentido de tales críticas (60).

De los elementos caracterizadores del asesinato del vigente art. 406 Cp. (60 bis) se refieren inequívocamente a la culpabilidad el *precio*, *recompensa* o *promesa*, la premeditación y el ensañamiento. En el primer caso, la «ratio» de la agravación reside, como pone de manifiesto ALONSO ALAMO, «en la vileza del móvil» (61), lo que recalca el Proyecto de 1980 añadiendo al «precio, recompensa o promesa» la referencia a «otros móviles abyectos o fútiles» (62). Con ello se aproxima esta modalidad al asesinato por codicia de otros ordenamientos jurídicos. Ahora bien, fundar en la abyección del móvil el incremento de la pena que comporta el asesinato frente al homicidio simple, supone apoyarse en una característica pura de la culpabilidad, próxima —como ha destacado TORIO— a las *Gesinnungsmerkmale* (63), en lugar de hacerlo sobre un dato

(58) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 107-112.

(59) Véase BACIGALUPO ZAPATER, E. «Los delitos de homicidio...» (nota 4), pp. 321 y ss. y 330 y ss., en relación, respectivamente, al Cp vigente y a la PANCP de 1983.

(60) Un resumen muy reciente ofrece DEL ROSAL BLASCO, B. «Política criminal...» (nota 4), pp. 953-956. A favor, sin embargo, de la actual regulación del asesinato, «una de las más perfectas de los Códigos penales de la Europa occidental», se manifiesta CEREZO MIR, J. *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid 1993, pp. 138 y 211.

(60 bis) El art. 139 del NCP contempla, como características configuradoras del asesinato, la alevosía, el precio, recompensa o promesa y el ensañamiento. La premeditación, que todavía recogía el Proyecto de 1994, se suprime en el curso de los debates parlamentarios.

(61) Véase ALONSO ALAMO, M. *El sistema...* (nota 22), p. 652.

(62) En la PANCP de 1983 se habla de «precio, recompensa o promesa u otros motivos» (art. 140) y tanto el Proyecto de 1992 (art. 145), como el de 1994 (art. 139) mantienen idéntica redacción a la del actual art. 406, núm. 2.º Cp.

(63) Una crítica detallada del «móvil abyecto o fútil» del PLOCP de 1980, en TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 107-109. Véase también TALÓN MARTÍNEZ, F. «Delitos contra las personas», en *El Proyecto de Código penal (monográfico de la R.Jur. Cat.)*, Barcelona 1980, pp. 73-99 (p. 79).

indicativo de un mayor contenido de injusto, como es lo político criminalmente indicado, según venimos insistiendo. Cuestión diversa, aunque estrechamente relacionada, es la que se refiere a la posibilidad de cualificar el homicidio por su preordenación a un ataque patrimonial, como vemos en el derecho comparado y que supone técnicamente —según ha puesto de relieve TORIO— una mejor solución que la del actual robo con homicidio doloso del art. 501 Cp., dada la preeminencia del bien jurídico «vida humana» sobre el «patrimonio» en estos hechos pluriofensivos (64). En este caso, sin embargo, lo que cualifica al homicidio no es tanto la vileza del móvil, cuanto la vinculación objetiva (teleológica) de aquél con otro delito, dato éste indicativo de un mayor desvalor de resultado, como destacábamos anteriormente.

Por lo que se refiere al *ensañamiento*, también aquí estaríamos en presencia de una pura característica del ánimo, por más que la definición legal del mismo incorpore simultáneamente referencias objetivas, relativas al modo de ejecución («aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido»), pues —según destaca ALONSO ALAMO— el dato decisivo reside en «la actitud espiritual del autor reflejada en el hecho», es decir, «la brutalidad reflejada en la forma de ejecución» (65). Pero además del rechazo —en el que venimos insistiendo— a configurar en base a un dato de esta índole la agravación que comporta el asesinato frente al homicidio simple, suscita serias reservas apoyarse en un elemento que, como ha sido destacado a menudo, puede evocar la existencia de una imputabilidad disminuida (66). La persistencia del ensañamiento es, pese a todo ello, una constante en los sucesivos Proyectos de nuevo Código penal.

Pasemos, finalmente, a la *premeditación*. La crítica a la tradicional conformación del asesinato sobre la base de la premeditación es bien conocida y de ella se ha hecho eco la doctrina española más reciente. A las razones tradicionalmente aducidas en su contra —inseguridad del concepto (LISZT), dificultades insuperables de prueba (STOOSS), compatibilidad con la existencia de un motivo no reprochable (HOLTZENDORF),

---

(64) Véase, sobre este problema, TORIO LÓPEZ, A. «La distinción legislativa entre el asesinato y el robo con homicidio», en *Estudios penales y criminológicos VII*, Santiago de Compostela 1984, pp. 451-475. Sobre las «distorsiones axiológico-punitivas» existentes en la actual regulación del robo con homicidio, cfr. SUÁREZ MONTES, R.F. «Observaciones a la penalidad del robo con homicidio en la reforma de 1983», en *La Ley* 1983/4, pp. 1286-1291.

(65) Véase ALONSO ALAMO, M. *El sistema...* (nota 22), p. 660. Una comprensión diversa del ensañamiento, como característica que incrementa la gravedad del injusto del asesinato, en GRACIA MARTÍN, L. en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 122 y ss.

(66) Véase, entre otros, BACIGALUPO, E. «Los delitos de homicidio...» (nota 4), p. 326. Por otra parte, como señala este autor, la «ratio» del ensañamiento puede verse en las exigencias de prevención especial ante la mayor peligrosidad de quien así obra. Ya nos hemos referido, sin embargo, a lo problemático que resulta construir el asesinato sobre la base de la peligrosidad del autor. Cfr. nuevamente TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 104 y ss.

entre otras— añade TORIO el dato, constatado por la criminología, de la posibilidad de que dicha característica encubra «una base psicopatológica incompatible con su estimación como culpabilidad definitivamente agravada», especialmente, cuando se exige aquel «ánimo frío y sereno» del que habla la Escuela Clásica (67). El destino de esta característica cualificadora ha seguido, por otra parte, un curso vacilante en la proyectada reforma penal: se mantiene en el Proyecto de 1980, prescindiendo de la exigencia de que sea «conocida», desaparece en la PANCP de 1983, así como en el Proyecto de 1992 y reaparece de nuevo en el PLOCP de 26 de septiembre de 1994, volviéndose a utilizar incluso la expresión tradicional de «premeditación conocida» (68), (68 bis).

No presentan objeción, desde la perspectiva metódica adoptada, la *alevosía* y los denominados «medios de peligro común», pues se trata, en los dos casos, de características cualificadoras referidas al injusto típico. La primera de ellas supondría —siempre según ALONSO ALAMO— un incremento del desvalor de acción, ya que atiende fundamentalmente a un específico modo de ejecución, mientras que los medios de peligro común calificarían el hecho por el incremento del desvalor de resultado, en atención al peligro que, para otros bienes jurídicos, comporta su empleo (69). Pero, incluso en estos dos supuestos, no dejan de presentarse reservas. Así, por lo que se refiere a la *alevosía* —y haciendo abstracción de su posible calificación como característica de la actitud espiritual (*Gesinnung*), en cuanto expresiva de una particular cobardía (70)— ha destacado TORIO lo controvertible que resulta entenderla «como elemento que funda indefectiblemente el asesinato», pues puede, por ejemplo, «coexistir con la excitación anímica profunda del autor, quien realiza el hecho objetivamente alevoso con culpabilidad reducida. Es a

(67) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 109 ss. Pero en caso de que no se exija *este frigidum pacatoque animo*, difícilmente podrá separarse entonces la premeditación del simple dolo homicida. Cfr., al respecto, BACIGALUPO, E. «Los delitos de homicidio...» (nota 4), pp. 325-6 y DEL ROSAL BLASCO, B. «Política criminal...» (nota 4), pp. 953-954. Desde una perspectiva diversa, hace hincapié ARTZ, G. «Die Delikte...» (nota 26), p. 7 en la dialéctica entre eficacia preventiva asignada a la pena más grave del sistema, prevista para el asesinato, y la configuración de éste sobre la base de una característica que, sin duda, comporta la consideración por el autor de las consecuencias jurídicas de su conducta, pues si ésta se lleva a cabo, queda en entredicho aquella eficacia preventiva.

(68) En opinión de CEREZO MIR, J., *Estudios sobre la moderna...* (nota 60), pp. 138 y 211, la premeditación debe mantenerse, pero con carácter relativo, de acuerdo con la teoría sintomática; esto es, sólo «cuando revele una mayor reprochabilidad de la conducta». Le sigue GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), p. 120.

(68 bis) Ya hemos indicado (nota 60 bis) que la relación definitiva del NCP prescinde de esta característica.

(69) Véase ALONSO ALAMO, M. *El sistema...* (nota 22), pp. 468 ss., 495 ss. y 605 ss.

(70) Véase ALONSO ALAMO, M. *El sistema...* (nota 22), pp. 478 ss. Cfr. la defensa de este punto de vista en DEL ROSAL BLASCO, B. «Política criminal...» (nota 4), pp. 955-956.

veces manifestación de la impulsividad de la ejecución, cuya base es una psicopatía o anormalidad» (71). Desde una perspectiva diversa, se han hecho valer también otros argumentos que cuestionan la admisibilidad de construir sobre esta base un homicidio agravado: por ejemplo, las dificultades de separación frente al abuso de superioridad (72); su excesiva amplitud, máxime en la versión que de ella ofrecen los Proyectos de 1992 y 1994, en los que se extiende la agravación a «cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa», siguiendo en esto a la doctrina jurisprudencial más reciente (73); o, en fin, el dato de que la realización alevosa de un delito, esto es, tomando «las medidas para hacerlo bien, asegurándose el resultado y evitando posibles respuestas» es precisamente la regla general, por lo que no debería considerarse como fundamento de agravación alguna (74).

Y en relación a los denominados *medios de peligro común* —entendiendo por tales la «inundación, incendio y explosivo», pues el «veneno» posee una naturaleza diversa, que lo aproxima a la alevosía, según entiende la doctrina dominante (75)—, aunque la agravación que comportan tiene un fundamento objetivo, lo que permitiría fundamentar sobre su concurrencia una figura cualificada, no han faltado voces críticas frente a esta eventualidad. En esta dirección, aplaude DEL ROSAL la desaparición de esta circunstancia del Proyecto de 1992, entendiendo que el peligro que los mencionados medios pueden ocasionar «puede ser ya suficientemente valorado, a través del uso de los mecanismos concursales, mediante la aplicación al caso de otras figuras delictivas, como las de incendio, daños, estragos, etc., que concurrirían en su aplicación junto con la del delito de homicidio» (76). Pero esta argumentación no es en absoluto convincente, pues la producción de la muerte ajena empleando los mencionados medios cualifica el hecho, convirtiéndolo en asesinato, por el *peligro* que el medio utilizado, debido a su capacidad expansiva, comporta para *otros* bienes jurídicos de terceros titulares, por lo que si dicho peligro progresa hasta el eventual menoscabo de aquellos, se dará el concurso de delitos entre el de *asesinato* y estas ulteriores lesiones jurídicas (77).

(71) Véase TORÍO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 111-112.

(72) Véase, por todos, BACIGALUPO, E. «Los delitos de homicidio...» (nota 4), pp. 322-3.

(73) Véase, por todos, DEL ROSAL BLASCO, B. «Política criminal...» (nota 4), pp. 954-956. La definición de alevosía del art. 22, núm. 1 del NCP prescinde de la cláusula ampliatoria mencionada en el texto.

(74) En este sentido, CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho penal, parte especial*, Valencia 1993, p. 543.

(75) Véase, por todos, ALONSO ALAMO, M., *El sistema...* (nota 22), pp. 495 ss.

(76) Véase DEL ROSAL BLASCO, B., «Política criminal...» (nota 4), p. 954.

(77) La circunstancia que comentamos se mantenía, en términos idénticos a los del art. 406, n.º 3 del Cp., en el Proyecto de 1980, desapareciendo en los sucesivos. El NCP tampoco la contempla. En contra de esta supresión se manifiestan, entre otros, BACIGALUPO, E. «Los delitos de homicidio...» (nota 4), p. 331, refiriéndose a la PANCP de 1983 y CEREZO MIR, J. *Estudios sobre la reforma...* (nota 60), pp. 138 y 211.

Esta breve consideración de las actuales características configuradoras del asesinato en nuestro derecho positivo —y su virtualidad, en clave político-legislativa, para seguir siéndolo— aparece, evidentemente, mediatizada por la naturaleza dogmática que respectivamente se les asigne. En tal sentido, se percibe en nuestra doctrina una clara contraposición entre quienes, próximos al finalismo, ubican aquellas en el tipo de injusto, lo que las hace aptas para configurar modalidades cualificadas del delito de homicidio, y quienes, en coherencia con la concepción tradicional, sitúan la mayor parte de las circunstancias mencionadas fuera del injusto, lo que las impediría cumplir aquella función (78).

Por lo demás, los sucesivos Proyectos o Anteproyectos de nuevo Código penal se han limitado a mantener o suprimir algunas de las actuales características configuradoras del asesinato, sin aventurarse a tomar en consideración aquellas de las previstas en el derecho comparado que inequívocamente conducen a la apreciación de una mayor gravedad objetiva del hecho y de las cuales ofrecíamos una sucinta relación más arriba. Destacan especialmente las numerosas referencias legislativas a homicidios cualificados por su vinculación con otro delito, bien para preparar o facilitar su ejecución, bien para favorecer la huída o asegurar la impunidad. También veíamos las frecuentes menciones al homicidio ejecutado sobre víctimas que se encuentran en una determinada situación de vulnerabilidad o que ostentan una condición particular. En el primer sentido, ni siquiera han encontrado eco las certeras reflexiones de TORIO —a las que aludíamos más arriba— sobre la incorrecta articulación legislativa actual entre los delitos de asesinato y robo con homicidio doloso (79). La única innovación, en este orden de ideas, aparece en el Proyecto de 1992 y se refiere a la mención expresa de la producción dolosa de la muerte de varias personas (art. 78, n.º 4) pero, a diferencia del Proyecto Alternativo alemán que, como veíamos más arriba, aprecia aquí un homicidio cualificado, nuestro Proyecto toma en consideración dicha hipótesis para establecer una excepción expresa al régimen punitivo general del concurso ideal de delitos, lo que no parece un criterio sistemático excesivamente afortunado.

Es hora ya de pasar a resumir las conclusiones básicas que se desprenden del análisis precedente. En primer lugar, no parecen existir serias objeciones al mantenimiento del término «asesinato» para denominar a los homicidios cualificados, siempre que no se entienda con ello que nos encontramos ante un delito autónomo. No se ha logrado encontrar justi-

---

(78) Como muestra de esta diversidad de planteamientos cabe mencionar, en la primera dirección, a GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 106 ss. y, en la segunda, a CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho penal* (nota 74), pp. 541 y ss., si bien precisando que la «ratio» no se halla tanto en un incremento de la culpabilidad, cuanto en una «mayor necesidad de tutela» (p. 538).

(79) Véase TORIO LÓPEZ, A. «La distinción legislativa...» (nota 64), pp. 456 y ss.

ficación convincente para postular, de *lege ferenda*, esa autonomía del asesinato, la cual, por el contrario, provoca los conocidos problemas en materia de error y participación criminal. La construcción de estas modalidades de homicidio cualificado que denominamos «asesinato» sólo puede hacerse, en segundo lugar, sobre la base de un mayor contenido de injusto, bien se sustente sobre datos que incrementan el desvalor de acción, bien se refieran las características cualificadoras a un desvalor de resultado más intenso. Por el contrario, no estaría justificado fundamentar el asesinato sobre datos puramente culpabilísticos. Hay que aproximar, en tercer lugar, los marcos penales del homicidio simple y su modalidad agravada, hasta hacerlos incluso secantes. Es oportuna, en este contexto, la atinada observación de ARTZ en el sentido de que la sobrevaloración, a efectos sancionatorios, de las características del asesinato comporta una simultánea infravaloración del bien jurídico vida humana (80). Debemos, además, insistir en la conveniencia de proporcionar una solución legislativa expresa para los casos en que coincidan características configuradoras de un homicidio cualificado con otras objeto de consideración atenuatoria, cuestión ésta sobre la que todavía tendremos ocasión de volver más adelante. Es inevitable recordar, finalmente, que estas reflexiones, que en absoluto son nuevas y se corresponden en mayor o menor medida con la situación legislativa de algunos países de nuestro entorno, no han encontrado eco en las sucesivas tentativas de reforma global de nuestro sistema penal (80 bis).

b) Entre las modalidades de asesinato o de homicidio cualificado aparece ocasionalmente en el derecho comparado la muerte de próximos parientes (81). En este sentido, el reciente Cp francés de 1992 castiga con prisión perpetua la muerte del ascendiente legítimo o natural así como la del padre o madre adoptivos. En el Cp italiano se califica como homicidio agravado la muerte del ascendiente o descendiente distinguiéndose, a efectos sancionatorios, entre los supuestos que comportaban la pena capital, antes de que ésta fuera suprimida (cuando concurre un motivo abyecto o fútil, o se ejecuta el hecho con crueldad o sevicias, o empleando veneno u otro medio insidioso, o con premeditación), y el resto de las hipótesis, que conducen al *ergastolo*. El Proyecto de 1992 mantiene todavía esta última pena para la muerte de ascendientes o descendientes (incluidos los adoptivos) y hermanos, siempre que concurren determinadas circunstancias. Por fin, el Cp portugués califica como homicidio agravado el del ascendiente o descendiente, natural o adoptivo. Ninguna mención a la muerte de próximos parientes recogen, por el contrario, los Códigos penales alemán, austriaco y suizo.

---

(80) Véase ARTZ, G. «Die Delikte...» (nota 26), pp. 12 ss.

(80 bis) Y siguen siendo válidas por más que se haya aprobado un NCP que perpetúa, en relación a esta materia, los defectos señalados en el texto.

(81) Una descripción actualizada de la situación del parricidio en el derecho comparado nos ofrece recientemente RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. «El parricidio en el derecho comparado», en *Rev. D. P. Crim. (UNED)*, n.º 3 (1993), pp. 641-665.

En nuestro sistema penal, el *parricidio* no sólo comporta una pena más grave que la del homicidio simple, sino que aparece, además, dotado de un «nomen iuris» propio y separado de los casos de asesinato, lo que justifica que abordemos aquí su tratamiento autónomo. De cualquier manera, el definitivo análisis, en clave político legislativa, de este delito por el profesor TORIO, a cuyas conclusiones —que, entretanto, han gozado de amplia aceptación en nuestra doctrina (82)— nos adherimos por completo, nos excusa de un tratamiento más detallado de la cuestión. Será suficiente, para nuestros fines, con recordar —de manera resumida— el planteamiento del mencionado autor (83).

Comienza su análisis TORIO poniendo de manifiesto la diversidad de materias comprendidas en el actual art. 405 Cp., cada una de ellas con significación político criminal y criminológica diversas. En primer lugar, el conyugicidio, que es el campo más frecuente de aplicación del precepto y que, sin embargo, apenas aparece representado en el derecho comparado. Aquí la investigación criminológica pone de manifiesto que nos encontramos ante el caso paradigmático de homicidio emocional o pasional, donde la muerte no es sino el punto final de un conflicto en el que el autor del hecho ha sido normalmente víctima de quien después resultará muerto y donde para nada cabe hablar de una mayor culpabilidad, sino que, por el contrario, ésta aparecerá, de ordinario, notablemente disminuida (84).

---

(82) Véase, entre otros, BORJA JIMÉNEZ, E. «Parricidio e infanticidio: ¿dos especies a extinguir?», en *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, vol. I, Valencia 1989, pp. 141-153; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal, parte especial*, 2.ª ed., Barcelona 1991, p. 28; CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTON y otros, *Derecho penal, p.e.* (nota 74), pp. 521-522.; COBO DEL ROSAL, en LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (Coord.), *Código penal comentado*, Madrid 1990, pp. 739 ss.; GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Manual de Derecho penal, parte especial, vol. I*, Madrid 1993, pp. 45 ss.; MATA Y MARTÍN, R. «La relación conyugal como elemento del delito de parricidio», en *La Ley*, 18 de abril de 1995, pp. 1-4; DEL ROSAL BLASCO, B. «Política criminal...» (nota 4), pp. 950-952. A conclusiones semejantes a las de TORIO llega, de forma independiente, BACIGALUPO ZAPATER, E. «Los delitos de homicidio...» (nota 4), pp. 327, 332, 337. Por su parte, BAJO FERNÁNDEZ, M. *Manual de Derecho penal, parte especial. Delitos contra las personas*, 2.ª ed., Madrid 1991, p. 47, defiende la sustantividad del parricidio, pero sometido a un régimen como el del art. 11, que permitiera tanto la agravación como la atenuación, según los casos. De la posición de CERESO MIR y sus discípulos nos ocupamos más abajo, en la nota 87.

(83) Véase, para lo que sigue, TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 82-95.

(84) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 83. Cfr. recientemente, de entre las numerosas aproximaciones criminológicas a este problema, BECKER/HAFFNER/MALLACH, «Täter-Opfer Interaktion bei Tötungsdelikte im Rahmen von Partnerschaftskonflikten», en GÖPPINGER-Fs., Berlin 1990, pp. 253-263 y BURGHEIM, J. «Tötungsdelikte bei Partnertrennungen» (nota 43), *passim*, así como las monografías de GLATZEL (1987) y SIMONS (1988), citadas en la nota 41. Cfr. también el reciente estudio de LANZA, L. *Gli omicidi in famiglia*, Milano 1994, especialmente las conclusiones de las páginas 247-249.

El segundo de los campos captados por la norma del art. 405 Cp. es el «libericidio», o muerte del hijo por los padres. La investigación de TORIO pone aquí de relieve la existencia, también en esta hipótesis, de una motivación irregular que debería merecer una valoración atenuada de la conexión personal entre el autor y el hecho. Destaca, además, este autor cómo un alto número de las condenas por «libericidio» recaen sobre hechos que sólo en virtud de la consideración legal abstracta dejan de ser calificados como infanticidio privilegiado, siendo su contenido material de injusto o culpabilidad análogos al de este último delito (85).

Tendríamos, finalmente, el parricidio propio, es decir, la muerte de los ascendientes, hipótesis escasamente significativa desde el punto de vista estadístico, pero la única merecedora de atención cuando se discute, en clave político criminal, acerca de la pervivencia del parricidio. Ahora bien, la decisión al respecto pasa necesariamente por la previa determinación de cuál es el fundamento de la cualificación del homicidio en estas hipótesis (86). Dicho fundamento —sigue TORIO— no puede residir, como pretendía CARRARA, en la mayor peligrosidad del parricida, pues ni la experiencia criminológica avala esta tesis, ni sería admisible fundar en la peligrosidad del autor una agravación de la pena. Tampoco cabe hallar la legitimidad político criminal del parricidio en el plano del injusto, pues este delito «no requiere una acción objetivamente peligrosa diferente de la propia del homicidio simple», ni «conlleva tampoco necesariamente un ataque más intenso al bien jurídico, puesto que la lesión de la vida humana no es graduable», ni cabe, en fin, hablar de un delito pluriofensivo en el sentido de que menoscaba la vida y el orden familiar (87). Por el contrario, el parricidio agrava por razones de culpabilidad. Desde esta perspectiva, el parentesco aparecería como una característica de la culpabilidad objetivamente configurada; su presencia conduce entonces a una presunción legislativa de carácter irrefragable (*iuris et de iure*) de mayor culpabilidad; presunción que, sin embargo, «está en contradicción con la investigación empírica del campo del parricidio», que nos habla de un fenómeno de «criminalidad por crisis o

---

(85) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 83-85.

(86) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 86 ss.

(87) En nuestra doctrina, entienden CEREZO y alguno de sus discípulos que la agravación que comporta el parricidio aparece justificada al obedecer a un mayor contenido de injusto, en concreto, de desvalor de acción, dado que «la muerte de un pariente supone la infracción de deberes jurídicos específicos que existen entre los padres e hijos y entre los cónyuges». Véase GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), p. 153 y allí (en la nota 27) indicaciones bibliográficas relativas al punto de vista de CEREZO y GUALLART. Pero esta perspectiva comporta, o bien la naturaleza pluriofensiva del parricidio, o bien una concepción del delito en cuya virtud el contenido material del injusto no viene dado por la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, sino por el quebrantamiento de deberes, criterios ambos difícilmente comparables.

por conflicto», donde el contenido de la culpabilidad aparece normalmente atenuado. En este sentido se orientó ya la temprana crítica de esta figura delictiva por autores como LISZT o HOLTZENDORF, lo que provocó la desaparición de la misma del catálogo de los homicidios agravados en el Código penal alemán (desde 1941) y en los de su entorno más próximo, como el austriaco o el suizo, hasta el punto de que, en su minucioso análisis político-legislativo de los delitos contra la vida, afirman tajantemente ESER y KOCH que la cualificación de la muerte de parientes en general y de la muerte de los ascendientes en particular se considera hoy completamente superada (88).

A pesar del enorme eco que el planteamiento de TORIO —sucintamente resumido aquí— ha encontrado en la doctrina penal española, los Proyectos de nuevo Código penal se han mostrado escasamente receptivos a aquél: el Proyecto de 1980 mantenía la situación legislativa vigente en este punto, mientras que la PANCP se limitaba a suprimir el conyugicidio. Un paso más dará el Proyecto de 1992, que opta, correctamente, por prescindir del delito de parricidio, indicándose en la Exposición de Motivos que basta, para las hipótesis hasta entonces comprendidas en él, con la aplicación de los tipos de homicidio o asesinato, según los casos. Sin embargo, el Proyecto de 1994 reintroduce el parricidio (incluyendo el conyugicidio), como uno más de los casos de homicidio cualificado, junto a los que hoy caracterizan al asesinato. Esperemos que la discusión parlamentaria sitúe de nuevo el problema del parricidio en la dirección trazada por el Proyecto de 1992 (88 bis) pues, por expresarlo de nuevo con palabras de TORIO, «ha pasado el tiempo histórico de la existencia» de esta figura delictiva (89).

5. Pasemos ahora a las modalidades privilegiadas o atenuadas de delitos contra la vida humana independiente. De acuerdo con la imagen que presenta el derecho comparado, cabe tomar aquí en consideración tres hipótesis: en primer lugar, aquellos homicidios privilegiados por la particular situación afectiva o emocional en que se realiza el hecho, la

---

(88) Véase ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Totungstatbestände...» (nota 7), p. 518.

(88 bis) Así ha sucedido efectivamente, desapareciendo del NCP toda referencia al parricidio.

(89) Véase TORÍO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 93. Lamentablemente, los pronunciamientos a favor o en contra del criterio del Proyecto de 1992 en este punto —si exceptuamos la toma de posición de CEREZO MIR, J., *Estudios sobre la moderna...* (nota 60), p. 211, en favor de la reintroducción de esta figura— carecen del mínimo contenido argumentativo. Basta con cotejar los Informes al Proyecto redactados por la Asociación Profesional de la Magistratura (publicado en *CPC* n.º 47, 1992, pp. 309-330), el Consejo General de la Abogacía Española o la Asociación Jueces para la Democracia (publicados en *CPC* n.º 49, 1993, pp. 9-64 y 65-89, respectivamente). En cuanto a la vehemente defensa de la pervivencia del parricidio por parte de REIG REIG, J.V., «Los delitos contra la vida y la integridad corporal en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal», en *Rev. D. P. Crim. (UNED)*, n.º 2 (1992), pp. 511-572 (pp. 561 ss.), se mantiene en una línea argumentativa completamente superada, desconociendo el sentido de la doctrina más reciente.

cual pone de manifiesto una culpabilidad disminuída; en segundo lugar, el delito de infanticidio, cuya singularización legislativa nos obliga aquí a un tratamiento particularizado; tendríamos, por fin, aquellas conductas relacionadas con la muerte aceptada por la propia víctima, bien se trate de conductas de participación en suicidio ajeno, bien estemos ante el genuino homicidio consentido, en el sentido amplio de la expresión. Veamos por separado estos diversos fenómenos legislativos, bien entendido que, como ya apuntáramos al comienzo de este trabajo (*supra*, I, 4.), dejaremos fuera de nuestro análisis —en relación con el tercero de los fenómenos mencionados— todo lo concerniente al problema de la eutanasia y su eventual relevancia jurídico-penal.

a) Comenzamos por el *homicidio «emocional»* (*Affekttötung*), entendida esta expresión en su sentido más amplio. Algunos Códigos penales de nuestro entorno contienen, en efecto, la previsión expresa de una modalidad atenuada de homicidio doloso en atención a la particular situación afectiva o emocional en la que el sujeto activo emprende la conducta típica y que conduce a apreciar una sensible disminución de la culpabilidad. Ello se traduce en un marco penal que normalmente oscila entre los seis meses o un año, como límite mínimo, y un máximo situado en torno a los cinco años de privación de libertad. Este es el caso, como vemos más arriba (*supra*, II) de los Códigos penales austriaco (parágrafo 76), alemán (parágrafo 213), suizo (art. 113), o portugués (art. 133). La previsión de este particular homicidio privilegiado no aparece vinculada, por otra parte, a un determinado modelo regulativo de los delitos contra la vida, sino que —en el sentido destacado anteriormente (*supra*, III, 1.)— la encontramos tanto en modelos bipartitos (por ejemplo, el austriaco) como tripartitos (p.ej., el alemán, suizo o portugués) e incluso es compatible con la previsión de una sola figura de homicidio doloso, con modalidades cualificadas y privilegiadas, como sucede en el Proyecto Alternativo alemán. El Código penal español, sin embargo, no ha conocido nunca un delito de homicidio de estas características —ajeno también a las regulaciones francesa e italiana— lo que no obsta, como es bien sabido, a la posibilidad de obtener significativos efectos atenuatorios de la responsabilidad criminal por otras vías: singularmente, la de la eximente incompleta del art. 9, n.º 1 Cp. y la de la circunstancia atenuante prevista en el n.º 8 de este mismo art. 9 Cp. La situación legal vigente pervive, por lo demás, en los sucesivos Proyectos de reforma.

La atención legislativa al estado afectivo o emocional en el que se lleva a cabo la acción homicida viene avalada, como también indicábamos más arriba (*supra*, III, 3.), por los resultados de la investigación criminológica. Baste mencionar que en la importante monografía de MIDDENDORF, relativa a la criminología de los delitos contra la vida, se destina la mayor atención, incluso en el orden de análisis, a los homicidios «por conflicto», como el campo más amplio y significativo de los

comportamientos homicidas (90).

Pasemos a la caracterización dogmática de estos homicidios. Existe amplio acuerdo doctrinal en situar la «ratio» del privilegio en la menor culpabilidad del sujeto activo de la conducta típica, dato éste común al resto de los homicidios privilegiados, si exceptuamos el caso del homicidio consentido, en el que —como veremos más adelante— cabe apreciar también un menor contenido de injusto. Por tratarse de hipótesis privilegiadas no tienen aquí cabida, por otra parte, las objeciones que suscitaba, en el caso de los homicidios cualificados, el apoyo en características autónomas de la culpabilidad o el recurso a las presunciones. Pues, como nos recuerda TORIO, «lo que no es válido para la agravación de la responsabilidad puede serlo para su atenuación» (91). En cuanto a los modelos regulativos concretos, destacan ESER y KOCH la presencia, convencionalmente, de dos datos (92): un sustrato psicológico, normalmente en forma de «afecto» o «emoción» y la verificación, de carácter normativo, referida a la intensidad de dicho «afecto» y al modo en que incide sobre la culpabilidad del autor. Bien entendido que junto a los «afectos» en sentido estricto, los Códigos mencionan, en ocasiones, otros datos cuya concurrencia puede traducirse también en la apreciación de un homicidio privilegiado en virtud de la menor reprochabilidad del hecho: singularmente vienen aquí en consideración la provocación, característica del *common law* y expresamente mencionada también en el parágrafo 213 del StGB alemán (93), así como determinados motivos, susceptibles de una consideración atenuatoria de la responsabilidad, como puede ser la compasión. En esta última modalidad de privilegio son, sin embargo, más frecuentes aquellas fórmulas generales del tipo «motivos o móviles atendibles», que una concreta enumeración de éstos.

(90) Véase MIDDENDORFF, W., *Kriminologie...* (nota 41), pp. 19 ss. Destaca también este estudio, que un buen número de tales conflictos se presentan en el marco de las relaciones familiares o de pareja, como veíamos al estudiar el delito de parricidio. Por lo demás, a la incidencia del alcohol y la escasa instrucción de los disputantes, añade MIDDENDORFF el dato de que en estos homicidios fruto de un conflicto normalmente el autor se entrega inmediatamente o es aprehendido en poco tiempo. Ulteriores referencias en los restantes trabajos y lugares citados en esta misma nota 41.

(91) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 81.

(92) Véase, para lo que sigue, ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), pp. 531 ss. En particular, para el «Totschlag» del pár. 76 StGB austriaco ofrece abundantísima información MOOS, R., *Wiener Kommentar...* (nota 13), en sus comentarios al mencionado precepto. Para el «Totschlag» del art. 113 StGB suizo, véase STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht, BT I* (nota 12), pp. 30 ss.

(93) A la provocación cabría añadir otros datos de análoga significación dogmática, como puede ser el exceso en la legítima defensa. Sobre la decisiva significación del homicidio provocado en la configuración, por el *common law*, del concepto de «manslaughter», véase SMITH/HOGAN, *Criminal Law* (nota 18), pp. 350 ss. Es significativo que, para LISZT, F.v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 100-101, sólo el homicidio provocado tiene entidad para su consideración como forma privilegiada.

De estas diversas hipótesis de homicidio privilegiado la más característica es, como acabamos de indicar, aquella que atiende a la situación afectiva o emocional del autor en el momento del hecho. Estamos aquí, sin embargo, ante un sustrato psicológico de difícil caracterización, dada la extraordinaria complejidad de la esfera afectiva del hombre. Según el ampliamente difundido DSM-III-R (clasificación cuasi oficial, en el medio psiquiátrico americano, de los distintos trastornos mentales), se define el «afecto» como «un patrón de conductas observables que es la expresión de los sentimientos experimentados subjetivamente (emoción)», citándose como ejemplos la euforia, la ira y la tristeza (94). En la literatura penal alemana es muy frecuente la distinción entre afectos «distímicos» (por ej., la cólera, la ira, los celos, el odio, etc.) y «asténicos» (por ej., la angustia, la desesperación, la perplejidad, la desidia, etc.), si bien los efectos sobre la responsabilidad criminal son idénticos en uno y otro caso. Se distingue también, por otra parte, entre el nivel del afecto característico del homicidio privilegiado y aquel otro nivel, más acusado, que puede en ocasiones conducir a la inimputabilidad. En cualquier caso, debe insistirse en que la simple presencia de la situación afectiva no conduce a la apreciación del privilegio, pues entran en juego las limitaciones normativas anteriormente señaladas: verificación, de carácter individual, del grado, duración y efectos de la emoción concreta sobre las cualidades estrictamente personales del autor, así como virtualidad causal de dicha emoción sobre la resolución homicida y la ejecución del hecho (95).

La atención a las emociones, o los móviles, o la provocación, en cuanto datos configuradores de una figura privilegiada de homicidio doloso no puede desconectarse de la virtualidad que tales datos pueden cobrar en el contexto de los elementos generales del concepto de delito, de conformidad con las disposiciones de la parte general del Código penal respectivo. Piénsese en la eventual regulación de los efectos de la justificación incompleta o de la imputabilidad disminuída o en la previsión legislativa de circunstancias generales atenuatorias de la responsabilidad criminal. Particularmente significativo, a la hora de articular un precepto específico relativo al homicidio privilegiado por la situación emocional (o por los móviles, o por la previa provocación) es, en el caso español, la existencia de una regla como la del art. 9, n.º 1 (eximente incompleta) —con el importante efecto mitigador que establece el art. 66 Cp.—, o la previsión de una circunstancia atenuante como la consagrada en el art. 9, n.º 8 Cp. («obrar por causas o estímulos tan po-

---

(94) Véase DSM-III-R, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona 1989, p. 465. En términos casi idénticos el recientemente publicado ΔSM-IV, Barcelona 1995, p. 779. Cfr. también, BULBENA, A., «Psicopatología de la afectividad», en VALLEJO RUILOBA, J., (ed.), *Introducción a la psicopatología y a la psiquiatría*, 3.ª ed., Barcelona 1991, pp. 188-203.

(95) Cfr. los autores y lugares citados *supra*, en la nota 92.

derosas que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad»), cuya eficacia puede ser especialmente significativa caso de apreciarse como muy cualificada, si además no concurren circunstancias agravantes (art. 61, regla 5.<sup>a</sup> Cp.). De ahí las cautas precisiones de BACIGALUPO cuando plantea la cuestión de si es aconsejable la creación de un tipo atenuado de homicidio «fundado en el estado emocional del autor en el momento de la comisión del hecho». En opinión de este autor, «el Derecho penal español no parece requerir esta forma atenuada de homicidio en razón del contenido de atenuantes genéricas (art. 9 del Código penal), que permite llegar a idénticos resultados». Caso de que se modificara este sistema —a favor de lo cual se manifiesta BACIGALUPO—, «la cuestión de un tipo especial de homicidio emocional estaría íntimamente ligada al problema de la imputabilidad disminuida y al criterio que se adoptara al respecto» (96).

Este punto de vista suscita, no obstante, algunas dudas y dificultades que deben ponerse de manifiesto antes de optar por prescindir hacia el futuro de una figura legislativa como la que estamos comentando. El argumento de la eventual reduplicación de datos tomados en consideración, con idénticos efectos, en la parte general del Código no es, en efecto, tan obvio como podría parecer a primera vista. Por una parte, nada impide la toma en consideración de circunstancias generales modificativas de la responsabilidad criminal en la configuración de tipos penales cualificados o privilegiados y el mismo Código penal español nos ofrece, al respecto, abundantes ejemplos; piénsese, sin ir más lejos, en los delitos de asesinato o parricidio. Lo decisivo es si estamos o no ante una materia susceptible de valoración unitaria y, desde esta perspectiva, no cabe duda de que las emociones, conflictos afectivos, etc. juegan en los delitos contra la vida un papel singular —como pone de manifiesto la investigación criminológica—, lo que nos sitúa ante un campo unitario de enjuiciamiento (97). Por otra parte, no es completamente exacto que los efectos de la aplicación de este homicidio privilegiado sean idénticos a los que se llega hoy con la técnica de las eximentes incompletas, o la aplicación de la regla 5.<sup>a</sup> del art. 61 Cp. Por de pronto, estas técnicas otorgan al juez un amplísimo arbitrio a la hora de determinar el efecto atenuatorio, por lo que éste puede ser muy diverso que en el caso de la fijación, de antemano, de un marco penal específico para las hipótesis que estamos considerando. Además —y esto es lo decisivo—, la previsión de esta figura delictiva particular provocaría el denominado «efecto oclusivo» del tipo más benigno, impidiendo que la apreciación, por ejemplo, de una situación de arrebató muy cualificada se haga, como su-

---

(96) Véase BACIGALUPO ZAPATER, E., «Los delitos de homicidio...» (nota 4), p. 337.

(97) Véase especialmente MOOS, R., en *Wiener Kommentar...* (nota 13), núms. 3 y ss. al párrafo 76.

cede hoy, sobre la base de la previa calificación de asesinato o parricidio si se dan los elementos de uno de estos tipos cualificados, obstruyéndose así, de manera muy acusada, el efecto atenuatorio de aquella circunstancia.

Estas consideraciones nos llevan, finalmente, al problema de la pena aplicable para este homicidio privilegiado por la menor reprochabilidad del hecho. Veamos al comienzo de este apartado cómo los modelos doctrinales y legislativos se mueven normalmente entre un año —o seis meses— como límite mínimo y los cinco años como límite superior (98). Lo decisivo, sin embargo, no es tanto la dimensión concreta, en términos absolutos, de la pena, sino el dato de si ésta se mueve dentro del ámbito de una posible suspensión condicional (99). Por otra parte, debemos volver a insistir en la conveniencia de que el precepto en cuestión establezca expresamente su preferencia frente a los tipos cualificados eventualmente concurrentes, o bien se arbitre alguna otra solución penológica para resolver la mencionada concurrencia (por ejemplo, mediante la remisión al marco penal del tipo básico). Nos remitimos, a este respecto, a las indicaciones efectuadas más arriba (*supra*, III m, 2.)

b) Pasamos al delito de *infanticidio*. Es imposible, en un trabajo de estas características, mencionar siquiera los múltiples problemas dogmáticos y político criminales que suscita esta figura (100). Recuérdese solamente, en esta última perspectiva, la incidencia que el movimiento ilustrado tuvo sobre su actual consideración privilegiada (101) y cómo

(98) En favor del límite inferior de seis meses se inclinaba, por ejemplo, LISZT, F.v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 77 ss. y los participantes en el Seminario dirigido por LACKNER, K., «Erfahrungen...» (nota 19), pp. 504-505. La excepción más señalada a esta fijación de un límite inferior tan tenue nos la ofrece el StGB austriaco (que fija una pena mínima de cinco años), unánimemente criticado en este punto. Véase, por todos, MOOS, R., en *Wiener Kommentar...* (nota 13), núm. 2 al párrafo 76.

(99) Véase, en este sentido, ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), p. 554.

(100) Un resumen muy completo ofrece GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 177 ss. Las primeras aportaciones al estudio dogmático de esta figura se deben, en nuestra literatura penal, a DEL ROSAL, J., «Infanticidio (límite objetivo)», en *Estudios penales*, Madrid 1948, pp. 181-216 y STAMPA BRAUN, J.M., «El objeto jurídico del infanticidio honoris causa», en *ADPCP* 1955, pp. 27-37. De las contribuciones monográficas más recientes cabe mencionar: GARCÍA PÉREZ, J.J., «El delito de infanticidio en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y necesidad de su reforma» en *ADPCP* 1988, pp. 305-334; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I., «Delito de infanticidio», en *Rev. D. P. Crim. (UNED)*, n.º 3 (1993), pp. 413-511 y MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «El infanticidio», en *Rev. D. P. Crim. (UNED)*, n.º 2 (1992), pp. 513-549. Todos ellos con ulteriores referencias bibliográficas.

(101) Cfr. RADBRUCH/GWINNER, *Historia de la criminalidad. (Ensayo de una criminología histórica)*, trad. A. MAJADA, Barcelona 1955, pp. 278 ss., quienes llegan a afirmar que el infanticidio «es el delito clave para todos los esfuerzos reformadores del derecho penal en el siglo XVIII». Véase también, por todos, STAMPA BRAUN, J.M., «Las corrientes humanitarias del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como "delictum exceptum"», en *ADPCP* 1953, pp. 47-76.

desde entonces se han ido articulando, en el derecho comparado, dos modelos regulativos (102): el modelo latino de la «causa honoris», seguido todavía hoy por el art. 410 Cp. español y el modelo, característico de los países centroeuropeos, que atiende a la peculiar situación emocional de la madre durante el parto o en el período inmediatamente posterior. A veces encontramos una particular combinación de ambos modelos, como sucede en el parágrafo 217 del StGB alemán, en cuya virtud, si bien el dato central debe situarse en la influencia del parto sobre el estado afectivo de la mujer, se limita, sin embargo, el privilegio a las muertes de hijos ilegítimos. Evidentemente, los cambios valorativos de las últimas décadas han propiciado una profunda crisis de la «causa honoris» en cuanto fundamento del privilegio que comporta el infanticidio y, en este sentido, es paradigmático el cambio operado en Italia por la Ley de 5 de agosto de 1981, que suprime todas las referencias legislativas a dicha motivación (en el aborto, el abandono de menores, etc.) y articula un nuevo delito de infanticidio (art. 578 del *Codice penale*) sobre la base de las «condiciones de abandono material y moral conexas al parto» (103). Y en Portugal, mientras que el Código penal de 1982 (art. 137) se refiere todavía, de manera alternativa, a la «influencia perturbadora del parto» o al móvil de «ocultar la deshonra», en el art. 136 del nuevo Código penal de 1995 desaparece esta última referencia».

En cualquier caso, estamos ante una figura delictiva que, pese a las múltiples críticas sufridas y la repetida exigencia, desde antiguo, de su desaparición, ofrece una notable resistencia, como pone de manifiesto el derecho comparado (104). En la reciente reforma penal española se optó también, en un primer momento (Proyecto de 1980 y PANCP de 1983), por mantener el privilegio, construido no sobre la «causa honoris», sino sobre la especial situación psicológica y emocional característica del parto (105).

---

(102) Véase SIMSOM/GEERDS, *Straftaten gegen die Person...* (nota 7), pp. 35 ss. y, más recientemente, ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), pp. 545 y ss.

(103) Cfr. PATALANO, V. *I delitti...* (nota 9), pp. 170 ss. y, sobre todo, la reciente monografía de AMBROSSETTI, E.M., *L'infanticidio e la legge penale*, Padova 1992, pp. 31 y ss.

(104) AMBROSSETTI, E.M., *L'infanticidio...* (nota 103), p. 112, destaca el dato de que ninguna reforma desde la postguerra ha procedido a derogar el infanticidio. En 1954, señalaba SCHRÖDER, H., «Die künftige Gestaltung...» (nota 46), p., que «pese a todo, nunca se ha puesto en duda la existencia, de «lege ferenda», de un delito de infanticidio». Todavía hoy lo mantienen los recientes Proyectos de reforma de la legislación penal de Italia y el Reino Unido. Para Italia, cfr. el *Schema di delega...* (nota 10), art. 59.2 (p. 639). En relación al Reino Unido, cfr. MAJER-KATKIN/OGLE, «A rationale for Infanticide Laws», en *CrimLR* 1993, pp. 903-914, quienes informan sobre el Proyecto de Código penal elaborado por el Comité de Revisión del Derecho penal (pp. 904-905).

(105) El Proyecto de 1980 hablaba de la muerte del recién nacido, «bajo la influencia del estado puerperal o de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento», mientras que la PANCP de 1983 aludía sólo a estas últimas. El cambio se debe, sin duda, a la crítica generalizada que había suscitado la referencia al «estado puerperal». Cfr. en este sentido, por todos, TALÓN MARTÍNEZ, F. «Delitos contra las personas» (nota 63), pp. 81 y ss.

Más radicalmente, los Proyectos de 1992 y 1994 prescinden de cualquier referencia al delito de infanticidio, remitiendo las hipótesis que ahora capta el art. 410 Cp. —según la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992— a la figura del homicidio, bien entendido que «la concurrencia, en su caso, de las eximentes completas o incompletas de trastorno (*sic*) mental o miedo, puede resolver en justicia los supuestos que merezcan una comprensible benevolencia» (106). Esta decisión derogatoria debe, no obstante, ser objeto de una mayor ponderación (106 bis).

En primer lugar, cabría traer a colación los mismos argumentos que aducíamos a favor de la eventual creación de una figura privilegiada de homicidio emocional, con la cual guarda el infanticidio tan estrecha relación (107): las reglas generales de atenuación de la responsabilidad criminal pueden legítimamente concretarse en la formación de tipos penales atenuados o privilegiados; lo decisivo es, más bien —como indicábamos entonces—, si estamos o no ante una materia susceptible de valoración unitaria y la criminología del infanticidio muestra sobradamente que es así (108). Pero además —y sobre ello insistíamos también más arriba—, no son idénticos los efectos que se siguen de dejar la cuestión al juego de las reglas generales o bien fijar un tipo penal específico, con su marco penal propio. Por de pronto, se ciñe a sus justos términos, en este último caso, el arbitrio judicial. Por otra parte, la existencia del tipo penal privilegiado impedirá —«efecto oclusivo» del tipo más benigno— la eventual calificación del hecho como parricidio o asesinato. Lo primero, porque el Proyecto de 1994 recupera, como vimos, el parricidio,

---

(106) A favor de esta supresión del delito de infanticidio se manifiesta la mayor parte de la doctrina penal española. Cfr., entre otros muchos autores, BORJA JIMÉNEZ, E., «Parricidio e infanticidio...» (nota 82), rechazando la configuración de figuras calificadas o atenuadas sobre la base de datos que aparecen ya en el catálogo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (p. 153); BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal, p.e.* (nota 82), p. 32; CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTON y otros, *Derecho penal, p.e.* (nota 74), p. 531; COBO/DEL ROSAL, en LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, *Código penal comentado* (nota 82), pp. 773-4; GARCÍA VALDÉS, C., *El Proyecto de nuevo Código penal*, Madrid 1992, pp. 19-20; GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Manual de Derecho penal, p.e. I* (nota 82), p. 106; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «El infanticidio» (nota 100), *passim*; QUINTERO OLIVARES, G., «Observaciones sobre la parte especial del Anteproyecto de Código penal», en S. MIR (ed.), *La reforma del Derecho penal*, Barcelona 1980, pp. 249-264 (p. 253); DEL ROSAL BLASCO, B., «Política criminal...» (nota 4), pp. 952-953.

(106 bis) Lo expuesto en el texto es válido también para el NCP que mantiene la decisión del Proyecto de 1994, en el sentido de suprimir este delito.

(107) El Proyecto Alternativo alemán recogía el infanticidio como modalidad particular de *Affektötung*. Muy expresivamente señalaban ya VIZMANOS/ALVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código penal*, t. II, Madrid 1848, p. 329, que en estas hipótesis se producirá, frecuentemente, «aquel arrebató u obcecación que nos impide darnos exacta cuenta del valor moral de nuestras acciones».

(108) De la abundante información criminológica véase sólo el libro colectivo *Recherches sur l'infanticide*, Paris 1968 y, en nuestra doctrina, STAMPA BRAUN, J.M., «Criminología del infanticidio», en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, t. II, Valladolid 1965, pp. 133-163.

que pasa a convertirse en una modalidad más de asesinato (aunque sin este «nomen iuris»); lo segundo, por la ampliación, ya comentada, del ámbito tradicional de la alevosía en los dos últimos Proyectos (109), (109 bis).

Por otra parte, no cabe olvidar, si se decide suprimir el infanticidio, la estrecha conexión que guarda con otras figuras delictivas, singularmente el abandono de niños y el aborto (110). Del abandono de niños, en cuanto delito de peligro para la vida, nos ocuparemos brevemente al final de este trabajo. La relación entre infanticidio y aborto ha sido abordada, sobre todo, en clave criminológica. Es casi un lugar común, desde esta perspectiva, señalar el temperamento pasivo, falto de previsión, irreflexivo, de la infanticida lo que hace que la pena tenga una escasa eficacia preventiva que, en el contexto de la particular situación psicológica del parto, se traduce en una explosión emotiva que provoca el comportamiento típico (111). Nos limitaremos aquí, sin embargo, a considerar dos datos especialmente relevantes desde el punto de vista de la articulación legislativa de los dos fenómenos.

Debe ser objeto de consideración, en primer lugar, la correlación existente entre el aborto eugenésico y la denominada eutanasia precoz, es decir, «el “dejar morir”, o incluso dar muerte activamente a niños recién nacidos con deficiencias físicas y psíquicas», supuesto que según destaca Arthur KAUFMANN podría calificarse quizás con mayor propiedad como «eugenesia» (112). Pues bien, suprimido el infanticidio, e

(109) Crítico, desde esta perspectiva, con la solución del Proyecto de 1992, CEREZO MIR, J. *Estudios sobre la reforma...* (nota 60), p. 212. En contra del argumento, GARCÍA VALDÉS, C., *El Proyecto...* (nota 106), p. 19, señalando que el hecho nunca podrá calificarse de asesinato, «pues la cortísima edad es inherente al delito, no cupiendo, así, la alevosía».

(109 bis) Ya hemos visto (notas 73 y 88 bis) que el NCP prescinde del parricidio y mantiene la definición tradicional de alevosía. Pero habrá que ver si el Tribunal Supremo abandona o no la tesis ampliatoria en la interpretación de esta agravante.

(110) Basta recordar la extensión de la «causa honoris» a las tres figuras mencionadas en el texto (arts. 410, 488, pfo. 3.º y 414 Cp., respectivamente). Esta conexión hunde sus raíces en la historia y de ella se hizo eco MITTERMAIER, C.J.A., «Contribuzioni alla dottrina del delitto d'infanticidio», en MORI, F.A., (ed.), *Scritti Germanici de Diritto Criminale*, t. II, Livorno 1846, pp. 209-312, señalando que «el aborto, la exposición y el infanticidio pertenecen a una misma familia de delitos y la *Constitutio Criminalis Carolina*, al haber situado juntos los preceptos que los regulan, demuestra haberlos contemplado desde el punto de vista adecuado» (p. 216). La conexión es destacada también, en esas mismas fechas, en España por MARCOS GUTIÉRREZ, J. *Práctica Criminal de España*, t. III, 4.ª ed., Madrid 1826, pp. 41 ss. (pp. 49-50).

(111) Cfr. los trabajos mencionados en la nota 108. Un reciente análisis de los mecanismos psicológicos presentes en la acción infanticida ofrecen MAIER-KATKIN/OGLE, «A rationale...» (nota 104), pp. 905 ss., quienes, por cierto, insisten también en que «infanticidio y aborto son fenómenos relacionados y deberían ser considerados conjuntamente» (*ibidem*, p. 903, nota 1). Una excelente síntesis de los factores éticos, económicos y psicológicos constantes en el infanticidio, incluyendo consideraciones etnológicas y etológicas, nos ofrece COURAKIS, N. «Contribution a une analyse pluridisciplinaire de l'infanticide», en *Revue Pénitentiaire et de Droit Penal*, 1978, pp. 345-362.

(112) Véase, sobre este problema, ESER, A. en SCHONKE/SCHRODER, *StGB Kommentar* (nota 14), núm. 32 a, antes de los parágrafos 211 y ss. y, especialmente, KAUFMANN, Arthur «Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie», en *JZ* 1982, pp. 481-487 y, más recientemente, del mismo autor,

inexistente en nuestro sistema legal un homicidio privilegiado por razones de menor culpabilidad, nos encontraríamos aquí ante la siguiente paradoja: es impune, según el art. 417 bis, núm. 3 Cp., el aborto realizado cuando «se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas» —eso sí, realizado dentro de cierto plazo y con determinadas condiciones—, mientras que si la madre da a luz un recién nacido en quien se constaten tales taras, nunca estará justificada ni exculpada —siguiendo a Arthur KAUFMANN y la doctrina dominante en Alemania— la conducta activa dirigida a destruir su vida, lo que nos sitúa en el ámbito del homicidio (cuando no del parricidio o el asesinato) y su correspondiente marco penal. A lo sumo —siempre según Arthur KAUFMANN y el criterio, propuesto por él, de la «inexigibilidad normativa»—, cabrá «dejarlo morir» (eutanasia «precoz» pasiva) «cuando se ha producido un daño probadamente irreversible de tal magnitud que no existe perspectiva alguna de que el niño llegue a alcanzar la capacidad de la percepción y de la comunicación» (113). No cabe pasar por alto el contraste valorativo que se produciría en el tratamiento legislativo de una y otra hipótesis.

Algo parecido sucede con las motivaciones socioeconómicas conducentes, respectivamente, al aborto y al infanticidio. En el primero de estos delitos, han penetrado legislativamente en aquellos modelos regulativos de «indicaciones» que incorporan al catálogo correspondiente la denominada «indicación de situación de necesidad, como es el caso del párrafo 218 a) del StGB alemán. No cabe, sin embargo, desconocer que esas mismas motivaciones socioeconómicas desempeñan también un papel en la génesis del infanticidio, como pone de relieve la importante contribución de COURAKIS (114). El problema es, de nuevo, cómo justificar el «salto» desde la impunidad, en caso de destrucción del embrión, a la pena del homicidio (o parricidio, o asesinato), si se mata al «recién nacido», en el caso de idéntica motivación en la conducta.

---

«¿Relativización de la protección jurídica de la vida?» (trad. J.M. SILVA SÁNCHEZ), en *CPC* n.º 31 (1987), pp. 39-54 (pp. 42-44). Se hace eco, en nuestra doctrina, de la conexión entre aborto eugenésico y eutanasia «precoz», Díez RIPOLLÉS, J.L. «El artículo 417 bis del Código penal y su naturaleza jurídica», en COBO (Dir.)/BAJO (Coord.), *Comentarios a la legislación penal, t. IX La reforma del delito de aborto*, Madrid, 1989, pp. 69-148 (pp. 134-135).

(113) Véase KAUFMANN, Arthur «Zur ethischen...» (nota 112), pp. 484 y ss.; *el mismo*, «¿Relativización...?» (nota 112), pp. 43-44. El criterio ha encontrado acogida el párrafo 214 del *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, München 1986. Existe traducción española de MAPELLI CAFFARENA, B., «Proyecto Alternativo de Ley reguladora de la ayuda a morir. Introducción, texto y fundamentos», en *ADPCP*, 1988, pp. 833-875.

(114) Véase COURAKIS, N. «Contribution...» (nota 111), *passim*, aunque relativiza, en la p. 349, la tesis que asigna un peso decisivo a este factor económico, salvo en los infanticidios de las sociedades primitivas, en los cuales —como enseña la etnología— los factores «económico» y «ecológico» juegan un significativo papel (pp. 352-353). Sobre el peso que en la historia del delito de infanticidio han tenido los motivos socioeconómicos, cfr. AMBROSSETTI, E.M. *L'infanticidio...* (nota 103), pp. 12 y ss.

Con estos dos ejemplos se pretende sólo llamar la atención sobre la necesidad de considerar cuidadosamente los efectos que, en relación a figuras delictivas próximas, podría provocar la supresión del delito de infanticidio. Nos inclinamos, más bien, según lo expuesto, a su mantenimiento, siguiendo en esto la pauta del derecho comparado. Quizá la solución más adecuada fuera, en esta dirección, la de hacer del infanticidio una particular modalidad dentro de un tipo de «homicidio emocional», como proponía el Proyecto Alternativo alemán (115). En cualquier caso, como señala acertadamente AMBROSSETTI, la supresión del infanticidio allí donde no exista este *Affekttötung* —como sucede en Italia o España—, pasa necesariamente por su creación (116).

c) Abordamos, en este último apartado, el tratamiento político-legislativo de aquellos comportamientos vinculados a la muerte voluntaria de otra persona; bien en forma de *conductas de participación en el suicidio ajeno*, bien en la manifestación conocida como *homicidio consentido*, también denominado homicidio «a petición» o «a ruego». Estas dos clases de comportamientos aparecen hoy, como es sabido, reguladas de manera conjunta por el art. 409 Cp. No es necesario recordar la crítica que ha merecido este criterio sistemático —calificado por TORIO de «anacronismo»—, sin reflejo en el derecho comparado (117). Aquí van a ser objeto de consideración individualizada, si bien de forma necesariamente somera, pues también en este campo contamos con el inestimable punto de apoyo de las consideraciones político legislativas desarrolladas por el mencionado autor, en una contribución que se ha convertido en el punto de arranque de una ya abultada bibliografía española reciente relativa a estas cuestiones (118). No es, en absoluto, ajeno

---

(115) En la misma dirección que el *Alternativentwurf* se mueven las propuestas de ARTZ, G., «Die Delikte...» (nota 26), p. 32 y ESER, A., *Empfiehl es sich...?* (nota 15), pp. 147 y ss. y 201. En el Seminario de LACKNER, K., «Erfahrungen...» (nota 19), pp. 503 y 505, se opta por mantener una tipificación autónoma para el infanticidio, mientras que OTTO, H., «Straftaten gegen das Leben» (nota 20), pp. 71-72, entiende que con la previsión legislativa de un *Affekttötung* se hace superflua la regulación expresa del infanticidio. En este mismo sentido, muy recientemente, SIEG, R., «Gegen die Privilegierung der Tötung des nichtehelichen Kindes», en *ZStW* 102 (1990), pp. 292-317 (pp. 316-7).

(116) Véase AMBROSSETTI, E.M., *L'infanticidio...* (nota 103), pp. 128 y ss.

(117) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», en *Estudios penales y criminológicos IV*, Santiago de Compostela 1981, pp. 169-202 (pp. 181 y 187, situando en el ALR prusiano de 1794 y en el Código penal de Brasil de 1830 el origen de este criterio unificador de la participación en el suicidio y el homicidio suicidio). Cfr. también, del mismo autor, «Hacia la actualización de la instigación y auxilio al suicidio y el homicidio consentido. Indicaciones provisionales», en *Rev. Fac. D. Univ. Granada* n.º 13 (1987, publicada en 1989). *Homenaje al Prof. J.A. SÁINZ CANTERO II*, pp. 227-229 (p. 227).

(118) Una información tan exhaustiva como precisa ofrece DíEZ RIPOLLÉS, J.L., en DíEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 199-267. Es obligado remitirse a esta obra para ulteriores referencias bibliográficas: Cfr. también, muy recientemente, JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid 1994.

a este creciente interés el dato de que nos encontramos aquí ante el cuadro legislativo para el eventual tratamiento jurídico-penal de las distintas formas de eutanasia, cuestión ésta que, sin embargo —y como ya indicábamos en la introducción—, desborda el marco que nos hemos trazado en este trabajo, por lo que no será objeto de análisis particular.

Comenzamos con la participación en el suicidio. La primera cuestión que debemos plantear es la referente a la oportunidad o no de una regulación expresa de conductas de participación en el suicidio ajeno. Si miramos a nuestro alrededor, vemos que la mayor parte de los sistemas penales resuelven esta cuestión de manera afirmativa. Así lo hace el nuevo Código penal francés, bajo el epígrafe: «De la provocación al suicidio», dentro del capítulo de los delitos relativos a la «puesta en peligro de las personas» y siempre que a la provocación siga el suicidio o la tentativa del mismo (art. 223.13). También lo hace el Código penal italiano, cuyo art. 510 recoge, junto al tipo básico de instigación o ayuda al suicidio, una serie de modalidades agravadas (persona menor de 18 años, alcohólico, disminuído psíquico, etc.) y privilegiadas (si sólo se producen lesiones graves). El art. 135 del Código penal portugués de 1982 se refiere asimismo a la inducción o ayuda al suicidio como tipo básico, agravándose la pena si la persona instigada es menor de 16 años, inimputable o «tiene sensiblemente disminuida la resistencia moral». Estos dos últimos supuestos son unificados en el nuevo texto de 1995, hablándose genéricamente de disminución sensible, por cualquier motivo, de la «capacidad de valoración o determinación». Los Códigos penales austriaco (parágrafo 78) y suizo (art. 115) tipifican también, finalmente, la inducción y auxilio al suicidio, exigiéndose adicionalmente, en el segundo de estos Códigos, el móvil egoísta de la intervención.

Así pues, de los Códigos penales que venimos considerando a lo largo de este trabajo, sólo el Código penal alemán omite toda referencia a las conductas de participación en el suicidio ajeno. La doctrina alemana insiste, sin embargo, de manera constante, en que el silencio legislativo no comporta, en absoluto, la impunidad de aquellas conductas. Todo dependerá —observa ZIPF— de cómo se trace el límite entre autoría y participación o cómo se delimite la punibilidad de la omisión, o de si existe o no un tipo de recogida de omisión general de socorro (119). Más concretamente, la discusión va a girar, en último término, en torno a la determinación del carácter voluntario del suicidio pues, de negarse la voluntariedad, quedaría abierta la puerta a una eventual responsabilidad del tercero interviniente a título de homicidio en autoría mediata (intervención activa) o bien homicidio en comisión por omisión, si existe una posición de garante, u omisión general del deber de socorro, si tal posición no se da (intervención omisiva). Por otra parte, a la doctrina alema-

---

(119) Véase ZIPF, H., «Kriminalpolitische Überlegungen...» (nota 13), p. 158.

na se le plantea el problema adicional de hacer explicable el silencio legislativo en relación a las conductas de participación en el suicidio ajeno y la simultánea tipificación del homicidio consentido (120). Estas y otras consideraciones han originado que un importante sector de la doctrina alemana proponga, por razones fundamentalmente de seguridad jurídica, la expresa tipificación legislativa de conductas de participación en el suicidio ajeno (121).

No es éste, sin embargo, el parecer de una parte de la doctrina española más reciente, que se manifiesta —con matices de uno a otro autor— en favor de la irrelevancia penal de toda conducta vinculada con el suicidio ajeno, con base en el reconocimiento, de carácter constitucional, de la plena disponibilidad sobre la propia vida (122). No podemos detenernos en el correspondiente debate doctrinal, minuciosa y agudamente analizado por DIEZ RIPOLLES. Nos interesa destacar aquí otro aspecto de la cuestión, en el que ha insistido sobre todo el Profesor TORIO. Cuando, de la libertad del suicida para acabar con su propia vida, se concluye la impunidad de cualquier forma de participación en el suicidio, no deja de contemplarse éste como una manifestación, incluso sublimada, de la libertad humana. En el extremo opuesto se situaría la tesis que ve en el suicidio un acto determinado por factores morbosos o patológicos, perspectiva que aproxima la intervención de terceros al ámbito del tipo del homicidio o del asesinato, realizados en autoría mediata. Común a ambos puntos de vista es que hacen ocioso un tipo específico de participación en el suicidio ajeno. El planteamiento metódico correcto requiere, sin embargo, —en palabras de TORIO— «apartarse tanto de la concepción de todo suicidio como acto determinado por factores morbosos o patológicos, como de la idea filosófica de que el suicida es la manifestación suprema de la libertad humana». Estamos, por el contrario, ante un proceso psicológico singular, donde el suicidio aparece como producto de un previo «síndrome presuicidal» —en terminología de RINGEL—, en el que la conducta del tercero interviniente puede

---

(120) Sobre este problema cfr. últimamente, por todos, SCHROEDER, F.Ch., «Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen», en ZStW 106 (1994), pp. 565-580.

(121) Así ya LISZT, F.V., «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 137 y ss. Más recientemente, LACKNER, K., «Erfahrungen...» (nota 19), p. 505; SCHRÖDER, H., «Die Künftige Gestaltung...» (nota 46), pp. 292-293. También el *Proyecto Alternativo* (nota 17) propone tipificar (párrafo 103) el no impedimento de un suicidio en determinadas condiciones, pretendiendo con ello ceñir dentro de límites concretos la tendencia expansiva de la jurisprudencia en este punto (pp. 20 y ss.). En idéntico sentido, ARTZ, G., «Die Delikte...» (nota 26), pp. 33 y ss.

(122) Véase, sobre todo, CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho penal, p.e.* (nota 74), pp. 555 ss. y DEL ROSAL BLASCO, B., «La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 del Cp.», en *ADPCP*, 1988, pp. 73-97 (pp. 87 ss.). Cfr., para más detalles, Díez RIPOLLÉS, J.L. en Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 201 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

decantar la decisión, rompiendo el equilibrio de la balanza y profundizando la situación de riesgo para la vida (123), lo que justificaría la intervención legislativa en este ámbito.

A favor, en resumen, de la tipificación de determinadas conductas de participación en el suicidio ajeno convergen distintos argumentos: por un lado, la imagen comparada, que no sólo nos muestra que es ésta la solución más extendida en nuestro entorno, sino que pone además de manifiesto los inconvenientes que, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, provoca la ausencia de regulación, dada la tendencia a explicar el suicidio como acto psíquicamente defectuoso o morboso (124); por otra parte, la constatación de que, aún sin compartir este punto de vista, no debe tampoco incurrirse en el extremo opuesto de ver en el suicidio una suprema manifestación de la libertad, sino que estaríamos más bien ante un proceso psicológico particular en el que las conductas de terceros intervinientes pueden tener una significación decisiva. De ahí que una buena parte de la doctrina española siga inclinándose todavía por la tipificación de algunas conductas de participación en el suicidio ajeno (125) y en el mismo sentido se manifiesta —y ello es especialmente significativo— la reciente *Propuesta* del Grupo de Estudios de Política Criminal, que toma la «trascendente decisión de considerar en todo caso punible la inducción al suicidio», asumiendo con ello «que la libre disponibilidad de la propia vida no exime a la sociedad de cerrar el paso a todo tipo de conductas que promuevan comportamientos suicidas» (126).

Pasemos a la configuración legislativa de estas formas de participación en el suicidio ajeno. Lo primero que debe plantearse es qué modalidades concretas de participación en el suicidio ajeno deben quedar captadas por la prohibición penal. En el derecho comparado vemos constantemente reflejadas tanto la conducta instigadora como la de auxilio (127).

(123) Véase TORÍO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio...» (nota 117), pp. 175 y ss. y «Hacia la actualización...» (nota 117), pp. 227-8. También en el Seminario de LACKNER, K., «Erfahrungen...» (nota 19), p. 505, se argumenta con esta situación psíquica peculiar, previa al suicidio, para fundamentar la punibilidad de conductas de participación en el mismo.

(124) Estas razones de seguridad jurídica son mostradas convincentemente por MUÑOZ CONDE, F., «Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio», en *ADPCP*, 1987, pp. 301-317 (pp. 301 y ss.), pese a que este autor se inclina, por razones político criminales, en favor de la impunidad de la participación en el suicidio ajeno.

(125) Cfr., para más información, DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 201-211.

(126) Cfr. *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, Málaga 1993, p. 38.

(127) Así, en los Códigos penales italiano, portugués, suizo o austriaco. El Código penal francés de 1992 capta incluso la propaganda o publicidad de medios encaminados a producir la muerte (art. 223. 14), criterio altamente cuestionable desde la perspectiva del principio de intervención mínima.

La equiparación aparece, sin embargo, cuestionada por amplios sectores doctrinales. Expresiva de este punto de vista crítico es la conclusión del Seminario de LACKNER, en el sentido de tipificar la instigación al suicidio, pero no la conducta de auxilio, por entender que «ésta, al tener como presupuesto una decisión suicida ya adoptada, es menos peligrosa que la causación de tal decisión. El interés de la víctima a ser protegido frente al apoyo a un plan suicida ya existente es menor que el de permanecer incólume frente al influjo para el suicidio. Y esto es así con independencia de la cuestión fundamental de la libertad de la voluntad suicida» (128).

Los Proyectos de reforma del Código penal español muestran, al respecto, una línea vacilante: el Proyecto de 1980 y la PANCP de 1983 equiparan inducción y cooperación necesaria al suicidio, privilegiando el auxilio no necesario; en los Proyectos de 1992 y 1994 es más grave la inducción que el auxilio necesario al suicidio, siendo atípico el auxilio no necesario (128 bis). Las dudas en cuanto a asimilar o no inducción y auxilio necesario, así como la separación entre éste y el no necesario están, evidentemente, motivadas por el tratamiento legislativo de la inducción y de las dos formas de auxilio —cooperación necesaria y complicidad— en los artículos 14 y 16 del Código penal (129). Es dudoso, sin embargo, que dicho tratamiento deba trasladarse al ámbito de la participación en el suicidio, como convincentemente nos recuerda TORIO: en primer lugar, porque «hacer un delito de la cooperación no necesaria al suicidio plantea problemas sutiles a la luz de la teoría general del delito (...) Auxilio o cooperación innecesaria, puede entenderse como inesencial o jurídico-penalmente irrelevante»; pero además, no hay que olvidar que «los esfuerzos teóricos para establecer la delimitación entre cooperación necesaria y complicidad pueden hasta ahora considerarse fracasados; por fin, concluye el mencionado autor, «las diferencias en el contenido de injusto, o en la reprochabilidad objetiva, entre ambos supuestos dependerán más de las circunstancias concomitantes que de la índole de la

---

(128) Véase LACKNER, K., «Erfahrungen...» (nota 19), p. 505.

(128 bis) Este es también el criterio del texto definitivo del NCP, en su art. 143.

(129) En la reciente literatura penal española, BACIGALUPO ZAPATER, E., «Los delitos de homicidio...» (nota 4), pp. 329, 333-4, rechaza —a propósito de la PANCP— la atenuación que la inducción al suicidio comporta («las razones que determinan que el artículo 14 equipare los autores y los inductores en relación a la pena, no tienen por qué ceder en relación al suicidio. Sobre todo, porque la inducción al suicidio y la autoría mediata de homicidio apenas si se diferencian en su contenido de injusto») y duda del criterio de distinguir, en la cooperación al suicidio, según que ésta sea necesaria o no. Por su parte, DEL ROSAL BLASCO, B., «Política criminal...» (nota 4), p. 959, critica el criterio del Proyecto de 1992 de castigar con pena más grave la inducción que la cooperación «cuando en la parte general del PCP 1992 ambas conductas están equiparadas a formas de autoría y se castigan igual, con la pena que les corresponde a los autores». Por el contrario, JUANATEY DORADO, C., «Participación en el suicidio y eutanasia», en *Poder Judicial* n.º 28 (1992), pp. 109-122 justifica —a propósito de este mismo PLOCP de 1992— la mayor sanción de la inducción que la del auxilio, con argumentos muy próximos a las indicaciones de LACKNER reflejadas en el texto (pp. 112-113).

acción», por lo que parece aconsejable no pretender «captar con el tipo sino únicamente en la medición judicial de la pena» las diferencias particulares existentes (130). En este mismo sentido, la *Propuesta* del Grupo de Estudios de Política Criminal, anteriormente mencionada, se refiere, sin ulterior distinción, «al que coopere al suicidio de otra persona», aclarándose en su fundamentación que se pretende asegurar «el castigo de las *conductas de cooperación necesaria y complicidad*» en el suicidio ajeno. Por lo demás, la tipicidad de estos comportamientos se limita en la mencionada *Propuesta* a aquellos supuestos en los que no concurran en el suicida los requisitos de ser mayor de 18 años, tener «capacidad natural de juicio» y mediar solicitud expresa, libre y seria; ello supone un notable privilegio frente a la inducción al suicidio, punible en todo caso (131).

Problema diverso, apenas suscitado en la doctrina española, es el de si se exige o no la consumación del suicidio, a los efectos de imputar responsabilidad al partícipe. En los modelos jurídicos que venimos considerando es, en ocasiones, suficiente la simple tentativa de suicidio (así en los Códigos, francés, portugués y suizo), vinculándose en otros casos la punibilidad a la producción de lesiones graves en el suicida (en tal sentido, el Código penal italiano). Es, sin embargo, altamente cuestionable esta extensión de la punibilidad del partícipe más allá de los supuestos estrictos de producción de la muerte del suicida. En este sentido, debemos citar una vez más la posición de TORIO, quien observa cómo, en otro caso, se produciría «la paradoja de que quien intentó el suicidio tenga garantizada la libertad (...), mientras que quien se limitó a auxiliar está sometido a pena»; y añade irónicamente: «la suicida fracasada podría visitar a su auxiliador en la prisión». De todas formas, admite TORIO que, en la línea del derecho comparado, «podría bastar legislativamente al respecto la tentativa de suicidio, seguida de lesiones graves» (132).

Dos aspectos más deben tomarse en consideración a la hora de abordar el tratamiento legislativo de la participación en el suicidio. En primer lugar, la pena conminada por el correspondiente tipo legal debe fijarse de tal manera que, al menos para las modalidades de auxilio —si se decide privilegiarlas frente a las de inducción— permanezca abierta la posibilidad de suspensión condicional de la pena en los casos menos graves. ARTZ llega incluso a proponer, para algunas hipótesis, el simple pronunciamiento de culpabilidad, con renuncia a la pena (133). Por otra parte, debe también plantearse el legislador la posibilidad de matizar los diversos grados en el contenido de injusto y culpabilidad, en las conduc-

(130) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio...» (nota 117), pp. 181-183 y, del mismo autor, «Hacia la actualización...» (nota 117), p. 229.

(131) Cfr. *Una alternativa...* (nota 126), pp. 36 ss. El subrayado es nuestro.

(132) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Hacia la actualización...» (nota 117), pp. 228-229 y, ya antes, en «Instigación y auxilio al suicidio...» (nota 117), pp. 183-184.

(133) Véase ARTZ, G., «Die Delikte...» (nota 26), p. 35.

tas que estamos considerando, por la vía de formular un tipo básico y modalidades cualificadas y privilegiadas frente a él, como sucede, por ejemplo, en los Códigos penales francés, italiano y portugués. Dejamos aquí solamente apuntada esta posibilidad (134).

Pasamos al problema del denominado homicidio consentido o, mejor aún, homicidio a petición o a ruego de la víctima. La diferencia en la denominación, señala ARTZ, estriba en un dato de carácter político criminal. Pues aún en el caso de que se permitiera plena disponibilidad de la vida, «existiría, a diferencia del resto de los bienes jurídicos disponibles, una situación especial desde la perspectiva político criminal: la víctima no puede contradecir la afirmación del autor en el sentido de que aquél ha consentido»; de ahí que deban establecerse criterios tendentes a obtener seguridad frente a una engañosa apelación al consentimiento, sustituyéndose éste por la «exigencia seria» (135), que es la expresión comúnmente empleada en la regulación de esta figura.

Lo primero que debe plantearse es la «ratio» del privilegio frente al homicidio simple. Y a esta cuestión se responde con una doble argumentación. Por un lado, existiría un menor contenido de injusto. Y ello tanto si se refiere esta disminución al desvalor de resultado, como opinan los autores del Proyecto Alternativo alemán, aduciendo que «la terminación de la vida de aquél que desea que se le dé muerte, supone una menor lesión del bien jurídico» (136), como si se entiende —y en tal sentido se manifiesta, entre nosotros, TORIO— que lo que aparece aminorado es el desvalor de acción (137). Por otra parte, habría una culpabilidad disminuida en virtud del móvil —normalmente, la compasión— que anima la acción y que hace aparecer a ésta como menos reprochable (138). A veces sucede que el legislador no presume esta menor culpabilidad, sino que la misma debe ser probada; así, por ejemplo, el art. 114 del StGB suizo exige expresamente la concurrencia de «un móvil atendible, como puede serlo la «compasión». Naturalmente, muchos autores apelan conjuntamente a esta doble disminución, del injusto y de la culpabilidad. Es muy expresiva, en tal sentido, la caracterización del problema ofrecida

---

(134) Las variantes que establecen los Códigos penales mencionados en el texto se configuran en base a la edad de la víctima, su capacidad psíquica y la producción o no de la muerte.

(135) Véase ARTZ, G., «Die Delikte...» (nota 26), p. 36.

(136) Véase *Alternativ-Entwurf...* (nota 17), p. 21.

(137) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio...» (nota 117), pp. 187-189; el mismo, «Hacia la actualización...» (nota 117), p. 229 («Dado que el consentimiento no puede operar como factor legitimador por razones relativas, hitórico-culturales, sí debe, por el contrario, disminuir el desvalor del acto»); el mismo, «Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia», en *Estudios penales y criminológicos XIV*, Santiago de Compostela 1991, pp. 217-245 (p. 232: «En el homicidio el consentimiento de la víctima disminuye el desvalor de acción. La reprochabilidad objetiva es diversa según que medie o no consentimiento»).

(138) En este sentido, tempranamente, LISZT, F.V., «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), p. 133.

por MOOS, quien entiende que en el homicidio a petición del parágrafo 77 del StGB austriaco, la petición (*Verlangen*) «debe primero ubicarse en el tipo y considerarla de nuevo otra vez bajo el aspecto de la culpabilidad (doble posición), pues la víctima exterioriza con su exigencia dos ideas: «¡Quiero morir!» y «¡Mátame!»». La primera expresión se refiere al bien jurídico y disminuye el injusto, la segunda se dirige a la motivación del autor y aminora la culpabilidad» (139).

Admitida, pues, la legitimidad de un tratamiento atenuatorio para el homicidio consentido, se plantea el problema de si debe incluso llegarse a la atipicidad de tales comportamientos. Es éste un punto de vista que ha gozado de cierta difusión en la doctrina penal española, partiendo de una argumentación que, buscando apoyatura en el texto constitucional, pretende que sólo la vida libremente deseada por su titular puede constituir el bien jurídico protegido por los delitos contra la vida humana independiente, de tal modo que la voluntad de morir legitimaría la conducta homicida del tercero. De ésta y otras posiciones análogas da cumplida cuenta DIEZ RIPOLLES —lo que nos dispensa de un análisis más detallado—, mostrando que, en cualquier caso, la doctrina española absolutamente dominante, así como el Tribunal Constitucional, incidentalmente, han rechazado este criterio de la absoluta disponibilidad de la propia vida con eficacia liberadora incluso frente a terceros (140). Tampoco en el derecho comparado encontramos una tal legitimación del homicidio consentido; este comportamiento sigue constituyendo delito —si bien, sensiblemente privilegiado frente al homicidio simple— en los Códigos penales de los países de nuestro ámbito cultural. Y lo mismo cabe decir de algunas recientes propuestas eutanásicas. En este sentido, los autores del reciente Proyecto alemán relativo a la ayuda a morir rechazan expresamente la descriminalización del homicidio consentido y sólo en los supuestos estrictamente eutanásicos admiten la posibilidad de prescindir de la pena, perviviendo en todo caso la naturaleza delictiva del hecho (141). Y otro tanto cabe decir de la ya mencionada *Propuesta* del Grupo de Estudios de Política Criminal que, aún descriminalizando diversas hipótesis eutanásicas, adopta como punto de partida la punibilidad del homicidio a petición de la víctima, sometida a ciertas exigencias —tratarse de persona mayor de 18 años con capacidad natural de juicio y siempre que la solicitud sea expresa, libre y seria—

---

(139) Véase MOOS, R., en *Wiener Kommentar...* (nota 13), núm. 7 al parágrafo 77. En la doctrina penal española defiende también esta doble fundamentación TORÍO LÓPEZ, A., en los trabajos y lugares citados en la nota 137.

(140) Cfr., para más detalles, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 201 ss. Véase también, JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia* (nota 118), pp. 335 y ss. y TORÍO LÓPEZ, A., «Reflexión crítica...» (nota 137), pp. 229 y ss. y 240.

(141) Véase «Proyecto Alternativo...» (nota 113), pp. 867-868.

reconduciendo incluso a los restantes tipos de homicidio aquellos casos en que no concurren estas condiciones (142).

Rechazar el punto de vista de quienes legitiman en cualquier caso la muerte a petición de la víctima no significa en absoluto dar por bueno el criterio punitivo del vigente art. 409 Cp. Hemos insistido, por el contrario, en el menor contenido de injusto y culpabilidad que presentan estas hipótesis frente al homicidio simple y esta menor gravedad del hecho debe encontrar adecuado reflejo en la correspondiente conminación penal, especialmente por lo que respecta a su límite inferior que, normalmente —y así lo vemos también en el derecho comparado—, se fijará de modo que posibilite la eventual suspensión condicional de la pena impuesta (143). No es infrecuente, incluso, la exigencia de una referencia legislativa expresa a la posibilidad de un pronunciamiento de culpabilidad con simultánea renuncia a la pena, en algunas hipótesis particulares (144). Y es que no debe olvidarse que será en conexión con la regulación del homicidio consentido donde deberán articularse las oportunas referencias legislativas a los supuestos de eutanasia. Pero esta cuestión excede, como ya hemos señalado repetidamente, los límites que nos hemos fijado en este estudio.

6. Una vez analizadas, en clave político-legislativa, las distintas modalidades, cualificadas o privilegiadas, de homicidio doloso, debemos referirnos, antes de cerrar este epígrafe, a aquella otra modalidad de homicidio, que es además estadísticamente la más significativa: el *homicidio imprudente* o culposo. Como es bien sabido, todos los Proyectos de Código penal que se han ido sucediendo en estos últimos años abandonan el arcaico y repetidamente criticado modelo vigente, que reconduce la conducta imprudente a las cláusulas generales contenidas en los artículos 565, 586 bis y 600 del Código penal, para pasar al modelo, más respetuoso con las exigencias de seguridad jurídica, de tipificación expresa de modalidades delictivas imprudentes, al igual que sucede, por otra parte, en el derecho comparado (145). Lo más significativo, desde el punto de vista sistemático, es el cambio producido desde el Proyecto de 1980 y la PANCP de 1983, que regulaban conjuntamente el homici-

---

(142) Véase *Una Alternativa...* (nota 126), pp. 36-37.

(143) Cfr. las consideraciones al respecto de TORIO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio...» (nota 117), pp. 187-189.

(144) Véase, en tal sentido, las propuestas —entre otros autores— de ARTZ, G., «Die Delikte...» (nota 26), p. 35 y LACKNER, K., «Erfahrungen...» (nota 19), p. 505. Esto mismo propone también, como indicábamos en el texto, el reciente Proyecto Alternativo alemán para los supuestos de eutanasia activa.

(145) En los sistemas jurídicos que venimos analizando encontramos, sin excepción, referencia expresa al homicidio imprudente. Así, en los arts. 221-6 y 221-7 del Cp. francés, art. 589 del Cp. italiano, art. 136 del Cp. portugués de 1982 (art. 137 del nuevo texto de 1995), art. 117 StGB suizo, párrafos 80 y 81 del StGB austriaco y párrafo 222 del StGB alemán.

dio y las lesiones culposas, al sistema —más correcto— de regulación separada de ambos delitos en los Proyectos de 1992 y 1994.

El problema fundamental en este campo, siempre desde la óptica político-legislativa, reside en el peso respectivo que se asigne al desvalor de acción y al desvalor de resultado. Si el acento se sitúa en el primero, será decisiva la gravedad de la imprudencia, pasando a segundo plano la naturaleza del bien jurídico menoscabado, tal como sucede con el modelo legislativo actualmente vigente. Recuérdesse que, tras la reforma del Código penal de 21 de junio de 1989, el homicidio imprudente, siempre que la imprudencia no sea «temeraria» —y con independencia de si media o no infracción de reglamentos—, es constitutivo de una mera falta del art. 586 bis Cp., castigada normalmente con una simple multa y perseguible sólo «previa denuncia del ofendido». Este criterio ha merecido justas críticas por parte de un sector de la doctrina penal española. Se plantea, en tal sentido, TORIO la posible tensión con las exigencias constitucionales que comporta «la bagatelización, y en el fondo, la trivialización» de bienes jurídicos básicos como la vida, la autodeterminación sexual o la libertad: «Por ejemplo, la consideración como infracción penal leve (falta) de alguna forma de homicidio (...) como sucede en el nuevo art. 586 bis del Código penal, puede entrar en antagonismo con la declaración en favor de la vida del art. 15 de la Constitución» (146). A su vez, ROMEO CASABONA se sorprende de que «el legislador haya renunciado a la intervención judicial de oficio cuando se trate de la falta de homicidio simple, sea o no antirreglamentaria», observando que ni el principio de intervención mínima, ni las razones de racionalización y economía procesal «avalan suficientemente semejante restricción, dada la especial relevancia del bien jurídico implicado, de indiscutible y acentuado interés general» (147).

Pese a estas justificadas críticas, los Proyectos de Código penal de 1992 y 1994 (147 bis) optan por mantener una modalidad de comportamiento imprudente constitutivo de simple falta, castigada con pena de multa y perseguible además previa denuncia del ofendido (arts. 600 y 611, respectivamente), a diferencia de lo que sucedía en el Proyecto de 1980 y en la PANCP de 1983, donde el homicidio culposo nunca era falta. Lo cierto

(146) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Injusto penal...» (nota 6), p. 2541.

(147) Véase ROMEO CASABONA, C., «Los delitos culposos en la reforma penal», en *ADPCP*, 1990, pp. 443-495 (p. 483). Es interesante destacar, en este orden de ideas, la severa crítica que merece a los redactores del reciente Proyecto de Código penal italiano —cfr. *Schema di delega legislativa...* (nota 10), p. 612— la perseguibilidad a instancia de parte de determinadas lesiones graves imprudentes, con argumentos aplicables, *a fortiori*, al caso de homicidio imprudente: es anacrónica en un momento en que se vuelve la atención criminológica y político criminal a la criminalidad culposa, objetivamente la más peligrosa; constituye un error de política criminal en una época caracterizada por la pérdida de sentido de la intangibilidad de la vida y de la integridad física; legitima la inmoralidad del mercadeo con bienes personales primarios; remite graves comportamientos antisociales a «apaños» entre compañías aseguradoras, etc.

(147 bis) El texto definitivo de NCP de 1995, art. 621.2 y 621.6.

es que el derecho comparado, sin llegar a contemplar esta posibilidad de homicidio culposo como simple contravención perseguible a instancia de parte, sí que ofrece una progresiva atemperación en su tratamiento punitivo, castigándose a veces estos comportamientos con una simple multa (148). Y ZIPF da un paso más cuando propone considerar la conveniencia de reaccionar frente a algunas hipótesis de homicidio culposo, especialmente en el ámbito del tráfico automovilístico, con una sanción administrativa de carácter pecuniario, en combinación con la exigencia de la correspondiente reparación civil por el daño causado, renunciando, por el contrario, a la criminalización de tales conductas (149). Pero si ya la consideración como falta de determinadas formas de homicidio culposo suscita —como veíamos anteriormente— justificadas reservas desde la perspectiva de la protección constitucional de la vida, «sería decididamente inconstitucional —señala TORIO— sancionar formas de homicidio, lesiones, violación, secuestro, incendio, etc., con simples multas «administrativas». Estaríamos aquí ante un ejemplo característico de la aplicación del método valorativo, propuesto por este autor, en orden a la separación entre injusto penal e injusto administrativo, cuestión ésta en la que no podemos detenernos aquí (150).

Una última consideración a propósito del homicidio imprudente y su regulación es la que se refiere a la eventual previsión legislativa de modalidades cualificadas. Baste señalar que, en el derecho comparado, las más frecuentes se refieren a la utilización de un vehículo de motor (Cp. italiano) o a la violación de reglamentaciones especiales, como las relativas a seguridad en el trabajo u otras actividades especiales (Códigos penales francés e italiano), o cuando la conducta culposa pueda ser calificada de temeraria (Cp. portugués), o atendiendo, en fin, a la producción, con la conducta imprudente, de múltiples muertes o lesiones corporales (Cp. italiano, si bien debe señalarse que el Proyecto de 1992

---

(148) Así, por ejemplo, en el Código penal suizo (art. 117) o en el Proyecto Alternativo alemán de 1970 (párrafo 102), donde se justificaba este tratamiento indicando que «sólo son adecuadas penas más elevadas si el autor lesiona al mismo tiempo otras leyes penales; pero en tal caso, las reglas del concurso de delitos permiten un tratamiento adecuado. Por otra parte —sigue la fundamentación del Proyecto Alternativo—, debe recordarse que siempre serán de aplicación preferente aquellos tipos de peligro para la vida o la integridad corporal cualificados por la producción imprudente de la muerte. Cfr. *Alternativ-Entwurf...* (nota 17), p. 21. Debe destacarse que ya LISZT, F.V., «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 144 ss. proponía para el homicidio culposo la simple multa, en cuanto alternativa a la pena privativa de libertad. Una síntesis de la discusión en torno al tratamiento de estos «homicidios involuntarios», en el marco de la reforma del derecho penal británico, nos ofrece, muy recientemente, WASIK, M., «Form and Function in the law of Involuntary Manslaughter», en *Crim.L.R.*, 1994, pp. 883-893.

(149) Véase ZIPF, H., «Kriminalpolitische Überlegungen...» (nota 13), pp. 163-164.

(150) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Injusto penal...» (nota 6), *passim*. Lo entrecorrido en el texto, en p. 2541.

suprime esta cualificación, remitiendo a las reglas generales sobre la concurrencia delictiva). Como caso singular debe, finalmente, mencionarse, la existencia, en el Código penal austriaco, de un discutido precepto que se refiere a conductas imprudentes, causantes de la muerte de otra persona, realizadas en el marco de determinadas actividades peligrosas para la vida (151).

#### IV. FENÓMENOS LEGISLATIVOS COMPLEMENTARIOS.

De forma necesariamente más rápida, vamos a pasar revista, en este epígrafe, a una serie de fenómenos legislativos estrechamente relacionados con el problema de la adecuada articulación de los delitos contra la vida humana independiente. A efectos puramente expositivos, distribuiremos esta materia en dos bloques: en primer lugar, nos vamos a referir a aquellos supuestos en los que la muerte no querida de una persona aparece, sin embargo, vinculada a la realización voluntaria de otro delito distinto (punto 1). Vienen aquí en consideración fenómenos tan diversos como los delitos cualificados por el resultado mortal, o el homicidio preterintencional o la muerte producida en el curso de una riña confusa y tumultuaria. En segundo lugar, aludiremos a la eventual articulación legislativa de un grupo de delitos cuyo punto de referencia unitario se cifra en el dato de constituir conductas peligrosas para la vida ajena (punto 2). El carácter sólo complementario de estos fenómenos legislativos, desde la perspectiva del presente estudio, y la ya excesiva extensión que éste va cobrando, nos obligan aquí a un esfuerzo de síntesis, reduciendo así mismo al mínimo indispensable las referencias bibliográficas.

1. Comenzaremos por aquellos distintos fenómenos dogmáticos e histórico-legislativos que tienen como punto común de referencia la producción de una muerte no querida, vinculada a la realización dolosa de otro delito.

a) Entran aquí en consideración, en primer lugar, los *delitos cualificados por el resultado mortal*. Como es sabido, la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983, al dotar de su actual redacción al párrafo segundo del art. 1, vino a resolver el problema más significativo que presentaban las figuras cualificadas por el resultado: el de la posibilidad de imputar incluso el resultado fortuitamente vinculado a la conducta delictiva básica. No se resolvían con ello, sin embargo, como muy

---

(151) Cfr. el amplio comentario de M. BURGSTALLER a este párrafo 81 del StGB austriaco, en FOREGGER/NOWAKOWSKI (Hrsg.), *Wiener Kommentar...* (nota 13).

pronto puso de manifiesto la doctrina (152), las múltiples cuestiones que todavía sigue planteando esta técnica legislativa, complicadas además por una curiosa línea jurisprudencial que exige para la apreciación del correspondiente delito cualificado por el resultado (por ejemplo, aborto con resultado de muerte) dolo eventual en relación al resultado cualificador, remitiendo a la técnica del concurso ideal de delitos aquellas hipótesis en las que dicho resultado se impute a título de culpa o imprudencia. No podemos, obviamente, detenernos sobre este particular (153). Baste recordar que —como pone de manifiesto la mencionada interpretación jurisprudencial— el problema fundamental que plantean hoy las figuras delictivas cualificadas por el resultado es el de justificar la existencia en ellas de un injusto adicional que legitime la previsión de una pena superior a la que resultaría de la aplicación de las reglas del concurso de delitos. De la respuesta a esta cuestión dependerá la opción a favor del mantenimiento o, por el contrario, la supresión de estos delitos cualificados por el resultado, bien entendido que, en el primer caso —como nos recuerda SUÁREZ MONTES—, se hará necesario su ajuste «en estructura y penalidad a las exigencias del principio» de culpabilidad (154).

---

(152) Véase, por todos, SUÁREZ MONTES, R.F., «Los delitos cualificados por el resultado y el pfo. 2.º del art. 1», en BAJO/COBO (Dir.), *Comentarios a la legislación penal. t. V. La reforma del Código penal de 1983, vol. 1.º*, Madrid 1985, pp. 35-51. Ya antes, en relación a la fórmula paralela del Proyecto de Código penal de 1980, Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos cualificados por el resultado y el art. 3 del Proyecto de Código penal español de 1980 (I) y (II)», en *ADPCP*, 1982, pp. 627-649 y *ADPCP*, 1983, pp. 101-126, trabajo fundamental en relación a esta materia.

(153) Un amplio análisis de esta línea jurisprudencial, con consideraciones críticas, a nuestro juicio, definitivas, encontramos en SUÁREZ MONTES, R.F., «Aplicación del nuevo art. 1 Cp. al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios penales y criminológicos IX*, Santiago de Compostela 1986, pp. 207-255 y, más recientemente, «Los delitos cualificados por el resultado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la reforma de 1983», en *Estudios de Derecho penal y criminología en homenaje al Prof. J.M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, t. II*, Madrid 1989, pp. 373-386. Le sigue, entre otros, CEREZO MIR, J., *Estudios sobre la moderna...* (nota 60), pp. 90 ss. A favor, por el contrario, de la tesis del Tribunal Supremo, BACIGALUPO ZAPATER, E., «Sobre los delitos preterintencionales, los delitos cualificados por el resultado y el principio de culpabilidad», en *Estudios penales en memoria del Prof. A. FERNÁNDEZ ALBOR*, Santiago de Compostela 1989, pp. 45-55 (pp. 51 ss.), quien vuelve a defender este criterio como ponente de la importante STS de 23 de abril de 1992 (A. 6783), al resolver sobre la aplicación del art. 348 Cp. (cualificación por la muerte en los delitos contra la salud pública) en el célebre «caso de la colza». En el mismo sentido que SUÁREZ MONTES y CEREZO y críticos, por tanto, con la solución del Tribunal Supremo en este punto, PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia 1995, pp. 228 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

(154) Véase SUÁREZ MONTES, R.F., «Los delitos cualificados...» (nota 152), p. 51. Sobre esta problemática, cfr. ampliamente, Díez RIPOLLÉS, J.L., en el trabajo citado en la nota 152. De las contribuciones más recientes, destacan: CARDENAL MURILLO, A., «Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado», en *ADPCP*, 1989, pp. 593-619 y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Imputación objetiva y subjetiva en los delitos cualificados por el resultado», en *ADPCP*, 1989, pp. 1021-1049.

Pues bien, salvo en el caso del reciente Código penal francés, la tendencia perceptible en el derecho comparado, si juzgamos por las últimas reformas en esta materia, es la de suprimir los particulares delitos cualificados por el resultado muerte, remitiendo los supuestos en ellos comprendidos al tratamiento previsto para el concurso ideal de delitos. Este ha sido uno de los propósitos fundamentales de la reforma del Código penal suizo por la Ley de 23 de junio de 1989, como nos recuerda SCHULTZ (155). En esta misma dirección se orienta el Proyecto italiano de 1992, cuya Exposición de Motivos se refiere expresamente al propósito de suprimir, «en el cuadro de la política más general de eliminación de las diversas figuras de delitos cualificados por el resultado, inútiles y complicatorios, y de toda otra figura disciplinable sobre la base de los principios generales (sobre todo, los relativos al concurso de delitos), el homicidio preterintencional (...) y las hipótesis de muerte o lesiones como consecuencia de otro delito (reconducibles a la disposición general sobre el concurso formal de delitos)» (156). Y ésta es también, finalmente, la línea legislativa que trazan los sucesivos Proyectos de nuevo Código penal español, con mayor o menor fortuna en cuanto a la consecución del objetivo trazado, como pone de manifiesto, en relación a la PANCP de 1983, el esclarecedor análisis del Profesor SUÁREZ MONTES, quien concluye dudando que puedan ser suprimidas totalmente tales figuras cualificadas por el resultado (157), (157 bis).

b) Párrafo aparte merece, en el contexto de las estructuras legislativas que estamos considerando, el denominado *homicidio preterintencional*, objeto de un tratamiento doctrinal tan prolijo, que nos permite limitarnos aquí a sólo unas pocas consideraciones, estimando suficientemente conocidas las líneas básicas de la discusión. Inmediatamente después de la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983, trazaba con precisión, la Profesora ALONSO ALAMO (158), las distintas posibilidades que se abrían para el tratamiento de estas hipótesis de emprendimiento de una acción dolosa de lesiones que produce, de forma no querida, la muerte de la víctima. Se ha impuesto, como es bien sabido, la tesis —que ya propusiera LÖFFLER (159)— del concurso ideal de delitos.

(155) Véase SCHULTZ, H. «Die Delikte...» (nota 12), pp. 396-397.

(156) Véase *Schema di delega legislativa...* (nota 10), p. 611.

(157) Véase SUÁREZ MONTES, R.F., «Los delitos cualificados por el resultado en la PANCP», en *CPC* n.º 22 (1984), pp. 183-199 (especialmente, p. 198). Cfr. también las propuestas político-legislativas de CARDENAL MURILLO, A., «Naturaleza y límites...» (nota 154), pp. 612 y ss. y Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos cualificados . . . (II)» (nota 152), pp. 115 y ss.

(157 bis) También el NCP opta por prescindir de la técnica de los delitos cualificados por el resultado.

(158) Véase ALONSO ALAMO, M., «El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del art. 50 del Código penal», en *La Ley*, 1983-3, pp. 1059-1073.

(159) Véase LÖFFLER, A., «Die Körperverletzung», en *Vergleichende Darstellung...BT*, Bd. V (nota 16), pp. 205-383 (p. 370).

No han dejado, sin embargo, de destacarse algunos de los inconvenientes que presenta esta solución (160). Unos son de índole práctica, como sucede con aquellos casos, no infrecuentes, en los que a la acción dirigida a lesionar sigue inmediatamente la muerte, lo que impedirá determinar la índole de las lesiones que en otro caso se hubieran producido, a los efectos de aplicar la regla prevista en el art. 71 Cp. para el concurso ideal de delitos. Pero también se plantean dificultades de naturaleza dogmática: así, se ha denunciado la insuficiente diferenciación, en cuanto a su tratamiento, entre las hipótesis de preterintencionalidad y las de desviación, valorativamente diversas; y lo mismo sucedería en relación a los delitos cualificados por el resultado muerte, caso de optarse por la supresión de éstos, en los términos que acabamos de ver. A ello se añade la paradoja, inherente a la solución concursal —y en cuya denuncia ha insistido TORIO, siguiendo en este punto a ARTZ—, que supone imaginarse el emprendimiento de una acción dolosa de lesiones que, simultáneamente, se ejecute con el cuidado necesario para evitar la producción de la muerte (161).

Estos inconvenientes de la solución concursal hablarían en favor de una regulación expresa del fenómeno que estamos considerando, lo que garantizaría además la seguridad jurídica. En cuanto al modelo legislativo concreto, prevalece en el derecho comparado la vía de la cualificación de las lesiones por el resultado mortal acaecido, que es el modelo seguido en los Códigos penales alemán (parágrafo 226), austriaco (parágrafos 86 y 87) y portugués (art. 145). En estos dos últimos Códigos se diferencia, además, la pena en función de las lesiones que sirven de base. También el Código penal suizo se inclinaba por este modelo regulativo hasta la reciente reforma de 1989, donde se sustituye el delito de lesiones con resultado muerte, por el de lesiones cualificadas por el peligro para la vida (art. 122), que entraría en concurrencia ideal con el delito de homicidio imprudente, caso de producirse el resultado mortal, siguiendo la solución trazada por el parágrafo 110 del Proyecto Alternativo alemán.

La solución de las lesiones con resultado muerte ha sido objeto de severa crítica, en nuestra doctrina, por TORIO LOPEZ, quien, partiendo de un planteamiento metódico que sitúa en «la dirección objetivo-final de la acción, previa a la subsiguiente dirección subjetivo-final (dolo)» el

---

(160) Cfr., para lo que sigue, MARTOS NÚÑEZ, J.A., «La preterintencionalidad», en *Rev.-D.P. Crim. (UNED)*, n.º 3 (1993), pp. 553-601 (pp. 585 ss.) y PERIS RIERA, J.M., *La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual*, Valencia 1994, pp. 197 y ss. En ambos casos, con amplia información bibliográfica y jurisprudencial.

(161) Véase TORIO LÓPEZ, A., «La distinción legislativa...» (nota 64), pp. 458 ss. y, especialmente, «Función político criminal de las teorías del injusto. Ejemplificación de *lege ferenda* con el homicidio preterintencional», en *Rev. Fac. D. Univ. Granada* n.º 13 (1987, publicado en 1989), *Homenaje al Prof. J.A. SÁINZ CANTERO II*, pp. 215-225 (p. 224). Sorprende enormemente que las dos contribuciones monográficas citadas en la nota precedente silencien este importante trabajo.

momento central de lo injusto, pone de manifiesto cómo en la solución que comentamos «la función rectora del comportamiento corresponde (...) a la norma base del delito de lesiones, no a la norma prohibitiva del homicidio», lo que supone la incongruencia de que la muerte sobrevenga como consecuencia de una acción peligrosa para la salud, no para la vida, violando «el principio normativo que es la imputación objetiva». A la incongruencia presente en el homicidio preterintencional entre el tipo subjetivo (dolo de lesionar) y el tipo objetivo (homicidio) se añadiría, en las lesiones con resultado muerte, otra más «puesto que una acción objetivamente reconducible a la prohibición de las lesiones, sólo por su virtualidad causal, actúa de soporte para la imputación de un homicidio» (162).

Esto no sucedería, sigue TORIO, con la solución del Código penal italiano, cuyo art.584 tipifica un «homicidio preterintencional» (163), que puede ser entendido «en el sentido de requerir, precisamente, una acción peligrosa para la vida, no para la salud, para que el homicidio pueda ser efectivamente imputado». Se exigiría así que la acción originaria sea peligrosa para la vida, es decir, se encuentre comprendida en el fin de la norma prohibitiva del homicidio; de este modo, dejarán de valorarse «como homicidio preterintencional conexiones causales inadecuadas que sólo aleatoriamente han llevado al resultado mortal». No se producirá aquí ya la doble incongruencia —objetiva y subjetiva— señalada en relación a la solución alemana, «sino una incongruencia única de naturaleza subjetiva: la figura presupone un hecho antinormativo de homicidio y la ausencia de dolo de matar, siendo suficiente (aparte de la previsibilidad, que opera en otro sentido, de la muerte) la voluntad originaria de producir «lesiones». Esta construcción, concluye TORIO, mostraría, frente a la del Código penal alemán, «una superioridad indiscutible» (164). El reciente Proyecto italiano opta, sin embargo, por la supresión del homicidio preterintencional «configurando, como agravante del homicidio culposo y de las lesiones culposas, la conducta violenta y dolosa contra la persona» (165), solución que desde la perspectiva normativa que está en la base de la argumentación de TORIO, sigue siendo preferible a la de las lesiones con resultado muerte.

---

(162) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Función político criminal...» (nota 161), p. 223.

(163) El art. 584 del Cp. italiano se refiere a «quien, con actos dirigidos a cometer uno de los delitos previstos en los artículos 581 y 582 (golpes y lesiones) ocasiona la muerte de un hombre». Sobre el sentido de este precepto cfr., por todos, ampliamente, PATALANO, V. *I delitti contro la vita* (nota 9), pp. 233 ss., donde analiza los caracteres que distinguirían a esta figura de homicidio del doloso y el imprudente. En sentido semejante, el art. 222.7 del nuevo Código penal francés se refiere a «las violencias que hayan entañado la muerte, sin intención de producirla», fijándose en el art. 222.8 una serie de modalidades agravatorias.

(164) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Función político criminal...» (nota 161), p. 223.

(165) Véase *Schema di delega legislativa...* (nota 10), p. 611. En tal caso, la pena no podrá ser inferior a la que resultaría de las reglas sobre el concurso de delitos (así, en el art. 59, 5, letra c del Proyecto). Una crítica reciente del actual art. 584 del Cp. italiano, ofrece REGINA, A., «L'omicidio preterintenzionale (una riletatura dell'art. 584 cp)», en *L'Indice penale* 1991, pp. 517-547, quien cuestiona la constitucionalidad del precepto.

De los recientes Proyectos del nuevo Código penal español, sólo se ocupa expresamente con este fenómeno el Proyecto de 1980, cuyo art. 173 —ubicado sistemáticamente entre las «Disposiciones comunes los «Delitos contra la vida e integridad personal»— tipificaba la conducta de quien «con actos dirigidos a producir una lesión, causare la muerte del lesionado», lo que aproximaba esta regulación al modelo italiano, como no dejó de destacar la doctrina (166). El precepto desaparece en los posteriores Proyectos, lo que hace pensar que se quiere remitir el tratamiento del problema, también de *lege ferenda*, a las reglas del concurso de delitos, a pesar de los inconvenientes que presenta esta solución y a los que aludíamos más arriba (166 bis).

c) Cerramos este grupo de casos con una referencia, también muy sucinta, al problema de la *muerte producida en el contexto de un situación de riña confusa y tumultuaria*. No es necesario insistir en la importancia histórico-dogmática de este delito (167). Baste recordar cómo las exigencias culpabilísticas han provocado el progresivo abandono de la solución italiana de la «complicitá corresponsiva» y la sustitución de este modelo por aquel otro que se limita a tipificar, en cuanto delito de peligro abstracto para la vida o la integridad corporal (168), la mera participación en riña en determinadas condiciones. En este sentido se orientan los Códigos penales italiano (art. 588), portugués (art. 151), suizo (arts. 133 y 134), austriaco (paragrafo 91) y alemán (paragrafo 227). Y ésta es también la solución adoptada por el legislador español en la reforma del Código penal de 21 de junio de 1989, plasmada en el actual art. 424 Cp., que castiga «por su participación en la riña», a «quienes riñeren entre sí, acometiéndose confusa y tumultuariamente y utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas». Excedería nuestro propósito entrar en el análisis de este precepto (169), pero no

(166) Cfr. la aguda crítica de SUÁREZ MONTES, R.F., «La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal de 1980», en *ADPCP* 1981, pp. 795-824. Sin embargo, el más reciente monografista del problema, PERIS RIERA, J.M., *La preterintencionalidad...* (nota 160), pp. 312-313 propone, de *lege ferenda*, una regulación del homicidio preterintencional que se apoya en buena medida en la del Proyecto de 1980, por más que reconozca la necesidad de introducir en la misma las oportunas mejoras técnicas.

(166 bis) En el NCP no existe mención alguna al fenómeno que comentamos.

(167) Véase sólo la precisa reconstrucción de LÖFFLER, A., «Die Körperverletzung» (nota 159), pp. 311 y ss. y en la literatura más reciente, MONTORZI, M., «La rissa: genesi della fattispecie», en *L'Indice penale* 1987, pp. 513-541.

(168) La opinión de que estamos ante un delito de peligro abstracto es absolutamente dominante en la doctrina penal alemana. Véase, por todos, STREE, W., en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar* (nota 14), núm. 1 al parágrafo 227. Posteriormente, del mismo autor, «Probleme des Schlägereitalbestandes», en *R. SCHMITT-Fs.*, Tübingen 1992, pp. 215-230.

(169) Para la situación legislativa precedente, cfr. SALAS HOLAGADO, A., «El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria», en *ADPCP*, 1987, pp. 665-695 y MARELLI CAFFARENA, B., «Análisis del delito de riña en la PANCP», en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Prof. A. BERISTÁIN*, San Sebastián 1989, pp. 797-808. Después de la reforma de 1989, cfr. HUERTA TOCILDO, S.,

podemos dejar de destacar en él algún rasgo sorprendente si lo comparamos con sus modelos de otros países (169 bis).

En primer lugar, y a diferencia de lo que sucede en los preceptos de los Códigos penales que acabamos de reseñar, la figura delictiva recogida en el art. 424 del Código penal español no exige, en cuanto condición objetiva de punibilidad, la producción de la muerte o lesiones graves en alguno de los intervinientes en la riña. De esta forma, sin embargo, el comportamiento se aleja de la esfera del peligro (siquiera mediato) para la vida o la integridad corporal, situándose en el terreno de las conductas delictivas perturbadoras del orden público, cuando no de los meros injustos de policía, como no ha dejado de destacar la doctrina (170). Incluso LAMPE ha llegado a sugerir, de *lege ferenda*, esta vía: debería, a su juicio, suprimirse el actual párrafo 227 del StGB alemán reconduciendo la conducta allí prevista, en su caso, al delito de desórdenes públicos (171). Y ésta es también la vía por la que, decididamente, aboga el reciente Proyecto italiano de 1992, donde se prevé el paso de la riña a los delitos contra la seguridad colectiva, «para justificar la *ratio essendi* de tal delito autónomo», estableciendo simultáneamente una agravación para el homicidio y las lesiones, tanto dolosas como imprudentes, producidas en el contexto de una riña (172).

En segundo lugar, y frente al criterio de las regulaciones alemana y austriaca —y también la suiza, desde 1989— el art. 424 del Cp. español sólo contempla la situación (plurilateral) de «riña», dejando fuera las frecuentes hipótesis de (unilateral) «agresión» (*Angriff*). Existen, en ter-

«El nuevo delito de participación con medios peligrosos en una riña confusa y tumultuaria», en *ADPCP*, 1990, pp.63-97 y MORILLAS CUEVA, L., «Participación en riña», en BAJO/COBO (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, t. XIV. *La L.O. de 21 de junio de 1989, de actualización del Código penal*, vol. 1.º, Madrid 1992, pp. 337-367. Sobre la naturaleza del delito recogido en el art. 424 Cp. existe disparidad de pareceres en la doctrina penal española: así, mientras unos hablan de delito de peligro concreto (por todos, MORILLAS CUEVA, *loc. cit.*, p. 347), otros lo califican de delito de peligro hipotético (en este sentido, entre otros, HUERTA TOCILDO, S., *loc. cit.*, pp. 86 ss. y MAPELLI CAFFARENA, B., *loc. cit.*, p. 804).

(169bis) El art. 154 del NCP exige que los medios o instrumentos utilizados «pongan en peligro la vida o integridad de las personas».

(170) Así se manifestaba ya LÖFFLER, A., «Die Körperverletzung» (nota 159), pp. 320 y ss. En la doctrina italiana, cfr., por todos, ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale, parte speciale I*, 8.ª ed., Milano 1981, pp. 102 y ss. Destacan también, en nuestra doctrina, la proximidad del delito del art. 424 Cp. a los delitos contra el orden público, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal, p.e.* (nota 82), p. 174; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal, p.e.* (nota 82), pp. 66-67 y CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho penal, p.e.* (nota 74), p. 605. En contra, MAPELLI CAFFARENA, B., «Análisis del delito de riña...» (nota 169), pp. 801 y ss.

(171) Véase LAMPE, E.J., «Gefährliche Körperverletzung und körperliche Gefährdung», en *ZStW* 83 (1971), pp. 177-202 (p. 195).

(172) Véase *Schema di delega...* (nota 10), pp. 611 y 638-640. HUERTA TOCILDO, S., «El nuevo delito...» (nota 169), p. 97, propone suprimir el art.424 Cp. e introducir entre las cualificaciones de las lesiones una con este tenor: «se impondrá el grado máximo de las penas respectivamente previstas en los artículos 420 y 421 si la agresión hubiese tenido lugar en el marco de una riña confusa y tumultuaria de la que hubiere resultado muerte y no constare su autor».

cer lugar, distintos modelos legislativos —portugués, austriaco, suizo o alemán— que hacen una referencia expresa, en cuanto supuesto que excluye la punibilidad por la participación en la riña, a los casos de intervención «no reprochable» en la misma —muy expresivamente, el art. 133 del StGB suizo habla de «quien exclusivamente se defiende o separa a los contendientes»—, frente al modelo del vigente art. 424 del Cp. español, que no indica nada al respecto. Una última consideración es la que se refiere a la ubicación sistemática de la riña, pues frente al modelo legislativo vigente, que la sitúa entre los delitos contra la salud y la integridad corporal —y otro tanto hacen los Proyectos de 1992 y 1994—, sería sin duda preferible reconducir este comportamiento delictivo, en la línea de lo que sucede en otros ordenamientos, a un capítulo relativo a conductas que comportan un peligro para la vida y la incolumidad individual. Pero esto nos traslada ya al último problema que va a ser objeto de consideración en este trabajo.

2. Debe, en efecto, recordarse la frecuente plasmación legislativa, en el marco de los delitos contra la vida y la integridad corporal, de una serie de figuras delictivas cuyo núcleo de injusto viene dado por la puesta en peligro de aquellos bienes jurídicos. En ocasiones incluso —como sucede en los Códigos penales francés y suizo— estos delitos aparecen agrupados en un capítulo común, con «nomen iuris» propio. Y no debemos olvidar que la regulación que de los delitos contra la vida ofrecen estos Códigos es de muy reciente factura. Es frecuente, sin embargo, que tales delitos de peligro para la vida aparezcan, sin más, junto al resto de los tipos del capítulo correspondiente. En cualquier caso, los catálogos de delitos contra la vida y la integridad corporal que ofrece el derecho comparado incluyen conductas de peligro para aquellos bienes jurídicos que, en nuestro Código penal, se ubican en lugar sistemático diverso (173).

En cuanto a qué delitos, en concreto, vienen aquí en consideración, se suelen mencionar, de modo casi constante, las situaciones de riña, que acabamos de analizar, la omisión de socorro o asistencia y el abandono de menores o incapaces. A ellos se añaden, de forma más excepcional, otros comportamientos, como el arcaico «disparo de arma de «fuego», que todavía pervive en el Cp. portugués de 1982 (art. 152), desapareciendo, sin embargo, en el nuevo texto de 1995, o las representaciones violentas y la difusión entre niños de materias peligrosas para la salud, recogidas respectivamente en los artículos 135 y 136 del StGB suizo. Esta somera caracterización permite percatarse de que, según destacaran ya SIMSOM Y GEERDS, no se trata aquí de aquellos comporta-

---

(173) Es digno de resaltar, por otra parte, que con la excepción del de RODRÍGUEZ DEVESA, los manuales y tratados españoles de parte especial siguen en este punto la sistemática legal, sin estudiar, por consiguiente, como grupo separado, el de los delitos de peligro para la vida.

mientos que comportan un peligro de carácter genérico para la vida o la salud o integridad corporal, como sucede con los denominados «delitos de peligro común» (incendio, delitos contra la seguridad del tráfico, etc.), sino de conductas que entran más específicamente en contacto con los mencionados bienes jurídicos (174). Que deban situarse sistemáticamente entre los delitos contra la vida es consecuencia, por otra parte, de la «fuerza de atracción» que, en el caso de conductas de orientación pluriofensiva, posee el bien jurídico de mayor relevancia (175).

Por otra parte, viene discutiéndose desde antiguo la eventual necesidad de formular, junto a los particulares delitos de peligro para la vida, un tipo general de recogida que pueda entrar subsidiariamente en juego, cerrando lagunas de punibilidad en este ámbito. A favor de una figura de estas características se manifestó ya Franz von LISZT, quien proponía tipificar la «producción (dolosa) del peligro de que sobrevenga la muerte o una lesión grave a otra persona» (176) y su propuesta ha encontrado eco en el Código penal suizo, cuyo art. 119 se refiere a «quien, de manera carente de escrúpulos, lleva a alguien a un peligro inmediato para su vida» (177). Y el reciente Código penal francés (art. 223.1) tipifica «el hecho de exponer directamente a otro a un riesgo inmediato de muerte o de lesiones que puedan entrañar una mutilación o una enfermedad permanente, por la violación manifiestamente deliberada de una obligación particular de seguridad o de prudencia impuesta por la ley o un reglamento» (178). El problema que aquí se plantea es el de hasta dónde cabe extender, desde la perspectiva de un derecho penal de «ultima ratio», los límites del comportamiento punible. La respuesta deberá ser, sin duda, negativa cuando lleguen a tipificarse conductas cuya potencialidad lesiva para la vida o la integridad corporal sea remota o no haya podido ser suficientemente contrastada, como sucede con las «representaciones violentas» del Código penal suizo, según pone de manifiesto STRATENWERTH (179).

---

(174) Véase SIMSOM/GEERDS, *Straftaten gegen die Person...* (nota 7), pp. 204 ss.

(175) Recuérdese lo expuesto más arriba a propósito del robo con homicidio doloso. Cfr. también las observaciones que, a propósito del bien jurídico protegido en el delito de rapto, efectuábamos en un trabajo precedente: SANZ MORÁN, A.J., «Sobre la reforma del delito de rapto», en *Libro Homenaje al Prof A. BERISTÁIN, cit.* (nota 169), pp. 895-906 (especialmente, pp. 901 ss.).

(176) Véase LISZT, F., v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 151 y ss.

(177) Sobre el reducido alcance de este precepto, cfr. STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht, BT I* (nota 12), pp. 73 ss.

(178) Cfr., sobre el sentido y alcance de este precepto, ACCOMANDO/GUÉRY, «Le délit de risque causé à autrui ou de la malencontre à l'article 223-1 du nouveau code pénal», en *Rev. Sc. Crim.* 1994, pp. 681-701.

(179) Véase STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht, BT I* (nota 12), p. 95.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Hasta aquí el análisis, en clave político-legislativa, del grupo de los delitos contra la vida humana independiente y fenómenos complementarios. Pese a la excesiva extensión que cobra ya este estudio, no queremos concluirlo sin unas reflexiones, siquiera someras, sobre el sentido de la perspectiva a la que hemos procurado ceñirnos. Pues aunque han transcurrido ya más de veinte años desde la publicación del trabajo pionero de Peter NOLL sobre la «teoría de la legislación» (180) —conformándose, desde entonces, una masa bibliográfica considerable—, es éste un modelo de enfoque con escasa penetración en el discurso jurídico de nuestro país y sobre todo en la *praxis* parlamentaria. Y ello pese al importante volumen de reformas legislativas producidas tras la implantación del nuevo orden político-jurídico trazado por la Constitución Española de 1978.

Por lo que concierne al ámbito del derecho penal, distingue GÜNTHER dos fases en la decisión del legislador: una primera, en la que predominan los puntos de vista político criminales —el «método de la legislación penal»—, se refiere al contenido de los tipos penales, esto es, «a si, y en qué medida, formas de comportamiento hasta ahora sin sanción deben ser situadas bajo la amenaza de una pena o, a la inversa, conductas hasta ahora sancionadas deben permanecer impunes o ser sancionadas de forma diversa (...) a como hasta ahora». La segunda fase —la «técnica de la legislación»— se refiere a la forma de las normas penales y, aunque cronológicamente posterior, no deja de estar estrechamente vinculada con la decisión precedente (181). No puede decirse que la reforma penal española más reciente satisfaga esta doble exigencia procedimental, hurtándose incluso, en el caso de alguno de los Proyectos de nuevo Código penal, todo debate previo, como no ha dejado de lamentar, casi unánimemente, la doctrina científica (182).

Baste recordar, a modo de contraste, las exigencias que —siguiendo y completando a GÜNTHER— formulaba, hace ya algunos años, H. JÄGER en orden a la conformación de un tipo penal (183). Se precisa, en primer

(180) Véase NOLL, P., *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973.

(181) Véase GÜNTHER, H.L., «Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre», en *JuS* 1978, pp. 8-14 (p. 8). Se trata de un trabajo central desde la perspectiva de la aplicación al ámbito del derecho penal de las exigencias de una «teoría de la legislación» racional.

(182) Cfr., por todos, el reciente balance de SUÁREZ MONTES, R.F., «La fallida reforma penal en España», en AA.VV., *Ciencias humanas y sociedad*, Madrid 1993, pp. 513-527.

(183) Véase, para lo que sigue, JÄGER, H., «Strafgesetzbuch als Prozess», en *KLUG-Fs.*, Bd. I, Köln 1983, pp. 83-96 (pp. 86 ss.), y su reciente resumen: «Irrationale Kriminalpolitik», en H. SCHÜLER-SPRINGORUM-Fs., Köln 1983, pp. 229-243 (especialmente, pp. 234-235). Cfr. también GÜNTHER, H.L., «Die Genese...» (nota 181), pp. 9 y ss.

lugar, un programa político criminal claro, que arranque de la función protectora del derecho penal, en cuya virtud, el legislador sólo puede sancionar con una pena conductas socialmente peligrosas. Se fijarán a continuación las hipótesis de riesgo, sometiéndolas a la correspondiente prueba empírica. Cobra especial significación, en este contexto, la ayuda prestada por la investigación criminológica: la legislación penal —nos recuerda GÜNTHER— sólo puede ser eficaz si se apoya en un sólido conocimiento criminológico; sólo así podrá evitarse «que el legislador parta de hechos incorrectos o que valore incorrectamente un estado de cosas determinado» (184). Una vez constatada la dañosidad social de la conducta, deberá ponderarse, en el sentido de la exigencia de proporcionalidad, su eventual tipificación penal. El principio «in dubio pro libertate» —cuyo alcance dista, no obstante, de ser pacífico— jugará, a tal efecto, un significativo papel (185). El siguiente paso consistirá en ceñir el contenido de la formulación típica sólo a aquellos peligros relevantes desde la perspectiva protectora adoptada, ponderando también la eventual consideración legislativa de aquellos otros peligros que, sólo mediatizados por determinadas condiciones, se anudan al comportamiento típico. La siguiente exigencia, siempre según JÄGER, se refiere a la evitación de contradicciones valorativas, como reclama el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que incluye también la utilización uniforme de los argumentos dirigidos a fundamentar la decisión. Se considerará a continuación la posibilidad de utilizar alternativas extrapenales, de acuerdo con el carácter de «ultima ratio» propio del derecho penal, valorándose asimismo las consecuencias de la sanción, pues «sólo vendrá en consideración una norma penal si cabe esperar de ella un efecto preventivo general». Habrá de procurarse, finalmente, la eliminación de argumentos irrelevantes, como sucede con el de la «cifra oscura», aducido tanto a favor como en contra de la criminalización de determinadas conductas.

Es ocioso recordar que ni las más recientes reformas penales españolas, ni las sucesivas propuestas de elaboración de un nuevo Código penal satisfacen, siquiera mínimamente, este conjunto de exigencias (185 bis). Admitamos incluso que se trata de un cometido imposible, planteado sólo en el sentido de un postulado al que orientar la tarea legislativa. Ello no excusaría, sin embargo, las necesidades de un cambio radical de rumbo por parte de nuestro legislador. Nos daríamos por satisfechos si esta contribución, de cuyas limitaciones y carencias somos plenamente conscientes, pudiera al menos contribuir a esta meta de una política legislativa más ponderada, en el ámbito que aquí hemos analizado.

---

(184) Véase GÜNTHER, H.L., «Die Genese...» (nota 181), p. 10.

(185) Cfr., sobre este principio, GÜNTHER, H.L., «Die Genese...» (nota 181), p. 10 y JÄGER, H., «Strafgesetzgebung...» (nota 183), pp. 91 y ss.

(185 bis) Lo señalado en el texto vale, en grado aún mayor, para el proceso de elaboración del NCP.

## La «rigurosa aplicación de la Ley»

ENRIQUE BACIGALUPO

Catedrático de Derecho Penal.  
Magistrado del Tribunal Supremo

### I

El art. 4.3 del NCP, reiterando el contenido del art. 2 CP, establece que los Tribunales deben aplicar la ley en forma *rigurosa*. En una primera lectura ello parece significar que el Tribunal debe aplicar la ley penal, aunque a su juicio el hecho no sea merecedor de pena y que, además, debe sancionar al autor en la forma establecida en la ley, aunque la pena «sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo». El párrafo fue introducido en la reforma de 1850 y al parecer no se supo, en su momento, por qué razón. PACHECO dice en este sentido que «quizá lo inspiraron en aquella ocasión las acumulaciones de penas a que dió lugar el art. 76, ora sin motivo, ora con motivo» (1). El art. 76 del Código de 1848 contenía una norma prácticamente idéntica a la del actual 73 NCP (art. 69 CP), es decir, una norma que establecía el principio de acumulación ilimitada de penas para el caso del concurso real, principio que no fue modificado hasta que, en el Código de 1870, se introdujo el límite del triple de la pena más grave (art. 89, 2.<sup>a</sup>), que todavía conserva el nuevo código vigente en el art. 76,1.º (art 70.2 CP).

---

(1) *El Código Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., 1856, p. 87.

## II

Las razones que inspiraron la introducción de esta disposición tampoco resultan claras desde una perspectiva político-criminal, pero, no cabe duda que expresan una idea de cuál es la vinculación del juez a la ley penal.

Por un lado se establece que los jueces no pueden decidir sin un fundamento legal sobre la punibilidad o no de una conducta; por otro que deben aplicar la ley sin tomar en consideración el resultado de esta aplicación. La primera cuestión es, en principio, clara, si se la entiende desde el punto de vista de las competencias legislativas y judiciales, pues la aplicación del derecho es para los jueces obligatoria. La disposición es menos clara, sin embargo, si lo que quiere decir es que los jueces deben aplicar la ley de una manera literal, o, dicho con otras palabras, si el juez está vinculado por un texto legal que no puede interpretar o que sólo puede interpretar en modo limitado.

Por otro lado el art. 2.2 CP establecía que, en principio, los jueces no deberían considerar en sus decisiones si el resultado es justo en relación al caso concreto y, más específicamente, si la pena es o no proporcionada a la «malicia» o al daño causado. Ello es tanto como decir que las penas se deben aplicar sin considerar la gravedad del delito concreto, algo que chocaba con la exigencia de justicia y proporcionalidad de las penas ya requerida por MONTESQUIEU y BECCARIA.

Una vinculación del juez a la ley como ésta es, ante todo, explicable en el contexto de las concepciones constitucionales en las que surgió el 2.º párrafo del art. 2.º CP en 1850. A este respecto parece que tienen menos importancia los acontecimientos políticos concretos que rodearon aquella reforma que las ideas jurídicas que, con cierta independencia de tales sucesos, estaban en la base de la estructuración del Estado. Dicho de otra manera, no importa tanto que la reforma de 1850 haya sido consecuencia de impulsos políticos conservadores posteriores al «bienio liberal» que la precedió, como que el pensamiento de la época sobre la división de poderes estaba apoyado todavía en los conceptos teóricos que fueron patrimonio de la ciencia jurídica de principios del siglo XIX.

La expresión más precisa de estas ideas es, probablemente, la que se encuentra en la Constitución de Cádiz de 1812, que distinguió entre la *aplicación* de las leyes y la *interpretación* de las mismas, asignando la primera tarea a los tribunales (art. 242) y la segunda a las Cortes (art. 131,1.ª). De esta manera la «aplicación» y la «interpretación» de la ley se convirtieron en el presupuesto objetivo de la división de poderes. En este marco se explica que el Supremo Tribunal tuviera que «oir las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere para que promueva la conveniente declaración en las Cortes» (art. 261,10.º).

Las Constituciones de 1837 (art. 63), de 1845 (art. 66), de 1869 (art. 91) y de 1876 (art. 76) no volvieron a mencionar expresamente la distinción entre aplicación e interpretación de las leyes, pero, en todo caso, sólo reconocieron a los tribunales la facultad de *aplicar* las leyes. Ello es un síntoma claro de que en todas ellas el constituyente no dejó de lado la contraposición entre aplicación e interpretación y de que, cuando se introdujo el segundo párrafo del art. 2 CP, se pensaba que los tribunales sólo podrían aplicar la ley, aunque no interpretarla. Si se tiene en cuenta el trasfondo de ideas políticas que orientaron la Constitución de 1845, se comprende fácilmente que el constituyente no trató de incrementar los poderes de los Tribunales, sino reducir los de las Cortes en favor del Rey y, por lo tanto, mal podría entenderse que el horizonte constitucional de 1850 permitía suponer una ampliación de las funciones del Poder Judicial respecto de la Constitución de Cádiz. Aunque la Constitución de 1845 haya atemperado la idea tradicional de una Monarquía que concentraba el poder sin división del mismo (2), sólo manifestó su propósito en la definición de las relaciones entre el Rey y las Cortes. El Poder Judicial, como tal, no parece haber entrado en consideración.

En consecuencia, el segundo párrafo del antiguo art. 2 CP se explica, en primer lugar, a partir de su contexto histórico-constitucional, como la expresión de la ideología jurídica dominante respecto de la función del juez en el siglo XVIII y principios del siglo XIX. Si esta concepción de los poderes del Estado se ejemplifica a través de uno de sus máximos teóricos, MONTESQUIEU, se comprueba que, en realidad, el poder judicial no era un poder del Estado en sentido auténtico. Ciertamente, decía MONTESQUIEU que «todavía no habrá libertad si el poder de juzgar no está separado del legislativo y del ejecutivo» y que «si se encuentra junto con el legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario: el juez sería el legislador. Si está junto al poder ejecutivo —agregaba— el juez podría tener la fuerza de un opresor» (3). Pero, también afirmaba pocas líneas más tarde que «el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no estando ligado ni a un cierto estado (se refiere a la nobleza, a los ciudadanos, etc.) ni a una determinada profesión, se convierte, por así decirlo, en invisible y nulo» (4). Esta no es sino la consecuencia de que «los tribunales no deben estar constituídos en forma permanente» y de que «sus sentencias jamás deben ser otra cosa que un texto preciso de la ley; si fueran una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber precisamente cuáles son las obligaciones contraídas» (5).

---

(2) Confr. JORGE DE ESTEBAN (ed.). *Las Constituciones de España*, 2.<sup>a</sup> ed., 1980, p. 12.

(3) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, ed. de la Librarie Garnier Frères, I, p. 152.

(4) *Ibidem*. p. 153.

(5) *Ibidem*. p. 154.

Este punto de vista tuvo una singular trascendencia en el ámbito del derecho penal europeo de aquel tiempo. «Ni siquiera en los jueces penales puede residir la autoridad de interpretar las leyes penales, por la misma razón que éstos no son legisladores», decía BECCARIA (6). Y completaba su idea con palabras tajantes: «Nada es más peligroso que el axioma común que indica que es necesario consultar el espíritu de la ley» (...) «El espíritu de la ley sería el resultado de una buena o mala lógica de un juez, de una digestión fácil o malsana; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que transforman las apariencias de todo objeto en el ánimo fluctuante del hombre» (7). A su vez FEUERBACH reiteró estos conceptos en 1804 al sostener que «el juez está vinculado a la palabra estricta y desnuda de la ley» (...) «su tarea no debe ser otra que la de comparar el caso dado con sus palabras y, condenar sin consideración del sentido y espíritu de la ley, cuando el sonido de las palabras condena, y absolver, cuando ésta absuelve» (8). Consecuencia de este punto de vista era la *prohibición de la interpretación* que FEUERBACH sostuvo.

Antes de la Constitución de Cádiz en España esta visión del problema no había tenido una acogida exenta de discusión (9). En lo sustancial, sin embargo, la prohibición de la interpretación fue admitida con todas sus consecuencias. Prueba de ello es que el antecedente más claro de la concepción de la Constitución de Cádiz de 1812, la obra de LARDIZABAL, en este punto sólo se distanció aparentemente de BECCARIA. LARDIZABAL afirmaba: «no creo, pues, que sea tan peligroso, como pretende el Marqués de Beccaria el axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley» (10), pero, agregaba que: «quando la ley es obscura, quando atendidas las palabras, se duda prudentemente (...) «entonces no debe ni puede el juez valerse de su prudencia para determinar, aunque parezca justo; sino ocurrir al Príncipe, para que declare su intención, como se previene en nuestras leyes» (11). Por lo tanto: «si la ley es clara y terminante, si sus palabras manifiestan que el ánimo del legislador fue incluir o excluir el caso particular, entonces, aunque sea o parezca dura y contra equidad, debe seguirse

---

(6) *Dei delitti e delle pene*, 1764, cap. IV, cit., según la edición de GIAN DOMENICO PISAPIA, 1973, p. 17.

(7) *Ibidem*, p. 18.

(8) *Kritik des Kleinschrodischen Entwurf zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, 1804, Cap. II/20. Similar era el punto de vista de FILANGERI, *La scienza della legislazione. Opuscoli scelti*, VI, 1822, p. 314: «conocimiento del hecho, aplicación literal de la ley: he allí a qué se reducen los poderes de un juez».

(9) Confr. LARDIZABAL, *Discurso sobre las penas*, 1872, Cap. II, N.ºs 38/45, especialmente, N.º 39.

(10) *Ibidem*, N.º 39.

(11) *Ibidem*, N.º 40.

literalmente» (12). En tal caso, concluye la argumentación, el juez «usurparía los derechos de la soberanía» (13).

El contexto histórico, constitucional y teórico-jurídico que rodeó al art. 2.2 CP traduce pues una posición judicial de facultades limitadas como consecuencia de una concepción de la división de poderes basada en la distinción entre interpretación y aplicación de la ley, en la que la interpretación del derecho se identifica evidentemente con su creación.

### III

El carácter limitado de esta «*esclavitud del juez*» (14) respecto del texto legal y sus palabras se traduce prácticamente en el sistema del nuevo art. 4.3. CP que mantiene una verdadera supervisión de la justicia penal por el Ejecutivo a través del *indulto*. Es decir el Poder Judicial aplica la ley, pero el Ejecutivo «juzga» sobre la equidad y la utilidad de la aplicación concreta de la ley. Dicho de otra manera: el indulto aparece como una especie de «recurso» de equidad, que puede promover inclusive el Tribunal de la causa, ante el Ejecutivo. En efecto, excluida de las facultades judiciales la posibilidad de introducir en la aplicación de la ley consideraciones de justicia y proporcionalidad de la pena, esta materia queda en manos del Ejecutivo, ni siquiera del Parlamento. El art. 11 de la Ley de 18 de junio de 1870 muestra con toda claridad que el Ejecutivo puede ejercer el derecho de gracia cuando existan razones de *justicia, equidad o utilidad pública*, a juicio del Tribunal sentenciador (15).

Un sistema de relaciones entre el Poder Judicial y el Ejecutivo de estas características es dudosamente compatible con la idea central de la división de poderes en un Estado democrático. En el Estado moderno el indulto, por otra parte, no es una institución que goce de especial prestigio. Ya inicialmente se ha cuestionado qué poder del Estado debe ser competente para ejercer el derecho de gracia. En este sentido afirmaba BECCARIA que «la clemencia es la virtud del legislador y no del ejecutor de las leyes, debe resplandecer en el Código, no en los juicios particulares» (16), con lo que implícitamente se afirmaba que la cuestión de la justicia y de la utilidad pública de las penas era una cuestión exclusiva del Parlamento. Pero, sin perjuicio de ello, en la época del iluminismo el derecho de gracia era visto como una contrapartida de las leyes penales

---

(12) *Ibidem*. N.º 41.

(13) *Ibidem*. N.º 42.

(14) ARTHUR KAUFMANN, *Beitraege zur juristischen Hermeneutik*, 1984, p. 134.

(15) Sin embargo, las Constituciones desde 1812 no han sometido el derecho de gracia a ninguna condición.

(16) *Loc. cit.* p. 74.

bárbaras, que carecería de justificación en el Estado moderno y que tenía efectos disfuncionales para la prevención general (17).

En resumen el art. 4.3 NCP es la expresión de un sistema limitado que vincula al juez a las palabras del texto de la ley, impidiéndole no tomar en consideración la justicia o la proporcionalidad de la pena que resulte de su aplicación. Estas cuestiones quedan reservadas al Gobierno que mediante el derecho de gracia puede promover ante el Rey un indulto total o parcial de la pena.

Esta concepción es ajena al sistema constitucional vigente por varias razones. En primer lugar porque la Constitución ha definido en su art. 1.º el *orden jurídico* como algo más que un mero *orden legal*. El orden jurídico español no sólo se compone de leyes, sino también de *valores superiores* (la justicia, la igualdad y el pluralismo político, del art. 1.º, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, del art. 10.1 CE). En la medida en la que a los jueces corresponde «la potestad jurisdiccional» juzgando y haciendo cumplir lo juzgado (art. 117.3 CE) y en la que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento (no sólo de la ley), (art. 9.1 CE), es evidente que su misión consiste en realizar en sus juicios no sólo el sentido literal de las leyes, sino un sentido capaz de materializar las finalidades y los valores del orden jurídico. Carecería de todo apoyo en la Constitución una distribución de las competencias de tal naturaleza que los jueces sólo pudieran aplicar el orden legal, mientras que los valores superiores estuvieran fuera de los objetivos que la Constitución atribuye al Poder Judicial. Básicamente no se correspondería con la visión actual de esta cuestión: «La justicia de la decisión del caso —dice LARENZ (18)— es ciertamente un fin deseable de la actividad judicial».

El Tribunal Constitucional ha establecido claramente que el ordenamiento jurídico no sólo se compone de leyes en la STC 89/83, en la que dijo, a propósito de la figura del delito continuado, *entonces no contenida en la ley*, que «ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas, sin embargo, de forma tan mecánica que anulen la libertad del Juez para resolver, mientras no cree nuevas figuras delictivas ni aplique penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la ley». El TC aclaró asimismo que «la facultad de interpretar y aplicar la ley penal (...) corresponde a los tribunales de ese orden (art. 117.3 CE)». De esta manera queda claro que la distinción entre aplicación e interpretación de la ley que caracterizó a las Constituciones de 1812, 1837, 1845, 1869 y 1876 ha sido entendida como ajena a la Constitución vigente.

---

(17) Confr. BECCARIA, loc. cit., Cap. XX; FEUERBACH, loc. cit., II, pp. 242 y ss.; MONTESQUIEU, loc. cit., p. 91.

(18) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (Studienausgabe), 1983, p. 223.

Conceptos similares expresó el Tribunal Constitucional en la STC 75/84, sosteniendo expresamente que el objeto de su control constitucional en el caso era «la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la ley penal» (19). En particular, el TC consideró en esta sentencia la *interpretación teleológica* realizada por los jueces *a quibus* era correcta y ajustada a la Constitución.

Ambas sentencias son importantes en lo que concierne a las cuestiones aquí tratadas, toda vez que el Tribunal Constitucional ha reconocido en ellas que los jueces no sólo deben interpretar y aplicar un texto legal, sino que además —aunque no lo dice expresamente— deben aplicar *el derecho*. Ello surge de estas sentencias sin lugar a dudas, pues en la STC 89/83 el TC admitió que una figura, proveniente de una construcción que sólo se podía justificar a partir de principios muy generales del derecho penal, era compatible con la aplicación de una ley que guardaba silencio sobre ella. A la inversa, en la STC 75/84 el TC consideró vulnerado el principio de legalidad a pesar de que en la sentencia anulada se habían aplicado *literalmente* los arts. 339 LOPJ (entonces vigente) y el art. 6.4 del C.Civ. En suma: una aplicación de principios no explícitos en la ley es compatible con el principio de legalidad, mientras no lo es una aplicación literal de la ley que contradice los principios generales (implícitos) en la misma.

La doctrina de estas sentencias ha sido recogida más tarde LOPJ que impone a los jueces y tribunales «interpretar y aplicar» las leyes y los reglamentos según los *preceptos* y *principios* constitucionales.

La consecuencia lógica de todo lo anterior hubiera sido la derogación del art. 2.2 CP, pues, en verdad, contradice el sistema constitucional de división de poderes y reduce el orden jurídico penal a los textos legales en contra de lo que establece el art. 1 de la Constitución. El Juez no está vinculado sólo a la ley y a la Constitución, sino también a los valores fundamentales que forman parte del orden jurídico y que la Constitución sólo enuncia.

#### IV

En este marco institucional ¿qué puede significar todavía el art. 4.3 CP? Y en particular: ¿cuándo es legítimo que un Tribunal se dirija al Gobierno en los términos del art. 4.3 CP?

1. Lo primero que necesitamos aclarar es que el art. 4.3 CP no puede ser entendido como una norma que impida aplicar *eximentes de*

---

(19) Sobre las SSTC 89/83 y 75/84, en lo que concierne a los casos allí resueltos, ver, críticamente: BACIGALUPO en *Revista del Foro Canario*, 87/1993, pp. 11 y ss. (20 y ss.).

*responsabilidad no previstas expresamente en la ley.* Se trata de una cuestión ya debatida antes de la entrada en vigor de la Constitución vigente (20) y que se desarrolló en el marco de la problemática de la analogía *in bonam partem*. Las opiniones se dividieron en favor y en contra de tal posibilidad, aunque la discusión se llevó a cabo sólo sobre las posibles interpretaciones gramaticales del segundo párrafo del antiguo art. 2 CP y del argumento *a contrario sensu*. En dicho nivel, sin embargo, la cuestión no tiene una respuesta única totalmente satisfactoria. Por ello la pregunta debe ser respondida a partir del significado dogmático del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Desde esta perspectiva es indudable que los derechos fundamentales son derechos de los ciudadanos y en ningún caso derechos de la sociedad o del Estado *contra* los ciudadanos, sea que se los conciba como *derechos previos* al Estado o como *derechos garantizados* por éste. En todo caso los derechos fundamentales son siempre un *límite* para el ejercicio del poder estatal, cuyo ejercicio el ciudadano *no debe justificar*; es el Estado, por el contrario, quien debe justificar su limitación (21). La analogía *in bonam partem* así como la creación de causas supralegales de exclusión de la punibilidad, basadas en principios generales del orden jurídico, por consiguiente, *no vulneran nunca el principio de legalidad*.

2. Resuelto este primer problema se presenta una segunda cuestión. ¿Qué significa «*rigurosa* aplicación de las disposiciones de la ley»?

Si el juez está vinculado al *orden jurídico*, y no sólo al orden legal, la aplicación de la ley no se puede desentender de la significación que la misma tenga respecto de los valores fundamentales del orden jurídico, particularmente de la justicia. Sin embargo, esta afirmación requiere ser precisada. El juez no puede hacer justicia con total independencia de la ley ni tampoco sólo según su particular percepción de la misma. Por ejemplo: un juez que entienda que la reincidencia (art. 10.15 CP), tal como está configurada en el texto de la ley, no es compatible con su percepción de la justicia, está, de todos modos, obligado a la aplicación de la agravante, aunque no deberá interpretar la agravante de reincidencia establecida en la ley sin tener en cuenta la mayor o menor justicia de los resultados de su interpretación. Por lo tanto, se trata de saber cómo pueden coexistir la obligación de aplicar la ley y la de tener en cuenta los valores fundamentales del orden jurídico.

La clave para la respuesta la proporciona la *teoría de la interpretación de la ley*. Hay un punto en el que en la actualidad existe una coincidencia generalizada: toda aplicación de la ley requiere un enten-

---

(20) Confr. ANTÓN ONECA, *Der. Pen.* 2.ª ed. (editado por Hernández de Guijarro y Beneytes Merino), 1986, p. 123; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al C.Penal*, I, 1972, pp. 58 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Der. Pen. Español*, PG, I, 1984, p. 206, con una completa información bibliográfica.

(21) Confr. PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte-Staatsrecht II*, 3.ª ed. 1987, p. 14 y ss.

dimiento de la misma y un entendimiento único del texto legal está prácticamente excluido en la mayoría de los casos decisivos. Autores de muy diversa orientación, como KELSEN y LARENZ, permiten documentar esta afirmación. El primero sostenía categóricamente que «la cuestión de cuál es la posibilidad correcta dentro del marco del derecho aplicable, no es en absoluto una cuestión del conocimiento del derecho positivo» (...) «Si se debe caracterizar no sólo la interpretación de la ley por los tribunales o los órganos de la administración, sino, en general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación, es preciso señalar que en la aplicación del derecho por un órgano jurídico se entrelazan la interpretación, como *conocimiento* del derecho aplicable, con un *acto de voluntad*, en el que el órgano de aplicación del derecho debe elegir entre las distintas posibilidades puestas de manifiesto por la interpretación cognitiva» (22). LARENZ, por su parte, pone de manifiesto ideas similares: «El que exige de los métodos de la jurisprudencia que conduzcan a resultados absolutamente seguros en todos los casos, similares a la prueba y el cálculo a los matemáticos, confunde la esencia del derecho y, al mismo tiempo, los límites que surgen para toda ciencia jurídica de la naturaleza de su objeto: certeza matemática no existe en las cuestiones jurídicas» (23), lo que quiere decir que, por regla, no hay un entendimiento único del texto legal.

De aquí surge sin fricción alguna que la ambigüedad del lenguaje legal genera la posibilidad de diversos entendimientos y que estos, a su vez, son consecuencia de la diversidad de métodos con los que es posible interpretar una ley. Consecuentemente: la «aplicación rigurosa de la ley» en el sentido del art. 4.3 CP es ante todo un *problema de interpretación*, pues este artículo, como todos, admite diversos entendimientos: si el art. 4.3 CP es una ley, su sentido dependerá de su interpretación y no puede ser identificado, sin más, con el sentido de una interpretación literal, mientras también otros métodos interpretativos tengan legitimidad metodológica. *La «aplicación rigurosa de la ley», por lo tanto, no puede ser hoy más que la interpretación de la ley basada en un método interpretativo reconocido.* Ello es consustancial en un sistema en el que «la elección de las alternativas interpretativas es una parte de la teoría práctica del derecho» (24). En suma: interpretar el art. 4.3 CP con el método gramatical, eliminando su significación en el sistema jurídico vigente, no es más que una posibilidad. Toda ley, por lo tanto, entendida y aplicada según un método interpretativo reconocido habrá sido aplicada rigurosamente. *El art. 4.3 CP no puede escapar de la interpretación de su propio texto.*

---

(22) KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> ed. 1960 (reimpresión de 1983), p. 350/351 sin subrayados en el original).

(23) *Ueber die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1966, p. 15.

(24) AARNIO, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, 1979, p. 96.

Se podría pensar que al exigir que el método interpretativo sea *reconocido*, se impide que surjan nuevos modos de interpretar las leyes. Aquí no es posible desarrollar esta cuestión, pero es factible aclarar que no es éste el sentido que se quiere acordar a la tesis sostenida. Que el método sea reconocido no quiere decir que sea dominante, sino que tenga la posibilidad de ser objeto de consenso científico y que no sea una creación «ad hoc» para el caso que el juez tiene que resolver.

## V

Admitido que el tercer párrafo del art. 4 CP no es una norma excluida de la interpretación, sino *necesitada de interpretación*, como todas, y que los jueces están sujetos a la Constitución y al resto del *orden jurídico* (art. 9,1.º CE), se plantea una nueva cuestión. ¿Qué significa que el juez está vinculado no sólo a las leyes sino a los valores superiores del orden jurídico?. Partiendo del modelo de un juez cuya función le impide (aparentemente) valorar, esta tarea parece directamente incumplible. Una concepción formalista de la función de juzgar, moldeada sobre todo por la influencia del positivismo jurídico menos evolucionado, no permite admitir que la aplicación de las leyes implique alguna clase de valoración, pues se pretende que esta tarea se agote en una mera subsunción formal. Sin embargo, este modelo de aplicación de la ley no responde a las concepciones actuales de la metodología del derecho y oculta una buena parte de la realidad.

La necesidad de valoración por parte del juez en el momento de la aplicación de la ley ha sido reconocida ante todo como una *operación impuesta por las leyes mismas*. ¿Cómo podría el juez determinar, sin valorar, la capacidad de culpabilidad, o la inevitabilidad del error, o la acusada brutalidad de las lesiones o la cantidad de notoria importancia en el art. 344 CP, etc.?. En todos estos casos, como en muchos otros, la dificultad consiste en que ninguno de estos elementos *legales* se dan «en el mismo modo directo que los objetos de una percepción sensorial» (25). En estos casos es legítimo preguntarse «¿Cómo puede el juez fundamentar su juicio de valor?» (26). La respuesta no ofrece dudas: «Aquí sólo será de significación, que el Juez no dependa sólo de su propia visión valorativa, sino que aplique los criterios valorativos elaborados y considerados vinculantes por la comunidad, cuyo derecho el juez aplica como órgano» (27).

---

(25) LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, p. 217 y loc. cit. nota 18, p. 166 y ss.

(26) *Ibidem*, p. 218. Confr. también en sentido similar: VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología Jurídica*, 1988, p. 398 y ss.

(27) *Ibidem*.

Pero, el desarrollo moderno de la hermenéutica va más lejos todavía, pues ha permitido comprobar que los cánones interpretativos tradicionales no pueden garantizar una completa exclusión de *preconceptos* que, en principio, también se deberían excluir de la aplicación de la ley según el punto de vista recién expuesto de LARENZ. La ciencia moderna del derecho, por el contrario, no ha podido permanecer al margen de un desarrollo filosófico basado en la «metáfora del texto» (28), precisamente porque la ciencia jurídica es, en su punto de partida, una ciencia estrechamente vinculada a la comprensión de textos. En la medida en la que la comprensión del texto legal por el intérprete se da no sólo como un comportamiento del sujeto que interpreta, sino que tiene lugar en todo el contexto existencial del mismo, es inseparable de su experiencia del mundo y puede ponerse en duda que algún método pueda modificar esta situación (29).

Los métodos clásicos de interpretación, por lo tanto, han sufrido en los últimos tiempos una importante transformación. JOSEF ESSER pone la nueva problemática de manifiesto cuando afirma que «los esfuerzos por limitar el entendimiento del derecho (Rechtsgewinnung), también en el derecho constitucional, a la interpretación lógica, histórica o sistemática de la ley y de disciplinarlo mediante estos métodos, se enfrentan con las cuestiones justificadas de, por un lado, si ésto no es otra cosa que un desplazamiento hacia lo inconsciente o lo irreflexivo de las consideraciones excluidas, y, por otro, de si no es preferible la contrapropuesta racional de disciplinar las consideraciones valorativas en sí mismas» (30). ESSER admite que el reconocimiento de esta situación suele provocar reservas, pues se piensa que de esta manera se abre a cada intérprete la posibilidad de presentar *sus* propias concepciones como una racionalización de determinadas ideas político-jurídicas. «Sin embargo —replica—, la transparencia y, con ella, la criticabilidad de tales actos valorativos es mayor cuando se los expone honestamente que cuando se reemplaza su exposición por su ocultamiento o por giros dogmáticos de carácter formal» (31). Y concluye: «el *monitum* de la actitud conservadora-normativa, según el cual el Juez, que introduce sus «propias valoraciones, necesariamente traiciona su función de aplicador del derecho, se apoya en la idea carente de realidad de que las normas pueden ser aplicadas sin una valoración adicional» (32).

---

(28) HANS ALBERT, *Kritik der reinen Hermeneutik*, 1994, p. 36: «se trata de un paso hacia una filosofía, cuyo objeto no es ya el texto, sino en la que la metáfora del texto se extiende a todo el mundo».

(29) Confr. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 4.ª ed. 1975, p. 250 y ss.

(30) JOSEF ESSER, *Vorverstaendnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972 p. 36.; confr. también LARENZ, loc. cit. nota 18, pp. 302 y ss.

(31) *Ibidem*, p. 36.

(32) *Ibidem*, p. 36.

Estas conclusiones son aceptadas incluso por un crítico de la filosofía hermenéutica *pura* como HANS ALBERT (33), que concibe la ciencia del derecho, antes que como una ciencia normativa, como una disciplina «tecnológico-social» (34). Sin embargo, esta tecnología social no elimina el elemento hermenéutico (35) ni tampoco «excluye los puntos de vista finalistas o valorativos que pueden ser introducidos en la discusión de problemas jurídicos (...), pero estos puntos de vista —por ejemplo las «exigencias de justicia» mencionadas por NEUMANN— tienen que ser explicitados y transpuestos en elementos operativos (*Leistungsmerkmale*) para el sistema tecnológico correspondiente» (36). De esta manera se explica, según ALBERT, que la interpretación sea «productiva», en el sentido de poner en juego nuevas normas, «sin exponerse al reproche de superar los límites impuestos, dado que sus afirmaciones en este sentido tienen carácter cognitivo e hipotético y están al mismo tiempo sometidas a las habituales comprobaciones críticas de la idea regulativa de verdad» (37).

Todo esto demuestra que un concepto realista de la «aplicación rigurosa de la ley» nunca podrá excluir las consideraciones previas del juez referentes a la justicia, el orden, el deber, el sentido de la ley etc., pues inclusive el juez que quiera limitarse a un entendimiento literal de los textos legales hace ya una opción interpretativa que tiene implicaciones respecto de la justicia, del deber, etc. y que *no tiene su apoyo en la ley misma*. «Sin un preconceito sobre la necesidad del orden y la posibilidad de la solución, el lenguaje de la norma no puede expresar lo que se le pregunta, es decir, la solución correcta» (38). Más aún, la propia interpretación gramatical o literal tiene una técnica expresada en diversos cánones interpretativos que, indudablemente, operan también como preconceitos de la interpretación y que demuestran que no existe ningún método interpretativo que permita escapar a los preconceitos que orientan y definen la interpretación de un texto legal (39).

Por lo tanto: el concepto de «aplicación rigurosa de la ley» *sólo no excluye la interpretación de la ley, sino que requiere una consideración referente a los valores fundamentales del orden jurídico, sin la que la interpretación no sería posible* (40).

---

(33) Loc. cit. nota 27.

(34) *Ibidem*, pp. 185 y ss.

(35) *Ibidem*, p. 191.

(36) *Ibidem*, p. 191.

(37) *Ibidem*, p. 189.

(38) ESSER, loc. cit. nota 29, p. 137.

(39) Confr. SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik und Kritik*, 1838, ed. de M. Frank, 1977, p. 101 y ss. donde se exponen los diferentes cánones clásicos de la interpretación gramatical.

(40) Confr. en la doctrina española: VALLET DE GOYTISOLO, nota 25; BACIGALUPO, *I dogmi della dogmatica penale*, en *Dei delitti e delli pene*, N.º 2/1983, p. 245 y ss.; del mismo: *Delito y Punibilidad*, 1983, pp. 13 y ss.; recientemente: ATIENZA, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N.º 85/1995, pp. 5 y ss.

Esta conclusión demuestra que la cuestión de si el juez en el caso concreto se debe limitar a una interpretación que deje en manos del Ejecutivo una especie de corrección de equidad de su sentencia o si, por el contrario, debe extremar las posibilidades interpretativas para lograr una solución justa del caso concreto, depende básicamente de un determinado preconcepto sobre la división de poderes y, por lo tanto, de los límites de las facultades del Poder Judicial en un marco constitucional específico, lo que, a su vez, constituye un problema hermenéutico, que también se apoyará en otros preconceptos necesarios para la interpretación de la Constitución.

## VI

Todo lo dicho tiene consecuencias prácticas relevantes para la función del juez penal.

1. Al art. 4.3 CP le queda, a la luz de nuestras conclusiones, un margen mínimo de aplicación, pues el juez sólo debe hacer uso de estas facultades cuando *ningún* método interpretativo de la ley le permita llegar a una solución compatible con los valores superiores del ordenamiento jurídico (41). En este sentido, el Tribunal o el Juez se podrán dirigir al Poder Ejecutivo (en realidad actualmente se debería dirigir al Legislativo) promoviendo la *desincriminación de una conducta*. En estos casos se tratará siempre de una discrepancia frente a la idea básica de la política criminal legal, dado que cuando el Tribunal no discrepe respecto de la protección penal del bien jurídico, prácticamente siempre dispondrá de los poderes interpretativos para *reducir teleológicamente* el alcance de la ley a los casos en los que se evidencie el contenido criminal que justifique la aplicación de la ley penal. Ejemplo de esta situación sería el caso de un Tribunal que pensara que el tráfico de *ciertas* drogas no debería ser punible. En tal supuesto cabría promover una reforma de la ley. Por el contrario si el Tribunal está de acuerdo con la punibilidad del hecho, pero cree que en el caso concreto éste no tiene el contenido de ilicitud necesario para justificar la aplicación de una pena, debe elaborar los criterios interpretativos que permitan excluir la tipicidad, generalizándolos a todos los casos similares o análogos. En esta interpretación del contenido de ilicitud requerido por la ley el Tribunal debe tener en cuenta la gravedad de la pena amenazada: una pena muy grave requiere en todo caso un ilícito muy grave, pues la ley está sujeta

---

(41) Confr. STS de 21 de abril de 1992 (Rec. N.º 1.514/88). Sin embargo, en los precedentes actuales del TS continúa el predominio del antiguo entendimiento del art. 2.2 CP, sobre todo en relación a la cuestión de la aplicación de la agravante de reincidencia (art. 10, 15.ª CP) y a los efectos de la vulneración del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas.

internamente al principio de proporcionalidad, que es la consecuencia mínima surgida del valor superior de la justicia.

2. En segundo lugar, el texto del art. 4.3 CP, el Tribunal se debe dirigir al Ejecutivo *cuando la pena fuere notablemente excesiva* atendiendo «el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo». En este supuesto cabe pensar en casos en los que el autor hubiera obrado de una manera poco reprochable y la pena aplicable debería superar la proporcionalidad debida respecto de la culpabilidad por el hecho. En tales supuestos, sin embargo, el Tribunal no debe renunciar a sus facultades para determinar la pena adecuada a la culpabilidad, pues ello es un presupuesto necesario de la vinculación del juez al orden jurídico y a su valor superior de justicia. Dicho con otras palabras: un Tribunal sólo juzgará en el sentido del art. 117 CE, si aplica una pena justa (o sea, adecuada a la culpabilidad por el hecho); por el contrario no lo hará cuando se límite y desplace la cuestión de la justicia a una decisión discrecional del Ejecutivo, como si no existiera el art. 9.1 CE que lo vincula al orden jurídico y a sus valores superiores. Si el Tribunal entiende que el sistema del art. 61 CP le impide, agotadas todas las posibilidades interpretativas, aplicar una pena justa, en el sentido antes expuesto, debe *plantear la cuestión de inconstitucionalidad* de este artículo y de todos cuantos se lo impidieran, pero en ningún caso remitir la cuestión a la discrecionalidad del Ejecutivo (42).

Consecuentemente, el supuesto de «*pena notablemente excesiva*» por inadecuación a la reprochabilidad (mal causado y circunstancias personales del autor) es directamente contrario a la Constitución y su sistema de la división de poderes. Fuera de estos casos sólo cabría pensar en supuestos en los que el legislador en abstracto no hubiera respetado la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena amenazada. Por ejemplo: una ley que estableciera una pena idéntica para la realización dolosa de un tipo de lesión y para la imprudente que sólo produjera un peligro abstracto para el bien protegido. Pero, también en este caso, antes de aplicar la ley el Tribunal debiera plantear la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 35 y ss. LOTC), pues también el legislador está vinculado a los valores superiores del orden jurídico (art. 9.1 CE) (43).

El resultado de la investigación se puede resumir de la siguiente manera: los conflictos entre la ley penal y los valores superiores del orden jurídico constituyen una cuestión de constitucionalidad de la ley y no un problema que el Ejecutivo pueda resolver discrecionalmente mediante el uso del derecho de gracia. En tal contexto el art. 4.3 CP es indu-

---

(42) Ver STC 65/86, en la que se establece que «las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad sólo se podrían plantear (...) cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de la culpabilidad». En el mismo sentido: STC 150/91.

(43) Ver STC 65/86 referente a la diversidad de las penas conminadas a los delitos de los arts. 394 y 535 CP después de la reforma de 1983 (LO 3/83).

dablemente una pieza extraña al sistema constitucional vigente y su pervivencia en el Código Penal puede tener por efecto, según se lo interprete, una inexplicable limitación de las funciones judiciales en favor de poderes del Ejecutivo en materias que no le son propias. A los jueces corresponde interpretar el art. 4.3 CP de tal manera que, si pervive en el derecho vigente, su contenido se adapte al sistema constitucional. Para ello existe la técnica de la *interpretación «conforme a la Constitución»*, que impone el art. 5.1 LOPJ.



# Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad

ELENA LARRAURI

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona.

Es frecuente en la doctrina la afirmación de que la antijuridicidad cumple una función unificadora (*Einheit der Rechtsordnung*) en la teoría del delito. De este modo la tarea de la antijuridicidad estriba en, afirmada la existencia de un comportamiento típico, comprobar que este comportamiento típico no se «neutraliza» con algún permiso proveniente de otro sector del ordenamiento jurídico que autorice la lesión al bien jurídico.

Esta función unificadora de la categoría antijuridicidad en la teoría del delito implica la toma en consideración en el derecho penal del ordenamiento jurídico en su conjunto (permisos y deberes) a la luz del cual se valorará el comportamiento que ha infringido una norma penal.

A su vez esta función unificadora obedece a la convicción generalizada de que el derecho penal no puede castigar lo que otros sectores del ordenamiento jurídico autorizan a realizar.

De la función unificadora de la antijuridicidad acostumbra a derivarse que el reconocimiento de una causa de justificación —que elimina el carácter antijurídico del acto— requiere una valoración de todo el ordenamiento jurídico. En consecuencia declarar que un comportamiento está justificado es declarar que este comportamiento es conforme a derecho (Rodríguez Mourullo, 1982:510).

Ello implica que las causas de justificación pueden provenir de cualquier sector del ordenamiento jurídico y que incluso las recogidas expresamente en el ordenamiento penal obedecen también a principios jurídicos generales (Roxin, 1987:234; 1994:496).

En este sentido se afirma que las causas de justificación no siempre se encuentran en el ordenamiento penal (Bacigalupo, 1985:68) sino que pueden provenir del reconocimiento de un derecho o deber que se reconoce en otros sectores del ordenamiento jurídico. Así por ejemplo el derecho de retención reconocido en los artículos 1780 y 1730 del Código Civil excluye la antijuridicidad de la apropiación indebida (art. 252 CP) o el deber de detener en el artículo 492 de la LECr excluye la antijuridicidad de la detención del artículo 163 (CP) (Bacigalupo, 1985:68). (1)

La forma en como son admitidas estas autorizaciones de actuar en el derecho penal es mediante la alegación del artículo 8.11 que precisamente permite realizar esta función unificadora entre el ordenamiento penal y el resto del ordenamiento jurídico (Antón Oneca, 1949:200; Cobo-Vives, 1990:359).

De esta función unificadora que cumple la categoría de la antijuridicidad se extrae una consecuencia ulterior para las causas de justificación. En efecto, es opinión compartida en la doctrina española que afirmado que un comportamiento típico está amparado por una causa de justificación, esta declaración produce sus efectos para todos los sectores del ordenamiento jurídico (*Durchschlagendeskraft*). En este sentido es afirmación habitual que un comportamiento amparado por una causa de justificación no sólo excluye la pena, sino toda consecuencia jurídica (Bacigalupo, 1985:68).

En resumen, *una causa de justificación proviene de y produce efectos en todo el ordenamiento jurídico.* (2)

Pero ¿qué significa exactamente que «la antijuridicidad cumple una función unificadora»? Ello puede ser objeto de dos interpretaciones:

a) que lo que constituye un «injusto» es unitario para todos los sectores del ordenamiento jurídico;

b) que (aun cuando el injusto es propio de cada sector del ordenamiento jurídico) una vez eliminado el injusto penal, por la presencia de una causa de justificación, se elimina asimismo «toda consecuencia jurídica».

Respecto de la primera interpretación parece existir acuerdo en que el injusto no es unitario para todo el ordenamiento jurídico. Así Roxin

(1) El por qué se afirma en el caso del art. 163 la tipicidad de la conducta como realizan además de BACIGALUPO (1985:68), MIR (1990:447) y CEREZO (1990:52) puede ser debido a dos razones: a) entender que la referencia a «ilegal» es un elemento que dice relación con la antijuridicidad a pesar de estar recogido expresamente en el tipo; b) que en realidad la detención es ilegal pues el funcionario no tenía derecho a realizarla pero que no es antijurídica si se ha realizado un examen conforme a deber. Ambos aspectos son controvertidos: el primero dice relación con el criterio que se usa para diferenciar los elementos normativos del tipo de la antijuridicidad (véase MAURACH, 1962:350); el segundo dice relación con la discusión de si debe concurrir la situación realmente o basta la creencia racional de que concurre (LUZÓN, 1991:77-78).

(2) Criterio utilizado para distinguir las causas de inculpabilidad de las cuales se afirma que son estrictamente penales (ROXIN, 1987:234) y que no producen efectos en el resto del ordenamiento jurídico.

(1994:495-496) manifiesta que la diferencia no estriba únicamente en las distintas consecuencias que cada sector del ordenamiento jurídico prevé para la realización del injusto, sino que ya los presupuestos de existencia de este injusto son distintos para cada sector del ordenamiento jurídico.

También en España la doctrina (Cobo-Vives, 1990:235; Antón Oneca, 1949:209; Bacigalupo, 1985:19; Muñoz Conde-García Arán, 1993:276) se manifiesta partidaria de la concepción de que el injusto es propio de cada sector del ordenamiento jurídico.

Esta especificidad puede provenir de dos razones: el carácter de «ultima ratio» del derecho penal y de las finalidades que persigue cada sector del ordenamiento jurídico.

El primer motivo es afirmación habitual de la doctrina penal cuando afirma que el derecho penal «castiga de entre todos aquellos ilícitos, los más graves». Con ello parece aludirse a una diferencia cuantitativa (Cobo-Vives, 1990:235).

El segundo motivo explicaría el porque a veces existen diferencias cualitativas (3). Así debido a que la finalidad del derecho civil no es sancionar un ilícito sino resarcir un daño causado a un tercero se explica el que una tentativa de homicidio no constituya un «ilícito civil» (4) y sí en cambio una falsedad documental consumada.

En consecuencia cada sector del ordenamiento jurídico delimita su propio «injusto», presupuesto de una intervención.

Esto es, el hecho de que un comportamiento no constituya un injusto penal no significa que no exista un ilícito civil, laboral, o una infracción administrativa.

Pero, si el «injusto» es específico, ¿cómo puede la antijuridicidad ser unitaria? La respuesta depende obviamente de como se defina el concepto de «injusto».

Si por injusto se entiende el acto típico y antijurídico parece difícil afirmar que hay un injusto específico pero que la antijuridicidad es unitaria. Ya que si el injusto —acto típico y antijurídico— es específico ello puede ser debido no sólo a que la tipicidad sea distinta sino también a que la valoración que recibe este hecho típico puede no ser coincidente en todos los sectores del ordenamiento jurídico. De ahí que finalmente puede no haber un injusto penal pero sí administrativo. Este proceder se muestra en Roxin (1994:483) que al utilizar injusto como sinónimo de acto típico y antijurídico no tiene más remedio que concluir que en ocasiones puede haber un juicio de antijuridicidad penal.

---

(3) Como observan ANTÓN ONECA (1949:209) y CEREZO (1994:66) existen injustos específicamente penales sin correspondencia en el derecho civil. Sin embargo esta afirmación sería discutida por aquellos autores que entienden que el derecho penal siempre tiene una «naturaleza secundaria».

(4) Salvo en el supuesto claro está que pueda probarse la existencia de un daño moral susceptible de ser indemnizado.

Por el contrario en la doctrina española «injusto» se tiende a utilizar como sinónimo de ilícito tipificado (5). Así, siguiendo a Welzel (1969:78), se entiende que «La materia de prohibición es tan variada como formas prohibidas de conducta hay en el Derecho Penal. En cambio, la antijuridicidad, es decir, la contradicción entre la realización de una materia de prohibición y el ordenamiento jurídico, es una y la misma en todo el Derecho. Lo que es antijurídico en un sector del Derecho lo es también en el otro».

De acuerdo a esta concepción, el injusto —acto ilícito tipificado— que constituye el objeto de la valoración es específico de cada sector del ordenamiento, pero cuando se afirma que este injusto (ilícito tipificado) específico es antijurídico se está realizando un juicio de valoración por medio del cual se afirma que está en relación de contradicción con todo el ordenamiento jurídico (Cobo-Vives, 1990:235; Mir, 1990:135; Muñoz Conde-García Arán, 1993:276). Y por ello a pesar de que el injusto —materia de prohibición— es específico de cada sector, la antijuridicidad, al expresar la relación con todo el ordenamiento jurídico, es unitaria.

En consecuencia si por injusto se entiende el acto típico no hay duda de que esta es una categoría específicamente penal. Así no suscita problema alguno afirmar que cuando la exención de responsabilidad penal obedece a la falta de tipicidad ello no produce efectos en el resto del ordenamiento jurídico.

Sin embargo cuando la exención de pena obedece a la ausencia de antijuridicidad, hemos visto que se está expresando la relación con todo el ordenamiento jurídico. Por ello la declaración de que el comportamiento es conforme a derecho no es un juicio (de antijuridicidad) penal sino un juicio (de antijuridicidad) general (6). Es por ello que se concluye

---

(5) La confusión proviene cuando se afirman expresiones como «La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. *Lo injusto es la forma de conducta antijurídica misma* (...) (WELZEL, 1969:78) o «*El injusto*, por el contrario, es el objeto valorado, algo sustantivo: *el hecho antijurídico en sí mismo considerado*» (COBO-VIVES, 1990:235). En estos casos antijurídico se está utilizando como sinónimo de ilícito y no como sinónimo de hecho típico no justificado. Así se ve por la continuación de WELZEL (1969:78) «*Lo injusto es la forma de conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio*. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico. Existe, pues, un injusto penal específico, del mismo modo que hay un injusto civil o administrativo específico (un ejemplo del primero es la tentativa y del segundo la perturbación arbitraria de la posesión), pero existe sólo una antijuridicidad unitaria. Todas las materias de prohibición, reguladas en los diversos sectores del Derecho, son antijurídicas para todo el ordenamiento jurídico» (subrayado añadido). En este contexto injusto específico es la materia de prohibición y no el hecho típico y antijurídico.

(6) Afirmar que no es posible una antijuridicidad penal implica admitir que el juez penal realiza un juicio de conformidad al derecho. Si se entendiera que el juez penal realiza en la antijuridicidad una declaración de necesidad de pena no habría lógicamente inconveniente en afirmar que sí es un juicio de valoración específicamente penal.

que la declaración de que el comportamiento está justificado produce efectos en todo el ordenamiento jurídico. «La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc.. (Bacigalupo, 1985:68). (7)

Sin embargo pronto aparece una excepción expresamente admitida. Como es sabido, la declaración de que un comportamiento está amparado en el artículo 8.7. —tradicionalmente considerado una causa de justificación cuando se salva un interés prevalente— no impide que este comportamiento de lugar a una responsabilidad civil (art. 118.1.3.<sup>a</sup> CP). La declaración de que se ha realizado un mal amparado por un estado de necesidad no obstaculiza (por vía penal o por vía civil) la reclamación de los daños por parte de la persona perjudicada.

Es lógicamente cierto que esta reclamación se realiza a quien ha salido beneficiado —aquél cuyo bien ha sido salvado— y por ello se afirma desde Antón Oneca (1949:651) que «(...) no se trata de exigir responsabilidad civil por un hecho previsto en la ley como delito, sino de distribuir, decía Silvela, las consecuencias de un mal entre personas que estaban ligadas por un cuasi contrato o por una especie de mancomunidad que la ley reconoce. Los tratadistas modernos, precisando más, nos hablan del principio del enriquecimiento sin causa...».

Ha gozado pues de aceptación por la doctrina la afirmación de que el fundamento de la responsabilidad civil generada por un hecho justificado no es la realización del delito previo sino el enriquecimiento injusto. «Ello se debe a que la responsabilidad civil no es una sanción impuesta a consecuencia de una infracción, sino una forma de restablecer una situación económica anterior» (Mir, 1990:455).

Sin embargo que el fundamento de la responsabilidad civil sea distinto no obsta a que este resultado contradiga la premisa inicial, esto es, que una causa de justificación produce el efecto de eliminar toda consecuencia jurídica.

Observemos que la necesidad de buscar esta explicación adicional obedece a la convicción generalizada de que una causa de justificación —a diferencia de una causa de inculpabilidad— se caracteriza por eliminar toda consecuencia jurídica.

En consecuencia cuando este efecto no se produce, como en el caso del artículo 20.5, ello aparece como una distorsión, ya que podría pensarse que la legítima defensa y el cumplimiento de un deber —convertidas en «genuinas» causas de justificación— eliminan en efecto toda consecuencia jurídica ulterior al no observar el código penal una regla de responsabilidad civil semejante a la prevista para el estado de necesidad.

---

(7) En el mismo sentido MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN (1993:282). Más matizadamente en el sentido de reseñar expresamente la excepción de la responsabilidad civil MIR (1990:454), COBO-VIVES (1990:354), CEREZO (1994:447, nota 18) y RODRÍGUEZ MOURULLO (1982:522).

Sin embargo tampoco en estos casos se cumple el efecto atribuido a las causas de justificación. Como pone de manifiesto el ejemplo citado por Muñoz Conde-García Arán (1993:283) la aplicación de una causa de justificación no impide que subsista una sanción administrativa. Así, después de manifestarse contrarios a la existencia de una antijuridicidad penal, manifiestan: «Esto no quiere decir que el Derecho penal no pueda justificar por  *criterios específicamente penales*  un hecho típico en el que se observen infracciones administrativas o civiles. Así, por ej., puede apreciarse una causa de justificación en el Policía que dispara contra un ladrón con un arma no reglamentaria, (...)». (Muñoz Conde-García Arán, 1993:283; subrayado añadido).

El cumplimiento de un deber tampoco elimina la posibilidad de indemnizar a la persona afectada. Como observan Cobo-Vives (1990:354) «También las actuaciones conforme a Derecho pueden producir, en ocasiones, la obligación de indemnizar a quien ha de soportar su ejercicio según la legislación española vigente».

En efecto, la declaración por parte del juez penal de que un guardia municipal ha actuado en cumplimiento de su deber no impide que un tercero perjudicado por el ejercicio de este deber, recurra a la Administración Pública, la cual responde por el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, para obtener una indemnización; responsabilidad que se fundamenta en el principio de responsabilidad objetiva (art.139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común). Observemos que en los ejemplos utilizados no se trata de que la acción no sea penalmente típica pero subsista una contravención civil o administrativa, sino de que el juicio de antijuridicidad no elimina toda consecuencia jurídica, esto es, justifica a efectos penales, pero no impide el surgimiento de responsabilidades civiles o sanciones administrativas.

Ello no es una excepción que se produce exclusivamente en el estado de necesidad y en consecuencia no se trata de afirmar que el estado de necesidad es una causa de justificación (y no una causa de inculpabilidad) «a pesar» de que subsiste la responsabilidad civil, sino precisamente de cuestionar la premisa mayor, esto es, que una causa de justificación produce el efecto de eliminar toda consecuencia jurídica. «Para decirlo de una buena vez, la cuestión de si el estado de necesidad obliga a la reparación del daño es totalmente independiente de su contradicción con el derecho o su adecuación al mismo. No es raro en el derecho del Imperio que del cumplimiento de un deber surjan obligaciones de indemnizar». (Binding, cit. por Bacigalupo, 1983:99).

La exposición de los ejemplos precedentes ha pretendido mostrar que no es certero afirmar que una causa de justificación produzca efectos en todo el ordenamiento jurídico. Recordemos además que la función unitaria de las causas de justificación se basa asimismo en la afirmación de que estas provienen del resto del ordenamiento jurídico. Los ejemplos sugeridos por Roxin nos permitirán a continuación discutir este aspecto.

Roxin (1994) pone de manifiesto que en su opinión no toda infracción administrativa o ilícito civil que constituya una acción típica debe necesariamente dar origen a un injusto penal. Vale la pena citar los ejemplos expuestos por Roxin (1994:495) «El consentimiento presunto de un menor para que otra persona dañe su propiedad es un ilícito civil que constituye al mismo tiempo una acción típica y que si bien no está justificada en derecho penal no por ello constituye un injusto penal». El segundo ejemplo es «el uso de fuerza excesiva antireglamentaria que no puede ampararse por el cumplimiento de un deber pero que no impide que pueda existir legítima defensa o estado de necesidad que eliminan el carácter de injusto penal del comportamiento pero no eliminan la contravención administrativa». Afirmando finalmente «Debe reconocerse, en consecuencia con Gunther, la existencia de especiales *causas de exclusión del injusto penal*» (1994:496; subrayado añadido).

La referencia a los «criterios estrictamente penales» de Muñoz Conde-García Arán, así como las «causas de exclusión del injusto penal» finalmente reconocidas por Roxin evidencian que no toda acción típica que infrinja el ordenamiento civil o administrativo debe al mismo tiempo constituir un injusto penal. Expresado en otros términos, aun cuando no exista un permiso general, proveniente del ordenamiento jurídico, el juez penal puede, en opinión de Roxin, declarar que la acción está justificada, esto es, que de acuerdo a criterios penales el comportamiento no es injusto.

Si la exposición precedente es acertada ello en últimas lleva a preguntarse que queda de la «función unificadora de la antijuridicidad», ya que si algo muestran los ejemplos anteriores es que:

a) ni las causas de justificación provienen siempre del ordenamiento jurídico —parecería que pueden encontrarse causas de justificación penales—,

b) ni la existencia de una causa de justificación produce sus efectos en todo el ordenamiento jurídico —la declaración de justificado— no elimina las sanciones administrativas o la responsabilidad civil.

Estas consideraciones son las que sirven de introducción para discutir la posición de Gunther quien aboga precisamente por la existencia y reconocimiento de una antijuridicidad penal y rechaza que la antijuridicidad deba cumplir (exclusivamente) una función unificadora de dar entrada en el derecho penal de los permisos provenientes del resto del ordenamiento jurídico.

Günther (1983:251-256) parte de dos premisas: En primer lugar el concepto de antijuridicidad no es un concepto unitario del ordenamiento jurídico sino un concepto funcional, esto es, un concepto que se determina teleológicamente de acuerdo a las diversas finalidades de los distintos sectores del ordenamiento jurídico.

Por ello señala Günther (1992:191-192) que la diferenciación en el juicio de antijuridicidad es posible, sin incurrir en contradicciones nor-

mativas, desde el momento en que las prohibiciones y mandatos son diferentes en los distintos sectores del ordenamiento jurídico.

Incluso en el propio sistema penal existen causas de justificación propias de un determinado tipo penal y en consecuencia es un juicio divisible respecto del mismo comportamiento. Por ello las causas de justificación pueden ser particulares para un determinado sector jurídico, para un tipo penal específico, o universales.

En segundo lugar el principio de proporcionalidad exige que la respuesta penal, la más severa que adopta el ordenamiento jurídico, requiera de la presencia de un injusto agravado. Por ello la función de la antijuridicidad no se agota en contestar a la pregunta de si el comportamiento está aprobado y confiere un permiso de actuar sino adicionalmente en contestar a la pregunta de si existe un injusto suficientemente grave para ser penalmente desaprobado.

De acuerdo a estas premisas Günther (1992:193-201) distingue entre causas de justificación (generales) y causas de exclusión del injusto penal.

Son causas de justificación generales: los deberes de actuar; los derechos fundamentales constitucionales; la legítima defensa y el estado de necesidad justificante.

Estas son generales porque son previas al derecho penal o están reguladas de igual forma en todos los sectores del ordenamiento jurídico. Sus efectos son: conceder un permiso de actuar, imponer una obligación de tolerar y producir efectos en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

Por el contrario tienen el carácter de específicas (causas de exclusión del injusto penal): el consentimiento expreso o presunto; los elementos que restringen el alcance de algunos tipos penales (p.ej. 193 StGB; 218 StGB; 240 StGB); los casos de disminución del injusto (p.ej. agresiones de los padres a sus hijos o de los maestros en el ejercicio del derecho de corrección; manifestaciones pacíficas; objetores de conciencia).

Estas son específicas porque producen sus efectos exclusivamente en el seno del derecho penal, eliminan el injusto penal (8), pero no prejuzgan su valoración por el resto del ordenamiento jurídico y no generan un deber de tolerar.

Las causas de exclusión del injusto (específicamente penales) no excluyen la valoración antijurídica general del ordenamiento jurídico. Lo único que eliminan es el juicio de desaprobación penal del comportamiento. Estas causas de exclusión del injusto penal se limitan a señalar, de acuerdo a criterios penales («teleológicos»), que la conducta no es suficientemente grave como para ser necesaria una pena, pero no pre-

---

(8) En la versión alemana GÜNTHER (1992:201) señalaba que eliminaban la punibilidad lo cual inducía a confusiones pues esto no se discute, lo que se discute es que precisamente se elimine el injusto. En la versión española GÜNTHER (1995:57, 59-63) se refiere a estos casos como supuestos de atenuación (disminución) del injusto.

juzgan la valoración que el resto del ordenamiento jurídico realiza del comportamiento y en consecuencia no conceden un permiso de actuar.

Günther entiende que su posición es continuadora de un sistema penal «teleológico», en el cual se acepta que los criterios específicos penales de merecimiento y necesidad de la pena deben formar parte de todas las categorías del delito. En consecuencia se manifiesta favorable a incorporar en la categoría de la antijuridicidad las causas de exclusión del injusto penal, cuya función, como he destacado, no es separar lo permitido de lo prohibido sino delimitar lo prohibido del injusto agravado merecedor de sanción penal.

La posición de Günther no ha sido muy bien acogida en la doctrina española y ha dado origen a múltiples críticas.

Así la doctrina española ha negado en general que pueda hablarse de una «antijuridicidad penal» o de «causas de exclusión del injusto» (Bacigalupo, 1986:1200; 1989:467; Cobo-Vives, 1990:361; nota 18; Laurenzo, 1990:311-316; Luzón, 1995a:26-27; Muñoz Conde, 1988:608-609; Muñoz Conde-García Arán, 1993:283; Cerezo, 1994, 447-448) (9), reafirmando por el contrario en que el juicio de antijuridicidad es unitario (de acuerdo a un único criterio que vendría proporcionado por el «ordenamiento jurídico») y general (que produce sus efectos en todos los sectores del ordenamiento jurídico).

Sin embargo si se acepta esta posición de la doctrina española deberá explicarse las dos divergencias detectadas anteriormente, esto es, los casos en los cuales a pesar de estar el comportamiento justificado ello no impide el surgimiento de responsabilidades civiles o administrativas y las acciones típicas no autorizadas por el ordenamiento jurídico y que sin embargo se afirma que no constituyen un injusto penal.

Examinemos de nuevo alguno de los ejemplos mencionados por Günther como causas de exclusión del injusto penal:

#### a) El consentimiento expreso o presunto.

Recordemos que este es uno de los casos (un menor consiente de forma presunta en que se daña una cosa de su propiedad) en el que Roxin admite que existe una causa de exclusión del injusto penal (10).

---

(9) La crítica más completa se encuentra sin lugar a dudas en Díez RIPOLLÉS (1991). Más favorables a la posición de GÜNTHER han sido las opiniones de MIR (1990:455-456); SILVA (1992:405) y GIMBERNAT (1991:75).

(10) Niega validez al ejemplo CEREZO (1994:447-448, nota 21) pues si bien admite que en derecho penal los requisitos del consentimiento acostumbran a ser menos rigurosos que en derecho civil entiende que «cuando se den los requisitos de la causa de justificación en el Derecho penal, la conducta será también lícita para el Derecho civil». Sin embargo, si se admite que los requisitos para la validez del consentimiento son distintos, en derecho penal que en el derecho civil, es difícil entender la razón de porque se producirá identidad de efectos.

De acuerdo a Cerezo (1990:84) en este caso se realiza una acción típica de daños del artículo 263 ya que éste no requiere expresamente que se realice contra la voluntad de su dueño.

A continuación se discute si es necesario que el consentimiento apto para justificar reuna las características del derecho civil o si por el contrario el derecho penal goza de autonomía para dictaminar en que supuestos el consentimiento es admisible y produce efectos de causa de justificación. (11)

En el primer caso, si se exige que el consentimiento reuna los mismos requisitos del derecho civil, parece claro que habría acuerdo en señalar que existe una causa de justificación (general, proveniente del ordenamiento jurídico) que otorga un derecho de disponer del bien jurídico. (12)

En el segundo caso, si el consentimiento no reúne las características exigidas por el derecho civil (13), Cerezo (1990:87, nota 44) entiende que también es admisible como causa de justificación porque «La función esencial del consentimiento como causa de justificación, en el Derecho Penal, no consiste en la transmisión de derechos, sino en la exclusión de la antijuridicidad de la conducta».

Sin embargo, aceptando la corrección de este razonamiento, pareciera que en este último caso se está frente a una *causa de justificación específica penal*, ya que si bien proviene del ordenamiento jurídico, el derecho penal la reformula en atención a su propia finalidad y si bien elimina el injusto penal no produce efectos generales (como p.ej. una transmisión de propiedad).

Semejante a la discusión del consentimiento es la que se origina en base al ejemplo expuesto por Roxin acerca del uso de fuerza antiregla-

(11) Observa BACIGALUPO (1991:115-116) que la exigencia de unos u otros requisitos debería venir condicionada por la posición que se sostenga respecto de si el consentimiento es causa de atipicidad o de justificación. Sin embargo en opinión de Bacigalupo estas diferencias no se traslucen en el momento de exigir los requisitos pues para toda la doctrina basta la capacidad natural de consentir para lo cual es suficiente el entendimiento de que se renuncia a la protección penal aun cuando no estén presentes el resto de requisitos exigidos por el derecho civil.

(12) Esta parece ser si mi comprensión es acertada la posición de COBO-VIVES (1990:378-379) quienes manifiestan que la validez del consentimiento «ha de ser apreciada con criterios propios del derecho penal»; sin embargo: «Cuando la renuncia y correlativa adquisición del derecho se encuentren reguladas por el Derecho privado, será necesario que concurren en el titular y en el acto las condiciones esenciales que el ordenamiento requiere para otorgarle validez».

En consecuencia cuando el consentimiento «destipifica» este puede tener unos requisitos distintos de los requeridos en el derecho civil; por el contrario cuando opera por el art. 20.7 debe exigirse los mismos requisitos que requiera el sector particular del ordenamiento jurídico para conceder un derecho y ser considerada la conducta jurídicamente justa.

(13) Admiten que el consentimiento en derecho penal es una institución autónoma MIR (1990:563); BACIGALUPO (1991:115); Díez RIPOLLÉS (1991:774) y CEREZO (1990:87, nota 44). Sin embargo quizás sea importante destacar que para los dos primeros autores el consentimiento es considerado causa de atipicidad.

mentaria no amparada (en España) por el artículo 20.7 pero sí eventualmente por el art. 20.4 o bien por el art. 20.5 (14)

En este caso en opinión de Roxin que el comportamiento típico del funcionario no esté justificado por un permiso general —la autorización administrativa de actuar que podría alegarse por medio del artículo 20.7—, no impide que esté justificado por una causa de justificación específicamente penal (15) ni que en su caso subsistan responsabilidades administrativas por el uso de esta fuerza excesiva antireglamentaria.

En definitiva este grupo de ejemplos se caracteriza por el hecho de que a pesar de no existir un permiso general proveniente del ordenamiento jurídico, la conducta aparece penalmente justificada.

#### b) **Los supuestos de disminución del injusto.**

También estos casos constituyen un subgrupo de las causas de exclusión del injusto penal. (16)

Aquí Günther (1992:199) basa la exención de la pena en que se trata de casos en los que se produce un ligero exceso de una causa de justificación, exceso que impide una declaración de conformidad con el derecho a pesar de que no justifica una intervención penal.

Cita, además del exceso en el ejercicio del derecho de manifestación o libertad de conciencia no amparados por un derecho constitucional, los casos en que padres o maestros se exceden en el ejercicio del derecho de corrección lo cual impide declarar su conducta conforme a derecho sin que ello sea sinónimo de haber de declarar un injusto penal.

La consecuencia en todos estos casos, entiendo, sería eximir de pena pero dejar subsistente la imposición de una sanción civil o administrativa.

---

(14) También niega validez al ejemplo CEREZO (1994:447, nota 21) pues en su opinión «En nuestro derecho, a través de la causa de justificación del n.º 7 del art. 20, de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo se da una perfecta sintonía con las disposiciones del Derecho público, planteándose únicamente un problema de concurso de leyes entre aquella causa de justificación y las de legítima defensa o estado de necesidad». Parece exagerado hablar de «perfecta sintonía» cuando se admite por la doctrina (CUERDA, 1990:529) que las facultades previstas en la legítima defensa o en el estado de necesidad son más amplias que las que se reconocen al amparo del art. 20.7 y que puede plantearse un concurso de causas de justificación.

(15) No puedo dejar de señalar la aporía que se produce cuando se afirma que la actuación del funcionario está amparada por una «causa de exclusión del injusto penal» como la legítima defensa o el estado de necesidad, precisamente las únicas causas de justificación generales que existen en opinión de GÜNTHER (1992).

(16) He eludido el análisis del segundo grupo de causas de exclusión del injusto penal reseñado por GÜNTHER (1992) al requerir el análisis de los elementos presentes en los tipos penales.

Günther (1983:324-358) utiliza las causas de exclusión del injusto adicionalmente para explicar la exención de pena en los siguientes supuestos (17): 1) situaciones análogas a la legítima defensa (p.ej. legítima defensa preventiva o exceso en la legítima defensa) y 2) situaciones análogas al estado de necesidad (p.ej. males equivalentes, miedo —*nötigungnotstand*—, colisión de deberes, estado de necesidad defensivo).

Lo que tienen en común todos estos casos es que en ellos la conducta no es conforme a derecho pero sin embargo el injusto que se produce no aparece suficientemente grave para fundamentar una reacción penal.

¿Cómo explicar que una causa de justificación no elimine toda consecuencia jurídica o que a pesar de la ausencia de un permiso general la conducta no constituya un injusto, y al propio tiempo mantener que la categoría de la antijuridicidad cumple en la teoría del delito la tarea de unificar el ordenamiento penal con el resto del ordenamiento?

En mi opinión la solución estriba en el camino apuntado por Díez Ripollés (1991:771) cuando afirma que en realidad el principio de unificación del ordenamiento jurídico se ha «desenfocado» ya que este: «Se limita a expresar que, a partir de ilícitos específicos direccionalmente coincidentes, no caben soluciones divergentes entre los diversos sectores jurídicos implicados en lo que concierne a la definitiva consideración como lícita o no de una misma conducta. Por el contrario, tal exigencia deja de tener sentido cuando se trata de confrontar, respecto a una misma conducta, declaraciones de licitud de varios sectores jurídicos orientadas en perspectivas valorativas no direccionalmente coincidentes; en este caso, si las declaraciones de antijuridicidad difieren, en ningún modo se produce una vulneración del principio de unidad del ordenamiento jurídico». (18)

Si mi comprensión es acertada de acuerdo a Díez Ripollés (1991) pueden darse dos posibles situaciones:

a) si el ilícito e injusto son «direccionalmente coincidentes» entonces la valoración debe ser unitaria. Ello es debido a que el injusto penal surge del ámbito más amplio de lo ilícito. De acuerdo a ello continúa Díez Ripollés (1991:771-773) cuando hay un injusto penal direccionalmente coincidente con un ilícito civil o administrativo lo que neutraliza el injusto penal neutraliza también el ilícito civil o administrativo (debido a que lo que neutraliza lo más neutraliza lo menos). Por el contrario lo que no neutraliza el injusto penal tampoco neutraliza el ilícito civil o administrativo.

---

(17) Una exposición de todos los supuestos puede verse en DÍEZ RIPOLLÉS (1991:725, nota 28) y su discusión en DÍEZ RIPOLLÉS (1991: 773-777).

(18) En el mismo sentido JAKOBS (1991:349) afirma que cuando la declaración penal no tiene alcance fuera del ordenamiento penal es debido a que el objeto y contexto de valoración no son idénticos.

b) En los casos en que aparecen «discrepancias» (19), esto es, que la declaración de justificación no elimina toda consecuencia jurídica es porque en realidad «(...) lo que estará ocurriendo es que el interés incidirá, bien sobre una conducta distinta que es ilícita específica civil o administrativa pero no penal, bien sobre una misma conducta que por razones distintas a las que ha devenido ilícita penal y de otro sector jurídico es asimismo ilícita en un tercer ámbito del ordenamiento» (Díez Ripollés, 1991:773).

En esta línea arguye Díez Ripollés (1991:773) el hecho de que se considere justificadas las lesiones de los maestros a sus pupilos y que ello no evite la imposición de una sanción administrativa obedece a que la acción «(...) está siendo valorada desde dos perspectivas axiológicas que se consideran direccionalmente no coincidentes, como podrían ser, en un análisis improcedentemente rígido, la estrictamente pedagógica y la protectora de derechos de la personalidad (...))».

Lo mismo sucedería según Díez Ripollés (1991:774) en los casos del consentimiento en el que el derecho civil lo contempla enmarcado en la teoría de la transmisión de derechos y el derecho penal en aras de la protección de bienes jurídicos.

También es cuestionable el ejemplo del uso de fuerza no justificada por la autorización administrativa ya que en este caso nos hallamos frente a un concurso de causas de justificación el cual se debiera resolver utilizando aquella que permite la neutralización de todo el injusto (Díez Ripollés 1991:776, nota 225). «Otra solución sólo sería admisible si los injustos específicos respectivos, penal y extrapenal, no fueran direccionalmente coincidentes». (Díez Ripollés, 1991:776).

Si se admite la validez del razonamiento de Díez Ripollés, puede afirmarse que la falta de producción de efectos generales de las causas de justificación no desvirtúa el principio de unidad del ordenamiento porque en realidad lo que sucede es que cada sector lo contempla desde ópticas y finalidades distintas.

Expresado en otros términos, el hecho de que una causa de justificación no elimine todo efecto jurídico ulterior —ya sea una responsabi-

---

(19) Acertadas parecen las reflexiones político-criminales de PERRÓN (1995:83) cuando manifiesta que en España apenas se han dado problemas de armonización entre el derecho penal con el derecho civil y el derecho público lo cual «(...) podría deberse fundamentalmente a dos factores que operan aún en la actualidad como herencia de la dictadura, pero que en el futuro seguramente perderán su significado. De una parte, el art. 20, núm. 7 del Código Penal había sido concretado muy poco mediante leyes especiales extrapenales. Por ejemplo, las autorizaciones para el uso de la fuerza por parte de los funcionarios de policía se regularon por primera vez en una ley de policía en 1986. De otra parte, el control judicial de la actuación de la Administración estaba escasamente desarrollado, y la jurisdicción civil se encontraba también en una mala situación, por lo que los ciudadanos eran remisos a hacer uso de su derecho de acudir a los Tribunales. Así, la mayoría de las cuestiones que trascendía al ámbito jurídico-penal fueron decididas por los Tribunales penales, por lo que en la práctica no podían producirse problemas de armonización».

alidad civil o una sanción administrativa— es porque pena, sanción y responsabilidad civil, tienen *distinto fundamento*. (20)

Ello explicaría el porque a pesar de ser el comportamiento justificado resta abierta la posibilidad de imponer una sanción administrativa (que tiene como fundamento la potestad de sancionar de la Administración) o de imponer una responsabilidad civil (que tiene como fundamento la compensación o resarcimiento del daño).

Sin embargo debe remarcar que este efecto no sucederá sólo en las «causas de exclusión del injusto» sino en *todas* las causas de justificación. Desde esta perspectiva pienso que es incorrecto realizar la separación que efectúa Gunther entre causas de justificación generales y específicas. Todas son «específicas», pues todas se limitan a eximir de responsabilidad penal, ya que el juez penal se limita a afirmar que no procede una responsabilidad civil *derivada de delito*. Pero desde luego no niega que esta pueda surgir si se cumplen otros presupuestos —responsabilidad extracontractual (art. 1902 Código Civil), responsabilidad objetiva de la Administración (art. 139 LRJAPAC)— que no han sido examinados por el juez penal. (21)

Por ello, pienso que le asiste razón de nuevo a Díez Ripollés (1991:768) cuando afirma que *todo* juicio de antijuridicidad es un juicio penal ya que «En ningún momento durante todo el proceso acabado de describir, ni en el tipo ni en la antijuridicidad, se ha pretendido hacer una valoración de la conducta desde todos los puntos de vista susceptibles de ser tomados en consideración por el Derecho, ni siquiera desde todos los puntos de vista a los que atiende el derecho penal».

El que ello haya originado el surgimiento de una categoría especial —por lo menos basándose en esta razón— es debido a lo equívoco o falso de la premisa mayor, esto es, que un acto amparado en una causa de

(20) Pensemos también que en ocasiones la *pretensión* que se dilucida es diversa. Así por ejemplo el tutor que en ejercicio del derecho de corrección realiza un resultado previsto en la falta de malos tratos (art. 617) a su pupilo puede ser justificado por el juez penal, si estos se ejercen en los límites del derecho de corrección (necesidad, adecuación y proporcionalidad). Pero ello no impide que en base a ello el pupilo recurra al juez civil con la pretensión de conseguir y consiga un cambio de tutor (por alguna causa del art. 244 del Código civil).

(21) He expuesto ejemplos referidos a las causas de justificación del estado de necesidad y de cumplimiento de un deber. Pero, ¿existe algún caso en que a pesar de declararse el comportamiento justificado por legítima defensa proceda responsabilidad civil al amparo de lo dispuesto en el art. 1902 del código civil? PANTALEÓN (1991:1995) es tajante al afirmar que no se deriva responsabilidad civil de la legítima defensa.

Sin embargo de todo el contexto (1991:1993-1994) puede deducirse que: a) no es necesario que el acto sea antijurídico para dar lugar a responsabilidad extracontractual; esto es, un acto lícito, justificado, puede también dar lugar a responsabilidad civil; b) el fundamento de la responsabilidad extracontractual es la existencia de un daño atribuible a culpa o negligencia; esto es, presupuestos distintos de los que examina el juez penal para declarar justificado el comportamiento. Si mi interpretación es adecuada es imaginable algún caso en que la provocación del que se defiende fuera considerada un comportamiento negligente pero no una provocación suficiente para eliminar la legítima defensa.

justificación elimina toda consecuencia jurídica en todos los sectores del ordenamiento jurídico.

Explicado el primer aspecto de que una causa de justificación no produce como efecto el eliminar toda consecuencia jurídica, si esta consecuencia jurídica ulterior obedece a un distinto fundamento, resta por explicar el por qué un comportamiento típico no autorizado por un permiso general proveniente del ordenamiento jurídico puede eventualmente no constituir un injusto penal.

Para explicar esta cuestión pienso que asiste razón a Günther al enfatizar que en la antijuridicidad no sólo se produce un juicio de adecuación del comportamiento a derecho sino además un juicio respecto a la afirmación o negación de un injusto agravado necesitado de pena.

Este segundo *criterio político-criminal* es el que explicaría el por qué a pesar de no existir una autorización con carácter general, esto no obstante, el comportamiento no es penalmente injusto. Ello no implica una tercera categoría, la acción es en efecto «lícita o ilícita», pero ello no requiere la existencia de un derecho o deber de otro sector del ordenamiento jurídico.

Esta operación tampoco requiere de la adición de causas especiales; más bien el juez y el intérprete la efectúan al fundamentar determinadas eximentes como causas de justificación en atención a las finalidades específicas del derecho penal: proteger los bienes jurídicos y declarar la ausencia de injusto del comportamiento que no se estime lesivo a éstos. (22)

De nuevo, el que en base a este motivo —introducción de criterios político-criminales— se haya originado una nueva categoría de causas de justificación responde quizás al equívoco de caracterizar las causas de justificación (a diferencia de las causas de inculpabilidad) con expresiones como «proviene del ordenamiento jurídico» (Roxin, 1994:496), son «previas» al derecho penal (Günther, 1992:201), están «reguladas de idéntica forma en todos los sectores del ordenamiento jurídico» (Günther, 1992:201), «no son una materia puramente jurídico-penal» (Roxin, 1987:234). Expresiones estas que han resultado ser tan problemáticas como el intento de caracterizar las causas de justificación por el hecho de producir efectos en todo el ordenamiento jurídico.

Estas afirmaciones representan en efecto una parte de la historia, permiten explicar aquellas causas de justificación basadas en la existencia de un permiso proveniente del ordenamiento jurídico. Pero corren el riesgo de descartar como causas de justificación aquellas en las que no es posible encontrar un derecho o permiso en el resto del

---

(22) Al respecto es de interés recordar la posición de GIMBERNAT (1976) quien manifestó que para que un comportamiento sea justificado no es necesario que salve un interés prevalente sino que basta que no sea socialmente disvalioso. Ello puede ser un *criterio penal* para declarar la licitud —autorización— distinto de que sea socialmente valiosa para que de lugar a un derecho o deber.

ordenamiento jurídico y a pesar de ello son tratadas como causas de justificación (23).

En este sentido el énfasis excesivo —producto del intento de diferenciar las causas de justificación de las causas de inculpabilidad— en la vinculación de las causas de justificación con los permisos o deberes del ordenamiento jurídico provoca el olvido de que las causas de justificación no son una mera recepción de permisos generales sino autorizaciones a actuar establecidas por el legislador penal y en este sentido no (sólo) «proviene de» sino que también surgen del derecho penal.

En esta línea, la introducción de criterios político-criminales en la fundamentación de las causas de justificación permite quizás solventar el antiguo problema de como *fundamentar la exención de pena* de aquellas acciones indudablemente típicas para las cuales no existe un derecho/deber de lesionar el bien jurídico pero que por otro lado su exención de pena no se debe a que la persona se halle en una situación de inmovilidad (24).

Este problema ha sido expuesto convincentemente en España por Bacigalupo (1986:1201) quien manifiesta la dificultad de clasificar situaciones intermedias entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad como el estado de necesidad en caso de bienes iguales, las indicaciones en el aborto y las excusas absolutorias. (25)

(23) Pienso que este aspecto permite comprender la polémica de que ha sido objeto el planteamiento de GIMBERNAT (1976:114) al manifestar que son causas de justificación aquellas en que el legislador penal renuncia a motivar la conducta con una sanción penal. Cuando se critica (CEREZO, 1987:72; 1990:25; 1991:20-22; HIRSCH, 1991:41; KÜPER, 1983:92) que GIMBERNAT acoge un criterio preventivo para diferenciar las causas de justificación de las causas de inculpabilidad ello parece basarse en que no hace referencia a un derecho o permiso proveniente del ordenamiento jurídico; de lo contrario la crítica sería incomprensible pues GIMBERNAT (1976:116-119) manifiesta que el legislador penal renuncia a motivar con una pena porque *no desvalora* estos comportamientos (criterio normativo).

(24) DÍEZ RIPOLLÉS (1991:743-747) ha manifestado que las causas de exclusión del injusto no son necesarias en un ordenamiento como el español que permite graduar el injusto con las eximentes incompletas y la atenuante analógica. En mi opinión sin embargo las causas de exclusión del injusto pudieran ser de utilidad para explicar el porque de la *exención* de la pena en aquellos casos en los que se afirma que no hay un derecho o permiso del ordenamiento jurídico y a pesar de ello el ordenamiento penal exime, y no sólo atenúa, de pena.

(25) Esto no obstante BACIGALUPO (1986:1200-1201) se aleja de la posición de GÜNTHER por dos razones: a) el hecho de que sea necesario respetar las finalidades de la pena o el principio de proporcionalidad no implica que ello deba ser tomado en consideración en la categoría de la antijuridicidad; b) ello sólo sería correcto si se llegase a la conclusión de que en estos supuestos no quiere ratificarse la norma infringida, de lo contrario si se pretende ratificar la norma vulnerada no debe excluirse la antijuridicidad ya que esta cumple precisamente la función preventiva de advertir al ciudadano cuales son los comportamientos prohibidos y permitidos. Por ello cuando exista una necesidad preventiva la solución estribará de acuerdo a BACIGALUPO (1989:464) en la creación de una categoría posterior a la antijuridicidad —que permita ratificar la norma— y previa a la culpabilidad —que permita fundamentar la exención de pena en motivos distintos que la imposibilidad de motivación—.

En este sentido el intento de Günther representa un nuevo esfuerzo de fundamentar determinadas eximentes (26) (p.ej. estado de necesidad en que colisionan bienes iguales) en los cuales existe una acción típica (no necesariamente insignificante); no hay por otro lado un derecho/deber de lesionar el bien ajeno; y por último la exención de responsabilidad no obedece a que la persona no pueda ser motivada por el derecho.

Este alcance interpretativo de los criterios de política criminal ha sido el más aceptado en España. «En efecto, la exclusión del injusto penal podría incluso llegar a concebirse como principio rector interpretativo de las causas de justificación en el ámbito jurídico penal (...)» (Silva, 1992:405; 1987:541). (27)

Si se admite que la categoría de la antijuridicidad es una categoría que cumple una función sistemática —valoración de todo el ordenamiento jurídico— y una función teleológica —declarar la existencia de un injusto que autorice la intervención penal— surgen dos últimas reflexiones.

La primera será discutir si es correcto que estos criterios de política criminal sean abordados en la categoría de la antijuridicidad o si debieran analizarse en otra categoría de la teoría del delito.

Esta fue precisamente la crítica que realizó originariamente Roxin (1985:195) a la posición de Günther acerca de la procedencia de introducir criterios de política criminal en la categoría de la antijuridicidad.

En opinión de Roxin la función de la antijuridicidad es diferenciar lo prohibido de lo permitido y expresar claramente que el comportamiento está prohibido (función unificadora). Por el contrario, las

La discusión pendiente es que comportamientos son comportamientos prohibidos y de ahí la necesidad de reafirmar la infracción de la norma con una declaración de antijuridicidad y cuales son autorizados y en consecuencia pueden ser declarados justificados sin perjudicar esta función preventiva.

(26) En este aspecto no es de temer que la admisión de causas de exclusión del injusto impliquen una inseguridad jurídica (RUDOLPHI, 1989) ya que ello puede evitarse como afirma GÜNTHER (1987) positivizándolas, o sencillamente proporcionando un fundamento a las eximentes ya existentes.

(27) SILVA (1992:404) parece considerar que ello implicaría una novedad respecto del planteamiento de GIMBERNAT quien ya distinguía en el ámbito de las causas de justificación entre aquellas que tienen una valoración positiva de aquellas que no. Así manifiesta que no tiene sentido desde perspectivas teleológicas distinguir dentro de lo no prohibido entre aquellos comportamientos positivos o indiferentes, pero «(...) sí tiene pleno sentido distinguir entre causas que eliminan la prohibición penal y causas que eliminan el carácter prohibido del hecho». Una reflexión más detallada permite observar que ambos aspectos están estrechamente conectados. Así es evidente que cuando Günther distingue, de acuerdo a perspectivas teleológicas, causas que eliminan el injusto penal está, con distintas palabras, expresando la categoría de los comportamientos «tolerados» propuesta por GIMBERNAT (1976). Es cierto que podría objetarse que para GÜNTHER eliminan «sólo» la antijuridicidad penal y para GIMBERNAT la antijuridicidad general, pero las consecuencias prácticas, esto es, que ambas son acciones justificadas y que no generan una obligación de tolerar, son idénticas.

consideraciones teleológicas, de acuerdo a los fines del derecho penal, deben quedar relegadas a la categoría de la responsabilidad. (28)

Esta crítica ha sido respondida por Gunther quien se pregunta si en efecto éste es el cometido de la antijuridicidad o si por el contrario ésta tiene la función de delimitar, de entre los comportamientos antijurídicos, aquellos más graves merecedores de pena (Günther, 1987:391). Ello no pone en peligro la función unificadora de la antijuridicidad ya que, como advierte Günther, tampoco todos los comportamientos antijurídicos se tipifican penalmente y ello no induce a error acerca de su carácter antijurídico.

En mi opinión la respuesta de Günther peca de imprecisión ya que como he destacado no es comparable la afirmación de la atipicidad de un comportamiento con la afirmación de su falta de antijuridicidad. La diferencia obedece a que se admite que la tipicidad es «una categoría autónoma de valoración jurídico penal» (Jescheck, 1978:442) —por razones de gravedad o por una finalidad específica— y por ello el hecho de que un comportamiento no sea típico no impide el que pueda constituir un ilícito civil o administrativo. Por el contrario el juicio de antijuridicidad —siempre que se admita que es un juicio de adecuación a derecho y no un mero juicio de necesidad de la pena— debe ser —si el objeto, pretensión y fundamento son los mismos— idéntico.

Y sin embargo tampoco parece adecuada la crítica de Roxin de que la categoría de la antijuridicidad no es el sitio idóneo para realizar las consideraciones teleológicas, y sí por el contrario la responsabilidad. En mi opinión esta crítica aparece como una *petitio principii*. Desde el momento en que se admite la conveniencia de construir un «sistema teleológico» (29), parece plausible razonar que las consideraciones de los fines específicos del derecho penal deben ser tomados en consideración en todas las categorías del delito.

Esta es por lo demás la opinión de numerosos autores en la doctrina quienes no dudan en manifestar que los fines del derecho penal deben encontrar expresión en todas las categorías y se muestran críticos respecto de los intentos de recluirlas en el seno de la culpabilidad o con el intento de crear una nueva categoría al respecto (Díez Ripollés, 1988:1087; 1991:782-785; Luzón, 1995b:202).

---

(28) La consecuencia que GÜNTHER deriva de que las causas de exclusión del injusto penal no producen obligación de tolerar y en consecuencia no eliminan la legítima defensa ha sido también criticada por ROXIN (1985).

(29) Sorprende la defensa y necesidad de un sistema «teleológico» y luego pretender reducir estas consideraciones a la categoría de la culpabilidad. Es cierto que los discípulos de ROXIN (véase SCHÜNEMANN, 1991:21) no se han mostrado tan críticos respecto de la posición de GÜNTHER como su maestro. Adicionalmente, como he expuesto anteriormente, ROXIN (1994:496) reconoce que pueden existir causas que excluyan exclusivamente el injusto penal. Lo que sucede es que en su opinión estas serán excepcionales porque normalmente las causas de justificación surgen en otros sectores del ordenamiento jurídico y rigen para el derecho penal.

La segunda y última reflexión es, admitido que los criterios de política criminal tienen incidencia en todas las categorías del delito se trataría de concretar cuales criterios de política criminal deben ser tomados en consideración. Al respecto se ha avanzado más bien poco desde que Roxin (1972:55) manifestó que la función teleológica de la antijuridicidad residía en la solución social de los conflictos. (30)

Es cierto que la concreción de los criterios de política criminal es ardua pero esta precisión es necesaria si se pretende conjurar el riesgo advertido por Díez Ripollés (1991:785-789) de que reducir los criterios político-criminales a cuestiones de necesidad o merecimiento de la pena pueden difuminar las categorías existentes actualmente en la teoría del delito. Por ello, de acuerdo a este autor, es conveniente que estos criterios político-criminales se concreten en atención a la función que cada categoría cumple en la teoría del delito.

También Bacigalupo (1986:1201) reclama esta concreción ya «que la cuestión no consiste tanto en saber en que categoría del delito debe tratarse el problema del merecimiento de pena, sino en las diversas configuraciones que este puede tener en cada categoría según las necesidades de la prevención». (31)

La discusión suscitada por Gunther permite, si mi análisis ha sido certero, extraer las siguientes consideraciones:

El primer aspecto destacable de la discusión es que se llama la atención sobre el hecho de que el juez penal siempre que declara un comportamiento justificado o antijurídico está realizando *una declaración de alcance penal* (Díez Ripollés, 1991:768). Este alcance limitado es debido a que aun cuando el objeto de valoración sea idéntico, lo habitual es que el fundamento de la pena, sanción administrativa y responsabilidad civil sea distinto. Por ello es incorrecto el intento de caracterizar a las causas de justificación como aquellas eximentes que producen el efecto de eliminar toda consecuencia jurídica.

El segundo aspecto es llamar la atención de que las causas de justificación no se limitan a dar entrada en el derecho penal de los permisos generales del ordenamiento jurídico sino que también son causas de justificación aquellas eximentes creadas por el derecho penal. La realización de este segundo juicio requiere la toma en consideración de *criterios político-criminales* debido a que la finalidad de la antijuridicidad no se agota en el examen de permisos provenientes del ordenamiento jurídico sino en delimitar un injusto merecedor de pena.

---

(30) Ha sido puesto de relieve por AMELUNG (1982:99) que esta función teleológica atribuida por ROXIN a la antijuridicidad es poco teleológica ya que la solución de conflictos es común a todos los ámbitos del derecho. Así de acuerdo a AMELUNG (1982:101) la función de las causas de justificación es decidir «(...) sobre el hecho de si una prohibición que ha sido establecida en algún punto del ordenamiento jurídico ha de ceder ante otras finalidades político-jurídicas» y pareciera que la función político criminal sería realizada por las causas de exclusión del injusto penal.

(31) Véase nota 25.

La introducción de criterios de política criminal —aun cuando éstos requieran de mayor precisión— permitiría eventualmente solventar el antiguo problema de como fundamentar la exención de pena de aquellas acciones indudablemente típicas para las cuales no existe un derecho/deber procedente de otro sector del ordenamiento jurídico de lesionar el bien jurídico pero cuya exención de pena no se debe a que la persona se halle en una situación de inmotivabilidad.

En mi opinión ello permitirá afirmar que la categoría de la antijuridicidad cumple una función sistemática —juicio normativo de adecuación de la conducta con el derecho— y una función teleológica —declarar la existencia de un injusto presupuesto de sanción penal—.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, K. (1982) «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin» en SCHUNEMANN, B. (comp) *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*. Madrid, Tecnos, 1991.
- ANTÓN ONECA, J. (1949) *Derecho penal*. 2.<sup>a</sup> ed, 1985, Madrid, Akal.
- BACIGALUPO, E. (1983) *Delito y punibilidad*. Madrid, Civitas.
- (1985) *Principios de derecho penal español. II El hecho punible*. Madrid, Akal.
- (1986) «Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad» en *La Ley*.
- (1989) «Unrechtsminderung und Tatverantwortung» en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Berlin.
- (1991) «Die Einwilligung des Verletzten im spanischen Strafrecht» en ESER, A.-PERRÓN, W. (Hrsg) (1991) *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg, Max Planck. Existe traducción en ESER, A.-GIMBERNAT, E.-PERRÓN, W. (comps) (1995) *Justificación y Exculpación en Derecho Penal*, Madrid, Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1994) *Manual de derecho penal. Parte General*. 4.<sup>a</sup> ed. puesta al día por H. Hormazábal, Barcelona, P.P.U.
- CEREZO MIR, J. (1987) «La regulación del estado de necesidad en el Código penal español» en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, N. X.
- (1990) *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. II Madrid, Tecnos.
- (1991) «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht» en ESER, A.-PERRÓN, W. (Hrsg) (1991) *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg, Max Planck; Existe traducción en ESER, A.-GIMBERNAT, E.-PERRÓN, W. (comps) (1995) *Justificación y Exculpación en Derecho Penal*, Madrid, Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales.
- (1994) *Curso de Derecho penal español. Parte General*. I. 4.<sup>a</sup> ed. Madrid, Tecnos.
- COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T.S. (1990) *Derecho Penal. Parte General*. 3.<sup>a</sup> ed, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CUERDA, A. (1990) «Sobre el concurso entre causas de justificación» en *ADPCP*; también en LUZÓN-MIR (eds) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (1988) «Recensión a Perrón, W. (1988) *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme*», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*.
- (1991) «La categoría de la antijuridicidad en derecho penal» en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo XLIV, fasc. III; también en LUZÓN-MIR (eds.) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.
- GIMBERNAT, E. (1976) «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad» en *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, Civitas.
- (1991) «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand; Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht» en ESER, A.-PERRÓN, W. (Hrsg) (1991) *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg, Max Planck; trad. en ESER, A.- GIMBERNAT, E.-PERRÓN, W. (comps) (1995) *Justificación y Exculpación en Derecho Penal*, Madrid, Universidad Complutense-Centro de Estudios Judiciales.
- GÜNTHER, H.L. (1983) *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschliessungsgründe*. Köln, Carl Heymanns Verlag.
- (1987) «Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem» en ESER, A.-FLETCHER, G. (Hrsg) (1987) *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*. 7/1. Freiburg, Max Planck.
- (1992) «Klasifikation der Rechtfertigung im Strafrecht» en *FS Spindel*; existe traducción en LUZÓN-MIR (eds.) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.
- HIRSCH, H.J. (1991) «Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht» en ESER, A.-PERRÓN, W. (Hrsg) (1991) *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Freiburg, Max Planck; trad. al italiano por G. Fornasari en *RIDPP*, 1991.
- JAKOBS, G. (1991) *Strafrecht A.T. Berlin*, Walter de Gruyter, 1993. 2.<sup>a</sup> ed.
- JESCHECK, H.H. (1978) *Tratado de Derecho penal. P.G.* Trad. Mir-Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981.
- KÜPER, W. (1983) «Der entschuldigende Notstand —ein Rechtfertigungsgrund? Bemerkungen zur kriminalpolitischen "Einheitstheorie" Gimbernat Ordeigs—» en *J.Z.*
- LAURENZO, P. (1990) *El aborto no punible*. Barcelona, Bosch.
- LUZÓN PEÑA, D.M. (1989) «El error sobre causas de justificación: algunas precisiones» en *Estudios Penales*, 1991, Barcelona, P.P.U.
- (1995a) «Causas de atipicidad y causas de justificación» en LUZÓN-MIR (eds.) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.
- (1995b) «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito» en LUZÓN-MIR (eds.) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.
- MIR (eds.) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.
- MAURACH, R. (1962) *Tratado de Derecho Penal*. Traducción y notas Juan Córdoba. Barcelona, Ariel.
- MIR PUIG, S. (1990) *Derecho Penal. Parte General*. 3.<sup>a</sup> ed, Barcelona, P.P.U.

- MUÑOZ CONDE, F. (1988) Recensión a Eser-Fletcher (1987) *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven*, en *CPC*.
- GARCÍA ARÁN, M. (1993) *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- PANTALEÓN, F. (1991) «Comentario al artículo 1902» en *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Madrid, Ministerio de Justicia.
- PERRÓN, W. (1995) «Principios estructurales de la justificación en los derechos penales español y alemán» en LUZÓN-MIR (eds.) (1995) *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, Aranzadi.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1982) «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad» en *Libro Homenaje a Antón Oneca*.
- ROXIN, C. (1972) *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Barcelona, Bosch.
- (1987) «Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen» en ESER, A.-FLETCHER, G. (1987) (Hrsg) *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*. 7/1. Freiburg, Max Planck; trad. al castellano por M. Polaino en *Cuadernos de Política Criminal*, 1992, n. 46.
- (1994) *Strafrecht*. A.T. München, C.H. Beck Verlag, 2.<sup>a</sup> ed.
- (1985) «Die notstandsähnliche Lage -ein Strafunrechtsausschliessungsgrund?» en *FS für D. Oehler*, Berlín.
- RUDOLPHI, H.J. (1989) «Rechtfertigung im Strafrecht» en *GS für Armin Kaufmann*.
- SCHÜNEMANN, B. (1991) «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal» en SCHÜNEMANN, B. (comp) *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*. Madrid, Tecnos.
- SILVA, J.M. (1987) «Recensión a Schünemann, B. Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. I Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre», en *ADPCP*.
- (1992) *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, Bosch.
- WELZEL, H. (1969) *Derecho Penal Alemán*. Traducción por Bustos-Yáñez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1976.

# «La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal»

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

Universidad Complutense de Madrid

## I. INTRODUCCIÓN. DROGAS Y DERECHO PENAL

Resulta innegable lo fructífero de la relación entre el Derecho penal y el «problema de la droga». La imposición de una determinada forma de actuación contra éste por parte de instancias internacionales (1), así como la *creación* de un clima de inseguridad ciudadana (2), que

---

(1) El salto cualitativo en la represión del tráfico de drogas se da con la Convención de la ONU de 1961, auspiciada por los Estados Unidos, que recomienda a los Estados miembros aumentar dicha represión penal del tráfico, elevando la cuantía de las penas y ampliando el número de sustancias sujetas a prohibición. Después, la Conferencia de Viena de 1987 amplifica aún más la exigencia de una respuesta represiva. Vid., Sobre ello, MUÑOZ CONDE/AUNION ACOSTA, «Drogas y Derecho penal», en DÍEZ RIPOLLÉS (Coord.) *La actual política criminal sobre drogas*, 1993, p. 573; y DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, 1989, pp. 11 y ss.

(2) Es indudable la influencia que los medios de comunicación ejercen para alentar actitudes viscerales de rechazo contra la droga y sus usuarios, así como el escaso interés de las instancias oficiales en aportar información veraz sobre la materia —con campañas al estilo de «Simplemente di no»— que promuevan un debate social exento de prejuicios sobre la droga y su problemática. Sobre las estrategias consistentes en la creación de una «determinada imagen de la realidad», vid. BARATTA, «Introducción a una sociología de la droga. Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias», en *Estudios penales en memoria del Profesor A. Fernández Albor*, 1989, p. 74; Cfr. también YOUNG, «Más allá del paradigma consensual: una crítica al funcionalismo de izquierda en la teoría de las comunicaciones de masas», *Poder y Control*, n.º 1, 1987, pp. 59 y ss., sobre la efectividad de los medios de comunicación para interpretar la realidad en orden a promover el consenso, dividiendo a los ciudadanos «por una parte en una mayoría de personas normales dotadas de libre arbitrio y por otra parte en una minoría de desviados, quienes están determinados por fuerzas ajenas a su control».

fomenta una imagen de las drogas como una amenaza para la normal convivencia de la sociedad (3) y exalta la exigencia de una respuesta inmediata y contundente, han hecho del Derecho penal el instrumento de control social por excelencia para combatirlo. Éste, atendiendo a dicha demanda, ha llevado al paroxismo sus funciones preventivo-generales (4) estableciendo penas draconianas y dotando a los tipos penales de listas interminables de agravantes; y ha ampliado desmesuradamente el ámbito de punición de las conductas relacionadas con el tráfico de sustancias prohibidas, difuminando los límites entre la autoría y la participación, penando actos meramente preparatorios y, en general, tipificando, mediante la técnica del peligro abstracto, delitos sin víctima. Esta sensibilidad del legislador frente al fenómeno de las drogas ha venido recibiendo duras críticas por parte de la doctrina, que la ha considerado atentatoria contra principios irrenunciables del Derecho penal que operan para limitar su intervención —legalidad, proporcionalidad, fragmentariedad—, al incorporar pautas propias de una *intervención máxima*, «hasta extremos que hacen poner en duda la racionalidad del sistema en su conjunto» (5).

La reforma producida en el Código Penal sobre esta materia con la Ley 1/1988 de 24 de marzo satisfizo con creces las pretensiones represivas de ciertos sectores de la sociedad y de la política internacional (6). A pesar de ello, apareciendo teóricamente (7) como un oasis preventivo-

(3) «Imagen que ... no está basada en datos objetivos sobre la auténtica realidad del fenómeno, sus dimensiones o los efectos que produce, sino en concepciones estereotipadas e irracionales, más destinadas a conmover que a informar y que, en consecuencia, tienden más a movilizar que a hacer pensar», GONZÁLEZ ZORRILLA, «Drogas y control social», Poder y Control, n.º 2, 1987, p. 49.

(4) La «finalidad de fortalecer la función de prevención general que cabe a las normas sancionadoras» es reconocida expresamente en el Preámbulo de la Ley 1/1988 de 24 de marzo de reforma penal sobre el tráfico ilegal de drogas.

(5) Contra la política criminal represiva seguida en la actualidad se han manifestado, entre otros, BARATTA, «Introducción...», cit., pp. 83 y 84; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «¿Qué resuelve la reciente reforma del Código Penal en materia de drogas?», en Estudios penales en memoria del Profesor A. Fernández Albor, cit., p. 22; Díez RIPOLLÉS, «Los delitos...», cit., pp. 54 y ss., pp. 126 y ss. GONZÁLEZ ZORRILLA, «Drogas...», cit., p. 59; PRIETO RODRÍGUEZ, «En torno a la Ley Orgánica de 24 de marzo de reforma del Código Penal sobre tráfico de drogas», Actualidad Penal, n.º 47, 1988. Vid. También la «Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas», en Díez RIPOLLÉS (Coord.), «La actual política...», cit., pp. 625 y ss., y la larga lista de adhesiones a sus postulados.

(6) Hasta el punto de ser calificada por algunos autores como «contrareforma», respecto a los —tímidamente— aperturistas intentos de reforma del Código Penal anteriores. Vid. Sobre ello los autores y obras citados en la nota anterior.

(7) Si bien GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión condicional y drogodependencia», en Comentarios a la Legislación penal, dirigidos por COBO DEL ROSAL, Tomo XII, 1990, p. 29, manifiesta certeramente que las limitaciones y trabas que frente a los propios fines que la medida perseguía imponía su regulación, suponían pensar que «lo que se quería presentar como cobertura ideológica «blanda» de la exasperación penal en materia de tráfico de drogas acaba descubriendo su auténtica naturaleza: la de contribuir, *también en esta materia*, a endurecer las condiciones actualmente vigentes y ser, por tanto, perfectamente congruente con la «ilusión represiva» que anima al conjunto de la Ley 1/1988, de 24 de marzo» (comillas y cursivas en el original).

especial en el desierto represivo de dicha ley, con la misma se introduce por primera vez en nuestra legislación la figura de la suspensión condicional de la pena para drogodependientes, institución orientada a mitigar las consecuencias (8) que la escalada represiva había generado en el ámbito de las prisiones —aumento inusitado del número de reclusos, elevación del índice de enfermedades de transmisión sexual— y a enfrentarse a la evidencia de que el medio cerrado de la prisión era absolutamente inidóneo para la deshabitación de los drogodependientes (9). Al igual que el conjunto de la Ley de 1988, la regulación de la suspensión que ésta contemplaba fue de cualquier forma puesta en tela de juicio por el conjunto de la doctrina, ya no sólo en cuanto a sus deficiencias técnicas, sino sobre todo debido a los condicionamientos y estrictos límites impuestos para su aplicación —debidos quizá a la preocupación del legislador por rodear a esta alternativa de las «suficientes garantías a

---

(8) Hay otras consecuencias, otros *efectos secundarios* de la prohibición. El fomento de la creación de grandes organizaciones criminales —verdaderos beneficiarios de la prohibición—; el aumento en la marginación y exclusión de los sectores sociales más deprimidos, sobre quienes de forma más incisiva recae el aparato represivo; la identificación creada entre droga y delincuencia, proporcionando a las instancias de control el marco de legitimación para incrementar los medios policiales y poner a un mayor número de ciudadanos bajo sospecha, establecer leyes que rozan —cuando no vulneran flagrantemente— la inconstitucionalidad, justificar la construcción de más cárceles, y todo ello con la aprobación y el *consenso* de la sociedad, desprotegida frente al *Monstruo* de la droga, son sólo algunos de ellos. Puede afirmarse sin lugar a dudas, que la represión penal, en orden a la consecución de los pretendidos fines que justificaron su aplicación, ha fracasado. Aunque es preciso resaltar que a estos *fines* subyacen otra serie de *funciones* que la prohibición de sustancias, y su mecanismo represivo, sí cumple, lo que obliga, como algunos autores han puesto de manifiesto, a relativizar la afirmación de tal fracaso Vid., sobre esto último, BARATTA, «Introducción...», cit., *passim*, especialmente p. 87. Sobre «efectos secundarios» y costes sociales de la prohibición, vid., BARATTA, *Ibid.*; EL MISMO, «Fundamentos ideológicos de la actual política criminal sobre drogas», en DIEZ RIPOLLÉS (Coord.), cit., pp. 21 y ss.; GONZÁLEZ ZORRILLA, «Drogas...», cit., pp. 56 y ss.; BARNETT, «Una cura para la adicción a la legislación antinarcóticos. Efectos secundarios nocivos de la prohibición legal», en Tráfico y consumo de drogas. Consecuencias de su control por el gobierno», 1990, pp. 91 a 124, *passim*.

(9) Cfr. GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión condicional...», cit., p. 7: «El hacinamiento y la degradación de la vida en la cárcel ha tenido como una de sus manifestaciones más notables el aumento del consumo de drogas en su interior. Si a ello añadimos la aparición de enfermedades como el SIDA, asociadas a ese consumo y a la promiscuidad generadas por la prisión, es fácil comprender que la ya difusa desconfianza en la capacidad rehabilitadora de la cárcel se haya convertido en franco rechazo cuando se trata de reclusos drogodependientes.» Vid. también, REY HUIDOBRO, «El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas en primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a)», en Comentarios a la Legislación penal, tomo cit., pp. 272-273. No puede sorprender la influencia de la prohibición de la droga en relación a dichos problemas de desbordamiento de las infraestructuras penitenciarias si se tiene en cuenta, como afirma LABARTA Y FERRER, «Los proyectos de ley sobre reforma de Código Penal en materia de tráfico de drogas y sobre la creación de una fiscalía especial con tal ámbito de acción: informe», Actualidad Penal, n.º 49, 1987, que «alrededor de las tres cuartas partes de delitos que se cometen en nuestro país tienen, como causa o motivo, la droga».

fin de salvaguardar, por un lado, los fines preventivo generales (...) y de evitar, por otra parte, un uso fraudulento de la disposición legal que permita su aplicación a supuestos distintos de los realmente queridos» (10)—, que determinaban en la mayoría de los casos la práctica inaplicabilidad del beneficio, subvirtiéndose así los fines que estaba llamada a realizar (11).

## II. LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA PARA DROGODEPENDIENTES

En materia de tráfico de sustancias ilícitas, el Código Penal de 1995 pretende hacer conciliable el imposible binomio «más represión—más prevención especial». Ajeno a las críticas vertidas por la doctrina, ya mencionadas, y a las crecientes tendencias internacionales, incluso desde instancias oficiales (12), que van rindiéndose a la realidad del fracaso de una política fundamentalmente represiva para combatir el tráfico de drogas, procede no sólo a aumentar las ya desmesuradas penas privativas del libertad, sino que además tipifica nuevas conductas (artículo 371) y aumenta el número de agravantes específicas (artículo 369, números 7.º y 8.º). Junto a ello, mantiene la figura de la suspensión condicional de la pena para drogodependientes en su artículo 87. Aunque su regulación no varía sustancialmente con respecto a la introducida en 1988, se producen ciertas modificaciones concretas en puntos aparentemente esenciales, aviniéndose así a asumir algunas de las objeciones planteadas por los autores, modificaciones que, unidas a la introducción de una nueva atenuante directamente relacionada con la

---

(10) Preámbulo de la Ley de 1988. Como afirma MAQUEDA, «Observaciones críticas a algunos de los aspectos de la reciente reforma sobre drogas (Ley Orgánica 1/1988, 24 de marzo) «Actualidad Penal, n.º 44, 1988, p. 2286, dichas limitaciones no debieran «extrañar si se repara en el recelo que necesariamente deben sentir nuestros poderes públicos a ofrecer soluciones que son concebidas como promesas de —supuesta— impunidad, a los autores de delitos frente a los que se ha orquestado, en los últimos años, toda una febril campaña de inseguridad ciudadana que, en buena lógica, reclama su indiscriminada represión que, naturalmente se entiende que debe pasar por la ejecución de sus penas en prisión».

(11) Si éstos consisten básicamente en proporcionar al drogodependiente los medios necesarios para deshabituarse fuera del ámbito carcelario, los requisitos de concesión permitan el uso de la suspensión en un número muy reducido de casos, y las causas de revocación, más los requisitos exigidos para otorgar la remisión, devolvían a la prisión a quienes pudieran haberla obtenido. El estudio de dichos límites y requisitos será realizado a lo largo del presente estudio, unos como contraste frente a las modificaciones del nuevo Código penal, otros por cuanto no han sido modificados. Por ello mismo, remito a posteriores notas para la mención de la bibliografía que se ha ocupado del análisis del extinto 93 bis.

(12) Vid. REY HUIDOBRO, «El delito...» ,cit., p. 395, quien cita las Recomendaciones del Consejo de Europa y la Conferencia internacional sobre la política en materia de drogas en Europa occidental, celebrada en Tilburg, Holanda, en 1988.

problemática de la tóxicodependencia (13), podrían permitir afirmar como «posible que (...) pueda producir en la práctica efectos de reinserción social» (14). Antes de emitir un juicio sobre ello se hace necesario un análisis del nuevo artículo 87.

## 1. Requisitos para su aplicación

### a. Satisfacción de responsabilidades civiles

Se dice al comienzo del precepto que la suspensión podrá ser acordada aun cuando no concurren las condiciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> previstas en el artículo 81», que regula las condiciones de otorgamiento de la suspensión que podríamos denominar «genérica». Dichas condiciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, referidas a la exigencia de primariedad en la comisión de delitos y al límite de dos años de la pena impuesta, son sustituidas para la suspensión de la pena de hechos delictivos cometidos por drogodependientes por el requisito de la no habitualidad y por la elevación en un año de la pena susceptible de ser suspendida, respectivamente. Permanece pues como exigencia común a ambas modalidades el «que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubiesen originado», lo que no aparecía contemplado en el Código anterior, ni en el Proyecto de 1994 (15). La contradicción de dicha exigencia con los fines de prevención especial, que debe atender primordialmente a las características personales del delincuente (16), y la subordinación de la suspensión condicional a las posibilidades económicas del sujeto que ello supondría, de todo punto rechazable (17), se ven relativizadas por la posibilidad de revocar tal requisito, declarando «la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas». Debe tenerse en cuenta, por un lado, que en la mayoría de los casos los destinatarios de la medida alternativa

---

(13) Concretamente la contemplada en el artículo 21, 2.º: «Son circunstancias atenuantes:...2.º La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias citadas mencionadas en el número 2.º del artículo anterior».

(14) Así de optimistas se muestran BERDUGO/FERRÉ/SERRANO. Manual de Derecho penal, Parte General III, 1994, p. 51, refiriéndose al Proyecto de 1994.

(15) Sí, en cambio, en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, para la suspensión del fallo.

(16) Como afirma DE LEÓN VILLALBA, «Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1994, Tomo III, p. 132, «debemos acudir a la naturaleza de la institución (scil: la suspensión condicional) para señalar que la finalidad buscada es la evitación de los males derivados de la ejecución de la pena y no la reparación del daño causado».

(17) «Cfr. GARCÍA ARÁN, en Alternativas a la prisión. DE SOLA DUEÑAS/GARCÍA ARÁN/HORMAZÁBAL MALARÉE, 1986, p. 51.

serán drogodependientes que habrán delinquido con el fin de «subvenir a su situación de tóxicodependencia» (18), por lo que sus escasos recursos económicos harán de dicha declaración de imposibilidad lo habitual. Por otro lado, la exigencia de satisfacción de las responsabilidades civiles podría dificultar el sometimiento del drogodependiente a tratamiento en centros privados (19).

#### b. *Comisión del delito a causa de la dependencia de las drogas*

El artículo 87 remite al 20.2.º para determinar las sustancias por cuya dependencia ha de haberse cometido el delito. Éste incluye las «bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos». En primer lugar, ha de destacarse la inclusión expresa de la dependencia a bebidas alcohólicas, ampliándose así el marco de las conductas delictivas cuyas penas puedan ser suspendidas (20).

El delito ha de haber sido cometido *a causa* de la dependencia del sujeto a las sustancias anteriores. Viene a modificarse así la tan conflictiva expresión anterior «por motivo», modificación puramente estilística que nada varía. Cabe continuar afirmándose, con López Barja, que «la cuestión no puede estar redactada en términos menos técnicos» (21). A la hora de interpretar dicha expresión —y la interpretación que se quiera a una no se distanciará de la que habrá de darse a la actual— pueden darse varias posibilidades. En primer lugar, una interpretación restrictiva identificaría la redacción del artículo 87 con la expresión «*bajo los efectos*», lo que implicaría la exigencia de que el sujeto se hallara en el

(18) Según el Preámbulo de la L.O. 1/1988.

(19) Algo que, dadas las listas de espera y el colapso generalizado de los centros públicos de asistencia a toxicómanos, no será infrecuente. Vid, sobre ello, MORO BENITO, «Resignación social y tratamiento de los drogadicitos», *La Ley*, 1987, pp. 888 y 889; y LABARTA Y FERRER, «Los proyectos...», cit., p. 2315. Vid., más sobre ello, infra, p. 10, y nota 50. Por poner sólo un ejemplo de la ausencia de centros asistenciales, decir que hasta comienzos de 1996 sólo existían en la Comunidad de Madrid 950 plazas para tratamiento con metadona para toxicómanos, cuando la demanda potencial para dicho tratamiento ronda los 4.000 o 5.000 usuarios. Información recogida en EL PAÍS, martes 2 de abril de 1996, p. 3 de la sección de Madrid.

(20) La inclusión de las bebidas alcohólicas en el ámbito de la suspensión condicional *para drogodependientes* había venido siendo solicitado por un amplio sector doctrinal, por cuanto resultaba incoherente la distinción en esta materia entre drogas lícitas e ilícitas, y por ser además habitual en la legislación comparada. Cfr. GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión condicional...» cit., pp. 14-15; y la Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas, cit., p. 631.

(21) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en Comentarios al Código Penal, VV.AA., Akal, 1990, p. 239. Otras opciones han sido propuestas. Así, la Propuesta alternativa..., cit., p. 631: «por razón de su dependencia»; o la enmienda n.º 8 del Grupo Mixto —Congreso— al Proyecto de 1992: «bajo los efectos», citada por DE LEÓN VILLALABA, «Suspensión...» cit., p. 144, nota 96.

momento de cometer el delito en estado de inimputabilidad, o en un grado de imputabilidad disminuido. Pero la expresión «a causa de su dependencia» puede también interpretarse —y éste es el criterio seguido por la mayoría de los autores, con respecto a la regulación del antiguo artículo 93 bis— a la luz del Preámbulo de la Ley de 1988, en el que se decía que la suspensión iba dirigida al «drogodependiente que incurre en la comisión de algún hecho delictivo como medio de subvenir a su situación de tóxicodependencia», exigiéndose así una relación de medio —hecho delictivo— causa —situación de drogodependencia— fin —obtención de la droga— (22).

Considero que una interpretación amplia, que incluiría ambas opciones interpretativas (23), resulta más realista con la realidad socio-económica relacionada con estos hechos. La inclusión de las bebidas alcohólicas —droga *legal* por excelencia— dentro de las posibles sustancias a que puede estar sujeta la dependencia del individuo obliga a incluir la primera opción —casos en los que se da una disminución de las capacidades volitivo-intelectivas por estar bajo los efectos de una droga—, que había sido negada, en base a la anterior regulación, por algún sector doctrinal (24).

De cualquier forma, y aunque en base a la anterior exégesis puedan incluirse la mayoría de los casos en los que se da la relación drogodependencia-delito, estimo que cabe una interpretación *aún más* amplia

(22) Así, FERNÁNDEZ DEL TORCO/SOLA RECHE, «La suspensión condicional de la condena del toxicómano delinuyente», Poder Judicial, n.º 15, 1989, p. 106, quienes aceptan esta opción como única posibilidad, contrariamente a otros autores, que incluyen tanto ésta como la primera citada en el texto: Cfr., entre otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Comentarios, cit., pp. 239-240; SOTO NIETO, El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando, 1989, p. 165.

(23) GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., pp. 6 y 16, considera la unión de ambas interpretaciones como restrictiva, y «además de suponer una indeseable nueva reducción del marco de aplicación del precepto, podría resultar gravemente injusta». Fundamenta su crítica aduciendo que la Ley consagra con esta limitación una discriminación entre el «delincuente-toxicómano» —perteneciente a los estratos más bajos de la sociedad— y el «toxicómano-delincuente» —perteneciente a la clase media acomodada, según las imágenes sociales—, viéndose desfavorecido el primero. Creo injustificado el temor a desfavorecer a los ya económicamente desfavorecidos con la interpretación relativa a la comisión como medio de hacer frente a su dependencia, puesto que en la mayoría de los casos serán aquéllos los que con este fin se vean avocados a la delincuencia. Sí comparto con su planteamiento, de cualquier forma, la idoneidad de una interpretación *aún más* amplia, como a continuación se expone en el texto. Cfr., sobre lo anterior, PRIETO RODRÍGUEZ, «En torno a la Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988 de reforma del Código Penal sobre tráfico de drogas», Actualidad Penal, n.º 47, 1988, p. 2419: «La drogodependencia —intoxicación crónica— no es causa directa de la delincuencia, aunque pueda conducir a ella de manera funcional (carencia de medios y compulsión al consumo de droga). Esta delincuencia funcional es difícilmente imaginable en ambientes no marginales, en sujetos con niveles económicos acomodados, en niveles intelectuales elevados por más que los mismos sean adictos».

(24) FERNÁNDEZ DEL TORCO/SOLA RECHE, «La suspensión...», cit., p. 105-106; VALMAÑA OCHAÍTA, Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español, 1990, p. 92.

del precepto, de forma que puedan incluirse en el beneficio de la suspensión los hechos delictivos cometidos por drogodependientes que se den en «el seno de una realidad de la que dicha situación forme parte» (25), y que pueden resultar excluidos en base a la interpretación anterior (26). Esta interpretación sería la más «congruente con el propósito político-criminal de evitar la entrada en prisión de los drogodependientes y con la necesidad de no aumentar la desigualdad social» (27).

Requisito esencial para la concesión de la figura en estudio es la condición de toxicómano del sujeto, por lo que continuarán dándose idénticos problemas en lo relativo a la concreción del concepto de «toxicomanía» (28). Desaparece en la regulación del nuevo Código la referencia expresa a la necesidad de prueba de dicha situación de drogodependencia, así como la de que el delito hubiera sido cometido a causa de ella, en la sentencia condenatoria. Dicha desaparición —coherente en cuanto resultaba redundante— no implica que no deban de ser acreditadas tales circunstancias. En otras palabras, será «imposible plantear la aplicación de este beneficio extraordinario si no se declara expresamente en la sentencia la relación entre el delito y la dependencia de

(25) GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., p. 17.

(26) Sin ánimo casuístico, pueden citarse algunas conductas que cabría entender realizadas *a causa* de la situación de dependencia del individuo y que serían de difícil inclusión en la interpretación que hemos llamado «amplia». Así, por ejemplo, el abandono de un menor de edad por un padre toxicómano, castigado con una pena de prisión de 18 meses a 3 años en el artículo 229 del Código; o el quebrantamiento de condena o la fuga de prisión, castigado con una pena de 1 a 4 años (artículo 469); o, por último, la no presentación o el retraso por más de un mes en el cumplimiento del Servicio militar, penado con un máximo de dos años de prisión. Cabe alegar contra esta postura que ya existe otra modalidad de suspensión condicional, aplicable a algunos de estos casos, pero las condiciones más estrictas para su concesión —penas de hasta 2 años, primariedad delictiva— harán, especialmente en casos de drogodependientes, esta posibilidad impracticable. Como más adelante pondré de manifiesto, la utilización de las dos formas de suspensión habrá de ser realizada de forma alternativa, aplicando en cada caso la que resulte más beneficiosa para el reo.

(27) GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., p. 17; En similar sentido, la Propuesta alternativa..., cit. p. 631.

(28) Resalta la continuidad de dichos problemas DE LEÓN VILLALBA, «Suspensión...», cit., p. 144, con respecto al Proyecto de 1994. La duda se suscita en cuanto a si en tal concepción de toxicomanía debe incluirse sólo una dependencia física o se acepta también una —difusa— dependencia psíquica; en cuanto a qué sustancias provocan esa dependencia, etc. Vid., sobre ello, DEL ROSAL BLASCO, «El tratamiento de los toxicómanos en las instituciones penitenciarias», en La problemática de la droga en España, Edersa, 1986, pp. 257 y ss. También FERNÁNDEZ DEL TORCO/SOLA RECHE, «La suspensión...», cit., p. 105, quienes afirman que la exigencia de deshabitación o de estar sometido a tratamiento excluye la aplicación del beneficio al consumidor ocasional. Por ello, «quien cometiese el hecho delictivo bajo los efectos de las sustancias reseñadas, por intoxicación aguda no habitual, no podría ser incluido en este supuesto». Advierten también que «no es drogodependiente quien haciendo consumo habitual de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, no hubiera generado dependencia de las mismas».

sustancias tóxicas» (29). «Es recomendable, por ello, que en las conclusiones provisionales y en las definitivas se realice una petición expresa al respecto, con la finalidad de que el Tribunal se pronuncie, en su caso, sobre esta cuestión.» (30)

### c. *Penas privativas del libertad inferiores a tres años*

Se modifica el límite de penas a las que puede aplicarse la suspensión para drogodependientes, elevándose hasta tres años. El límite anterior de 2 años había sido sometido a una incisiva crítica por parte de la doctrina, por cuanto, puesto en relación con las penas asignadas a los delitos más comúnmente cometidos por toxicómanos, suponía una excesiva limitación de las posibilidades de aplicación del beneficio (31). Es pues, loable el gesto aperturista del legislador, puesto que supondrá, en principio, una ampliación en la aplicación de la medida. Para comprobar si esto es así, es preciso contrastarlo con las penas que el nuevo texto punitivo impone a determinados delitos, así como a sus posibilidades de atenuación. Como suele venir haciéndose en este punto, me limitaré al análisis de las dos figuras delictivas que abarcan prácticamente la totalidad de la delincuencia de los sujetos que delinquen a causa de su drogodependencia: el robo y los delitos de tráfico de drogas (32).

En principio, será posible aplicar la suspensión sin necesidad de circunstancias atenuantes, al robo con fuerza en las cosas en su modalidad básica, cuya pena es de 1 a 3 años (art. 240). Si fuera cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus

---

(29) QUINTERO OLIVARES, Curso de Derecho penal. Parte General (Acorde con el nuevo Código Penal de 1995), 1996, p. 518.

(30) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «Comentarios...» cit., p. 240, refiriéndose a problemas de derecho transitorio tras la entrada en vigor del artículo 93 bis.

(31) De «irrisorio» lo calificaba MAQUEDA, «Observaciones...» cit., p. 2287; LABARTA FERRER, op. cit., p. 2316, consideraba que dicha limitación hacía «ab initio», obsoleta la Ley, lo que bordearía «si no fuera por la enorme seriedad del problema que se pretende afrontar, el ridículo»; Cfr. También GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., p. 17, que consideraba este punto el más criticado por la doctrina; y VALMAÑA, op. cit., pp. 98-99. Esta autora, a pesar de hacer constar la ineffectividad que la relación del límite citado con las penas de los delitos más habituales podía suponer, estimaba el límite de 2 años, «en abstracto», más adecuado, por considerarlo —citando a JESCHECK— «un punto de equilibrio entre la prevención general y la prevención especial». En el mismo sentido, recogiendo también la cita del autor alemán, FERNÁNDEZ DEL TORCO/SOLA RECHE, op. cit., p. 107. Otros, en cambio, consideran la ampliación a 3 años que introduce el nuevo texto legal «inexplicable». Así, en el «Anteproyecto...» del CGPJ, cit.

(32) Cfr., aparte de los autores citados en la nota anterior, BAÑÓN/MARTÍNEZ SÁNCHEZ/LUNA MALDONADO, «Problemas médico-legales en la valoración del síndrome de abstinencia. Estudio de 50 sentencias judiciales», Cuadernos de Política Criminal, 1987, p. 157, donde se afirma que los delitos más frecuentes los constituyen los delitos contra la propiedad, en un 85%, y a continuación los de tráfico de drogas.

dependencias —circunstancia habitual en la práctica— (33), o cuando concorra alguno de los supuestos del artículo 235, la pena a aplicar será de 2 a 5 años, pena que podría quedar reducida a un marco de 1 a 2 años si se diera alguna circunstancia atenuante (34), y siempre que no concurrieran circunstancias agravantes. Las penas se elevan en los casos de robo con violencia o intimidación en las personas: 2 a 5 años el tipo básico, aumentándose en 5 a 7 años y medio en caso de uso de armas u otros medios igualmente peligrosos (art. 242) —situación ciertamente común—. Si concurre una atenuante, la pena será reducida a su mitad inferior, es decir, de 2 años y 6 meses a 5 años, quedando un escaso margen para la concesión de la suspensión.

Si bien, como ya fue mencionado, el nuevo Código eleva las penas relativas al tráfico de drogas, disminuye en un año el margen diferencial entre el tráfico de sustancias que causen grave daño a la salud y el relacionado con los demás casos. Así, establece una pena de privación de libertad de 3 a 9 años si se trafica con sustancias incluidas en el primer supuesto, y de 1 a 3 años si no fuera así. Parece que el legislador hubiera querido igualar el límite mínimo de pena imponible al tráfico de sustancias graves al límite máximo previsto para suspender la pena, en aras de posibilitar dicho beneficio al «traficante-adicto» (35), figura para la cual, a juicio de Díez Ripollés, debiera estar pensada fundamentalmente la suspensión condicional para drogodependientes (36),

(33) Según lo manifiesta LABARTA Y FERRER, op. cit., p. 2316.

(34) Previsiblemente, en estos casos, la que recoge el artículo 21,2.º —«actuar el culpable a causa de su grave adicción»— esta disposición plantea algunas dudas interpretativas, en lo referente a su relación con la eventual aplicación de la suspensión condicional para drogodependientes. En primer lugar, ¿ha de entenderse lo mismo por «grave adicción» que por «dependencia»? Entendida la dependencia como adicción —excluido el consumo ocasional—, y dados los problemas de concreción que el mismo concepto de «adicción» plantea, resulta un ejercicio demasiado sutil —y por ello irrealizable— delimitar una gradación relativa a la mayor o menor gravedad de la dependencia. Por otro lado, nótese que la redacción dada a la circunstancia atenuante —*a causa de*— es idéntica a la exigencia impuesta para la concesión de la suspensión. La cuestión que surge es la de si en todos los casos en los que se dé la condición requerida para la concesión —cometer el delito a causa de la dependencia del sujeto—, entendida ésta en base a una interpretación amplia como la aquí defendida (vid. supra, páginas 7 y 8, y nota 26), será también de aplicación la circunstancia atenuante n.º 2 del artículo 21. Sólo si es así, podría hablarse de una verdadera ampliación de las posibilidades de aplicación —en lo relativo al requisito de que las penas impuestas sean inferiores a 3 años— de la regulación de la suspensión para drogodependientes.

(35) Previsión que no aparecía en el Proyecto de 1994, cuyas penas iban de 4 a 8 años para el tráfico de sustancias que causen grave daño a la salud, y de 1 a 4 años para los demás casos (art. 345 del Proyecto), siendo de 3 años el límite de penas suspendibles. Por ello, no consigo ver la «rebaja importante de las penas» que, en relación a la figura del traficante-consumidor realiza dicho Proyecto, que permita que «sean perfectamente subsumibles en el marco de la suspensión condicional», que menciona DE LEÓN VILLALBA, op. cit., p. 147.

(36) Y «a la que se alude primordialmente en los documentos internacionales cuando se proponen los sustitutos». Vid., Díez Ripollés, «Los delitos...», cit., p. 116.

y que resultaba completamente desatendida en la legislación penal anterior (37).

La pena relativa al tráfico con sustancias que no sean consideradas graves no revestirá problemas para ser objeto de suspensión. Y, siempre que no concurra alguna de las numerosas agravantes específicas previstas en el artículo 369, también el tráfico de sustancias graves —situación más habitual, por estar normalmente el sujeto enganchado a las mismas sustancias y por resultar éstas mucho más caras en el mercado negro—, podrá —si bien muy limitadamente, por cuanto habría de imponerse al sujeto la mínima pena posible— ser subsumido en el marco de penas que requiere la regulación del beneficio. Puede decirse, a modo de conclusión, que en lo relativo a las penas suspendibles en función de su duración, aún cuando se opera con la nueva legislación una ampliación de su eventual aplicabilidad, se mantienen unos márgenes excesivamente prudenciales y limitadores (38), de manera que sólo una interpretación extensiva de la atenuante 21 n.º 2 (39), y una actitud favorable a la aplicación de la medida por parte de los Jueces (40) —tan receptivos en ocasiones a la «alarma social»— quienes, según al artículo 66, individualizarán la pena imponiendo la extensión *adecuada a las circunstancias personales del delincuente* y a la mayor o menor gravedad del hecho, permitirá que la suspensión condicional para drogodependientes sirva a los fines que está llamada a cumplir.

---

(37) Vid. PRIETO RODRÍGUEZ, «En torno...», cit., p. 2418: «La Ley de reforma penal de 1988 olvida por completo la hipótesis del tráfico-consumo, del traficante/adicto, tal vez porque introducir el tratamiento favorable que merece entorpecería el éxito de la postura represiva que representa». También GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., pp. 18-19.

(38) Quizá no tanto en lo relativo al nuevo límite de 3 años —abstractamente amplio, en lo concerniente a consideraciones preventivo-generales— sino en cuanto a su puesta en relación con las elevadas penas contempladas para los delitos analizados en el texto. Así, DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 117, referido a los delitos de tráfico de drogas. De cualquier forma, es preciso decir que se han elevado voces favorables a una elevación del límite previsto para la suspensión de la pena por encima de los 3 años: la Propuesta alternativa... op. cit., p. 631 propone un límite de 5 años. Más lejos llega algún sector parlamentario: la enmienda n.º 18 del Grupo Mixto al Proyecto de 1992 (Sr. Antonio Moreno) quiere un límite de 6 años. (Citado por DE LEÓN VILLALBA, op. cit., p. 147, nota n.º 104). Mencionar también que ya en 1982 el Proyecto alternativo a la Parte General del Código Penal del Grupo Comunista —redactado por los profesores MIR PUIG Y MUÑOZ CONDE— admitía la suspensión de penas de hasta 4 años. Vid. El P.A.P.G.C.P., Cuadernos de Política Criminal, 1982, pp. 241 y ss.

(39) Vid. supra nota 34.

(40) Como afirma MAQUEDA ABREU, «Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la “suspensión del fallo”», en III Jornadas penitenciarias andaluzas, 1988, p. 240, refiriéndose a instituciones afines a la suspensión, su aplicación efectiva «depende, sobre todo, de la *atracción que los órganos judiciales experimenten hacia su ejercicio*» (cursivas en el original).

d. *Que el condenado esté deshabitado o sometido a tratamiento*

Permanece inalterada la presencia de esta condición en el nuevo texto legal. En primer lugar, resulta paradójico que a un individuo que ya no es drogodependiente, en cuanto está deshabitado, se le aplique una medida penal alternativa que tiene por finalidad específica promover un tratamiento deshabitador fuera del ámbito carcelario. Como algún autor ha puesto de manifiesto, con ello «se está pensando en la tardanza de la administración de justicia, y pretende no privar de los beneficios de este sustitutivo penal a aquellos reos que, a la espera de juicio, han concluido con éxito un tratamiento deshabitador» (41). Ante esta afirmación, cabe preguntarse si no sería más adecuado aplicar a quienes ya están deshabitados el régimen general de suspensión previsto en los artículos 80 y ss.

La duda anterior nos introduce en la cuestión relativa al concurso que puede darse entre la suspensión que viene siendo estudiada y la citada suspensión condicional «genérica». A pesar de la referencia expresa que el artículo 87 hace de la situación de deshabitación, estimo que entre ambas figuras habría de darse una relación de alternatividad, pudiéndose aplicar, en los casos en que se vean cumplidos los requisitos necesarios para ambas, la medida más favorable al reo (42). Al margen de esto —y sin que suponga un decantamiento hacia una de las dos opciones— conviene poner de manifiesto que el artículo 87 no prevé otras medidas de vigilancia que no sean las vinculadas a las relaciones entre el juez y

---

(41) DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 118. Resulta difícil, de cualquier forma, encontrar dicha situación en la práctica, dado que la mayoría de los toxicómanos pasarán el tiempo que transcurra hasta su juicio en la prisión, debido a la utilización habitual de la prisión preventiva en los delitos relacionados con la drogodependencia. Y no es preciso incidir de nuevo en la dificultad de concluir con éxito un tratamiento deshabitador en su interior. Vid, *infra*, página 14, y nota 51, sobre el problema de la prisión preventiva en este ámbito.

(42) Así lo entiende DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 125, quien afirma que «en cualquier caso se deberá aplicar en su conjunto uno de los dos artículos, a tenor de cuál resulte más beneficioso o simplemente aplicable, sin poderse intercambiar requisitos de uno a otro». En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL TORCO/SOLA RECHE, op. cit., p. 103; y DE LEÓN VILLALBA, op. cit., p. 148, quien si bien afirma que si el sujeto no es drogodependiente, el juez podrá acudir únicamente al artículo 93 (actual 80), no se manifiesta en relación a los sujetos ya deshabitados. No es posible realizar aquí un análisis comparativo de ambas instituciones suspensivas, pero baste citar que la condición de primariedad delictiva y el límite a penas de 2 años harán sumamente difícil poder aplicar el régimen general a quienes hubieran sido drogodependientes; y la introducción de la posibilidad de imposición de tareas y obligaciones al reo, a cuyo cumplimiento se someterá el mantenimiento de la suspensión —aunque no en todos los casos— supondrán, de principio, mayores gravámenes para el mismo. Cfr, sobre la nueva regulación del régimen de suspensión —sobre los Proyectos de 1992 y 1994— DE LEÓN VILLALBA, op. cit., *passim*. Para una perspectiva crítica —que personalmente comparto— sobre ello, cfr. SERRANO PASCUAL, *Tapia*, enero-febrero 1996, pp. 67 a 70.

los centros asistenciales, en los que no se encontrará el deshabitado durante el tiempo de la suspensión, y que tampoco podrán aplicarse las dispuestas en la Ley de Condena Condicional de 1908 (43), expresamente derogada por la disposición derogatoria 1.º b) del Código penal de 1995.

Algunos autores han recalcado que la exigencia de estar deshabitado o sometido a tratamiento en el momento de la concesión de la suspensión implica la voluntariedad de someterse al tratamiento, que siempre ha de concurrir en medidas de esta naturaleza (44). Pero la escasez de plazas en los centros públicos asistenciales destinados a programas de deshabitación (45), y las elevadas sumas de dinero que en muchas ocasiones son necesarias para ingresar en centros privados, además de la renuencia de muchos de éstos a admitir toxicómanos con causas pendientes en los tribunales, impedirán en muchas ocasiones la concesión de la suspensión a quienes, a pesar de su voluntad favorable a tratamiento, no hubieran podido acceder a uno, produciéndose además una evidente discriminación, una vez más, hacia los más desfavorecidos económicamente, quienes tendrán que ser devueltos a la cárcel, perpetuándose así el círculo de la marginación (46). Para solucionar en parte esta grave consecuencia a que conduce el requisito de deshabitación o sometimiento a tratamiento previo, sería necesaria una interpretación del mismo más cercana a la realidad social, en la que primara la efectiva voluntad de deshabitación del sujeto, equiparando el hallarse sometido a tratamiento «con la voluntad o promesa del condenado de someterse al mismo en cuanto las condiciones lo permitan» (47).

---

(43) Concretamente las contempladas en sus artículos 9 («El reo en situación de condena condicional no podrá trasladar su residencia sin ponerlo en conocimiento del Juez de instrucción o del municipal cuando aquél no existiere...») y 10 («El reo que cambiare de residencia quedará obligado a presentarse ante el Juez de instrucción ... del lugar a que se hubiese trasladado, dentro de los tres días siguientes al de su llegada. Siempre que cambiare de residencia sin observar lo dispuesto en este artículo y en el anterior, quedará sin efecto la suspensión de la condena y se procederá a dar a ésta cumplimiento ...»).

(44) MAQUEDA ABREU, «Observaciones...», cit., p. 2289; VALMAÑA OCHAFTA, op. cit., p. 94. En cambio, afirma LARRAURI, «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1991, p. 52, que este tipo de medidas «no se aceptan sobre una base voluntaria sino para evitar la cárcel». Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que el reo podrá *siempre* renunciar a la suspensión si ésta le fuera más gravosa que el cumplimiento de la pena.

(45) Vid. Nota 19.

(46) Resalta esa discriminación GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., p. 24, PRIETO RODRÍGUEZ, op. cit. p. 2419, quien afirma que de poco servirá la presencia de alternativas a la prisión «si no se crean los centros necesarios y se articulan los correspondientes mecanismos para posibilitar el acceso a los mismos de todos los afectados con independencia de sus posibilidades económicas». También Díez Ripollés, op. cit., pp. 118-119, y Moro Benito, op. cit., pp. 888-889.

(47) GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., p. 24, quien añade que dicha posibilidad viene expresamente contemplada en la Ley de estupefacientes alemana de 1981.

Pero no es ésta la más grave contradicción de la regulación del artículo 87 con la realidad en la que va a ser aplicada. La teórica pretensión de evitar la entrada en prisión de los drogodependientes se verá radicalmente frustrada, y no dejará de ser mera teoría —cuando no rancio discurso ideológico (48)— hasta que no se establezca la posibilidad de sustituir la prisión preventiva por un tratamiento deshabitador en libertad. En efecto, a la mayoría de los drogodependientes que cometen delitos a consecuencia de su adicción les será aplicada tal medida cautelar, dado el fundado pronóstico de que, sometidos a una legislación que les impide el acceso a las sustancias que precisan para hacer frente a su dependencia por medios que no revistan carácter delictivo, vuelvan a delinquir, y dado también el clima de alarma social en que dicha realidad se encuentra inmersa. Es, por tanto, imprescindible, si se pretende alguna efectividad de la suspensión condicional y no se quiere caer en «la trampa o en el fraude que supone modificar la legislación penal o penitenciaria sin ofrecer al mismo tiempo los instrumentos necesarios para llevar a cabo las modificaciones propuestas» (49), tanto dotar por parte de la Administración de centros públicos de deshabitación en número acorde a la demanda (50), como proceder a la modificación de la legislación procesal para posibilitar a los drogodependientes que tengan la intención de deshabitarse la sustitución de la cárcel por el ingreso en un centro destinado a tal fin (51).

---

(48) Entendido éste como la mixtificación estratégica de la realidad, justificando en base a unos supuestos fines la consecución de no confesadas funciones. Se refiere a ello tangencialmente GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., p. 8, en relación a la expansión y aumento de control que en muchas ocasiones supone la instauración de medidas alternativas a la cárcel. Sobre esto último, extensamente, COHEN, *Visiones de control social*, 1989, *passim*, y en concreto, pp. 163 y ss., en las que habla de los «ejercicios simbólicos de legitimación», y p. 191, donde resalta «el gran atractivo de toda ideología: su habilidad persuasiva de mantenernos en la creencia de que estamos haciendo una cosa, cuando en realidad estamos haciendo algo distinto».

(49) DEL ROSAL BLASCO, op. cit. p. 275.

(50) Si bien no ha de excluirse el fomento de centros privados, considero, en aras de la protección de las garantías de los mismos penados y la igualdad social, que ha de ser deber del Estado el desarrollo de dichas prestaciones sociales. En el mismo sentido, las elocuentes palabras de MORO BENITO, op. cit., p. 889: «La solución no es pedir caridad o ayuda a los empresarios o pseudoempresarios privados, porque hablamos de un problema de salud pública que afecta personalmente a un elevado porcentaje de nuestra sociedad». Así, «cualquier necesitado, sea pobre o rico, tendrá que recibir asistencia».

(51) Esto último ha venido siendo denodadamente exigido por la doctrina. Vid. *La Propuesta alternativa...*, cit., p. 633, que propone añadir al artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Procesal el siguiente párrafo:

«También podrá acordar la sustitución de la prisión preventiva por el sometimiento a un tratamiento de deshabitación, cuando se trate de delitos motivados por la dependencia de estupefacientes o sustancias psicotrópicas». También GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., p. 12; Díez RIPOLLÉS, op. cit., p. 124; DE LEÓN VILLALBA, op. cit., p. 145; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Qué resuelve...» cit., p. 232, entre otros.

e. *Que no se trate de reos habituales*

La estricta exigencia de que el condenado no fuera reincidente ni hubiera gozado con anterioridad del beneficio de la suspensión se sustituye en el nuevo texto penal por la de que no se trate de un reo habitual. Hemos de remitirnos al artículo 94 para saber qué se entiende por tal habitualidad:

«...se considerarán reos habituales los que hubieran cometido tres o más delitos de los comprendidos en el mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello».

Según la mayoría de la doctrina, la exigencia anterior de no reincidencia suponía una excesiva concesión a los límites preventivo-generales, y desatendía la realidad criminológica subyacente a los delitos cometidos por drogodependientes, negando, en suma, la efectividad de la medida suspensiva (52). Surge así la presente regulación con el fin de paliar dichas limitaciones. Si bien se amplía ostensiblemente el marco de aplicabilidad de la suspensión, persisten los recelos del legislador hacia un sistema de medidas alternativas a la prisión efectivamente extensivo y aperturista, y el mantenimiento cauteloso de referencias a la prevención general. Si no hemos de entender la condición de habitualidad desde la lógica retributiva del premio-castigo, sino como expresión de la peligrosidad del sujeto, entendida estrictamente como probabilidad de comisión de un delito, sería más coherente con la naturaleza y los fines del instituto suspensivo del artículo 87, haber abierto la posibilidad de poder someter el citado pronóstico a un enjuiciamiento individualizado de cada caso, antes que establecer una presunción «iuris et de iure» sobre dicha peligrosidad. Aun a riesgo de reiterar afirmaciones anteriores, conviene recordar que quienes podrán obtener el beneficio de la suspensión serán aquellos sujetos que por estar ya deshabitados o sometidos a tratamiento habrán abandonado o estarán en fase de abandono de su dependencia, la cual será en la práctica totalidad de los casos el factor criminógeno determinante de la comisión de delitos.

En atención a los mismos argumentos, y desaparecido ya el requisito de la no reincidencia, resulta superflua y por ello criticable la mención que a dicha circunstancia realiza la Ley:

«En el supuesto de que el condenado fuera reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor».

---

(52) Cfr., por todos, GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., pp. 21-22; y Díez RIPOLLÉS, op. cit., pp. 119-120, citando ambos bibliografía al respecto.

Superflua en cuanto reiterativa, puesto que la resolución motivada sobre la oportunidad de la siempre facultativa concesión —el juez *podrá*, dice el artículo—, atendiendo a las circunstancias del hecho y del autor, es una exigencia que ha de concurrir en *toda* suspensión, y no sólo en los casos que el sujeto fuera reincidente.

En resumen, considero desafortunada tanto la inclusión del requisito de la habitualidad como impedimento automático para la suspensión como la programática mención que se hace de la reincidencia (53). Hubiera resultado más acertado, a mi entender, la supresión de dicho requisito, y haber dejado al arbitrio del juez, asesorado por los informes necesarios, la valoración individualizada de la probabilidad de comisión de hechos delictivos en el futuro y, en general, de las expectativas hacia el sujeto en relación a los fines perseguidos por la suspensión.

## 2. Condiciones para el mantenimiento de la suspensión

### a. Plazo de la suspensión

Se establecen expresamente en la regulación del nuevo Código los límites mínimo y máximo entre los que se determinará el período de suspensión, a diferencia de lo que ocurría en el antiguo artículo 93 bis, donde no había mención de tal extremo, y para el cual se entendía aplicable el plazo dispuesto para el régimen general de suspensión: de 2 a 5 años (54). El período de suspensión se modifica entonces en el nuevo texto legal, pudiendo oscilar entre los 3 y los 5 años. Las circunstancias a tener en cuenta por el juez para fijar un plazo concreto —según el artículo 80.2, aplicable al caso— serán la situación personal del delin-

---

(53) No aparecía mención alguna sobre la reincidencia en el Proyecto de 1992. Vid., sobre ello DE LEÓN VILLALBA, op. cit., pp. 146-147. Vid., sobre las enmiendas parlamentarias de supresión del requisito de la reincidencia en la Ley 1/1988, DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 120 y nota 170. También en las discusiones parlamentarias sobre el texto de 1995 se han dado idénticas peticiones. Así, la enmienda n.º 680 en el Congreso, de IU-IC; y la enmienda n.º 238 en el Senado, del Grupo Mixto (Sra. Inmaculada Piedra), cuya justificación merece ser transcrita: «Si se pretende fomentar el tratamiento de desintoxicación no deben hacerse excepciones en función de calificaciones formales de “reo habitual”. Lo decisivo para denegar la remisión de la pena condicionada al tratamiento deben ser las posibilidades de continuidad y éxito del tratamiento. La referencia en el artículo 87.2 a las “circunstancias del hecho y del autor”, que el juez debe valorar, son suficientes para excluir a quien proceda, sean habituales o no». No se mostraba de acuerdo con la supresión a la reincidencia en el Proyecto de 1992, sin embargo, el CGPJ, «Anteproyecto...» cit., «porque puede ampliar demasiado el ámbito de aplicación de esta suspensión, con el consiguiente quebranto de la prevención general».

(54) Vid., por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 122, quien aludía a un «difícil ajuste» de tal plazo al régimen del 93 bis.

cuenta, las características del hecho y la duración de la pena. Cabe preguntarse por las razones de la limitación que se realiza sobre el arbitrio del juez para determinar dicho plazo, al aumentarse en un año el límite mínimo posible. Esta ampliación puede deberse, a juicio de De León Villalba, «a la necesidad de garantizar un período mínimo de aplicación de un tratamiento adecuado en aras de solventar la posible eventualidad de un período insuficiente para conseguir “el fin de la deshabitación”» (55). Pero se olvida la circunstancia de que habrá ocasiones en las que el sujeto esté ya deshabitado al tiempo de la concesión del beneficio, y para los que, en algunos casos, puede ser excesivo e incluso contraproducente desde el punto de vista de la prevención especial un período de como mínimo 3 años de duración. Al margen de las consecuencias que suponga, considero que dicha modificación obedece a la intención del legislador de equiparar dicho límite mínimo del plazo de suspensión con el límite máximo de duración de penas suspendibles (56).

Por otra parte, y como más adelante se expondrá, se prevé en la nueva regulación de la suspensión la posibilidad de otorgar, en determinadas situaciones excepcionales, una prórroga de 2 años, pudiendo llegar el período de suspensión hasta los 7 años de duración. Sin embargo, se renuncia a la posibilidad de reducir el plazo de suspensión en curso, para situaciones, también excepcionales, en las que pudiera pensarse que el sujeto ya se encuentra rehabilitado —ha conseguido deshabitarse y existe un pronóstico de que no realizará hechos delictivos en el futuro—; posibilidad que resultaría adecuada a los fines de prevención especial, y no tendría que ser contraria a la prevención general si se establecieran ciertos límites a dicha reducción —por ejemplo, el mínimo de 3 años previsto para la suspensión, o el equivalente a la duración de la pena privativa de libertad—.

#### b. *Condiciones a cumplir por el reo*

Requisito exigible a todos los condenados durante el período de suspensión es la no comisión de un nuevo delito (57). En base al principio de presunción de inocencia, no se podrá revocar la suspensión mientras no haya recaído sentencia firme condenatoria (58) por el hecho delictivo

---

(55) DE LEÓN VILLALBA, op. cit., p. 145.

(56) Al igual que ocurre en la legislación comparada. Cfr., DE SOLA DUEÑAS, Alternativas a la prisión, cit., p. 175.

(57) Es mayoritaria en la doctrina la exclusión de las faltas. Vid., por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 120, quien afirma que así se entendía la expresión según el artículo 14 de la derogada ley de 1908.

(58) Cfr. TERRADILLOS/MAPELLI, Las consecuencias jurídicas del delito, 1993, 2.ª ed. p. 86: «Sólo podemos hablar de que un sujeto ha delinquido con anterioridad no cuando ha cometido un delito, sino cuando ha sido condenado en firme por el mismo».

cometido durante la suspensión (59), circunstancia que, dada la endémica lentitud de la Administración de justicia, puede producir ciertas distorsiones. ¿Qué ocurrirá en el caso de que el condenado hubiera presuntamente cometido un delito durante el plazo de suspensión pero llegado el final de dicho plazo aún estuviera pendiente de juicio? En rigor, la remisión definitiva de la pena no podría darse hasta que no hubiera recaído sentencia, pero tampoco cabría una prórroga de la suspensión hasta ese momento. La solución pasa por conceder la remisión de la pena, si bien de forma provisional, ya que podrá ser revocada si se condenara al delincuente por el nuevo delito (60). Si así ocurriera, el sujeto habría de cumplir tanto la pena impuesta por el nuevo delito, como la pena que había sido suspendida, además del tiempo pasado en el centro de deshabitación, que no será tenido en cuenta a la hora de computarlo a la pena (61).

Para los sujetos que se hallen sometidos a tratamiento el mantenimiento de la suspensión se condicionará, además, a que no abandonen el mismo, condición que no sufre modificaciones con respecto a la legislación anterior. Persiste en este aspecto la ceguera del legislador frente a la realidad criminológica y terapéutica de la drogodependencia, al negarse a asumir «que la interrupción del tratamiento, y por tanto, la recaída en el delito, son a menudo fases inevitables —y la primera, por lo menos fisiológicamente normal— en cualquier proceso de abandono y desintoxicación de esas sustancias tóxicas, y que no significan por sí mismas, entonces, el fracaso del tratamiento mismo ni, por tanto, un pronóstico desfavorable para su aplicación/continuación, desde el punto

---

(59) Si bien, a tenor de la Ley de 1908, cabía entender que también se revocaría si recayera sentencia por delito cometido con anterioridad al comienzo de la suspensión. Así, el artículo 14: «Si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional el sometido a ella fuere de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso...».

(60) Así aparece regulado en el artículo 14 de la Ley de 1908: «... si cumpliere el plazo de suspensión sin ser condenado pero después lo fuese por hecho punible cometido dentro del plazo, se le obligará a que cumpla con la pena que fue suspendida, salvo el caso de prescripción». De todas formas, es preciso recordar que dicha ley ha sido expresamente derogada, por lo que es necesaria la promulgación de una normativa equivalente que regule la forma de aplicación de la suspensión prevista en el nuevo Código penal.

(61) Acumulación que puede resultar contradictoria con la misma naturaleza de la medida. Y, en concreto, la no existencia de un sistema vicarial en estos casos, a diferencia del previsto para las medidas de seguridad, además de inexplicable, supondrá una clara desproporción. Cfr., sobre ambos extremos, GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., p. 29: «Pero lo que resulta ya kafkiano es que además se le obligue a cumplir *toda la pena*, sin que se le compute como tiempo de condena, *al menos*, el tiempo que haya permanecido internado en condiciones que muchas veces superarán en dureza y restricción de libertad a las de la propia prisión» (cursivas en el original). El mismo autor nos recuerda a continuación que dicha previsión aparece expresamente contemplada en la Ley de estupefacientes alemana de 1981. También PRIETO RODRÍGUEZ, op. cit., p. 2418, quien considera que esa situación es «una aberración, una consecuencia desproporcional que violaría el principio “non bis in idem”».

de vista de la prevención especial» (62). Por lo tanto, una aplicación rígida de dicha condición supondrá la práctica inoperatividad de la medida suspensiva, puesto que devolvería a la cárcel a la mayoría de los que la hubieran obtenido (63). Para intentar evitar dichas consecuencias, la doctrina propone operar con una interpretación amplia de ese «abandono», estimándose su concurrencia sólo cuando tal abandono pudiera considerarse definitivo, es decir, «aquél que comportara, de manera evidente, una voluntad de no recuperación clara y manifiesta» (64).

La posibilidad de establecer una prórroga que dispone el último párrafo del artículo 87, y contrariamente a lo que afirma algún sector doctrinal (65), no viene a resolver directamente el problema que la condición del no abandono suscita.

Como dispone el artículo, la remisión de la pena se acordará cuando no se hubiera delinquido y cuando se hubiera acreditado la continuidad en el tratamiento —o cuando el sujeto se hallare deshabitado, como luego veremos—. Y el momento de dicha remisión será al término del período de suspensión. Pues bien, a tenor del último párrafo del artículo, será ese mismo momento en el que se decidirá sobre la oportunidad de la prórroga. En cambio, la revocación de la suspensión por haber abandonado el tratamiento habrá de darse, según la redacción de la Ley, en el momento en que el juez tenga conocimiento de dicho abandono, si no se quiere mantener al delincuente en un injusto estado de incertidumbre sobre su situación penitenciaria, dejando que transcurra todo el período de suspensión tras haber abandonado el tratamiento para después negar la remisión y devolverle a la cárcel. En consecuencia, puede decirse que la prórroga *sólo* impedirá la revocación por abandono del tratamiento *en*

---

(62) MAQUEDA ABREU, «Observaciones...», cit., pp. 2289-2290; en idéntico sentido, VALMAÑA, op. cit., p. 106, quien cita a la anterior; GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...» cit., p. 25; DE LA CUESTA ARZAMENDI «¿Qué resuelve...» cit., p. 110; Para DE LEÓN VILLALBA, op. cit., p. 145, en cambio, «parece correcto el criterio adoptado por el legislador de requerir que el sujeto no abandone el tratamiento», a pesar de pedir «cierta flexibilidad respecto de su cumplimiento, dado que se considera normal que el sujeto pueda incurrir en recaídas temporales, lógicas en su evolución».

(63) Así, entre otros, GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...» cit., p. 26.

(64) GONZÁLEZ ZORRILLA, *ibid.*, si bien el mismo autor manifiesta a continuación la dificultad de dicha constatación, ya que «para el delincuente todos sus “abandonos” son definitivos de la misma forma que todas sus decisiones de iniciar o reemprender el tratamiento son igualmente “definitivas”» (entrecomillado en el original).

(65) Así lo entiende DE LEÓN VILLALBA, op. cit., p. 146: «...el sujeto puede incurrir en recaídas temporales, lógicas en su evolución, y que no deberían hacer fracasar el conjunto de las medidas. El proyecto del 94 recoge esa situación y soluciona el problema posibilitando una prórroga del plazo de suspensión hasta un máximo de dos años». Y si no se soluciona el problema con dicha prórroga en el Código de 1995 —a salvo de la situación extraordinaria que a continuación veremos—, desde luego, no lo hace el Proyecto de 1994, en cuanto, como el mismo autor reconoce después de la afirmación anterior, dicha prórroga *únicamente* podrá otorgarse «en aquellos supuestos en que la autoridad judicial *constate la continuidad del tratamiento*». (Cursivas mías).

*los casos en que debido a la tardanza de la intervención del juez hubiera transcurrido el plazo completo y no se hubiera revocado la suspensión* (66). Si se pretendía solucionar el problema de la revocación por abandono del tratamiento mediante la concesión de una prórroga temporal, más adecuado hubiera sido posibilitar el juez su otorgamiento en cuanto tuviera noticia de dicho abandono, al igual que se prevé, para el caso del incumplimiento de las obligaciones impuestas al sujeto, en el régimen general de suspensión (67). En cualquier caso, hubiera sido más acorde con la compleja problemática de la drogodependencia, haber permitido al juez un mayor arbitrio a la hora de decidir si la comisión de un nuevo delito o el abandono del tratamiento implican realmente el fracaso de las expectativas abiertas sobre el beneficiario en relación a los fines de la suspensión —fracaso al que ha de responder la revocación (68), si queremos entenderlo desde el fin de la prevención especial y no, de nuevo, desde la óptica del binomio premio-castigo—, estableciéndose expresamente la posibilidad de continuar con el tratamiento o de modificarlo por otro más acorde a las necesidades terapéuticas del toxicómano (69), de forma similar a la prevista en el artículo 84 del texto legal para el caso de infracción de los deberes impuestos por el juez a los beneficiarios de la suspensión para «no-drogodependientes», más privilegiados en este aspecto.

### c. *Control del tratamiento*

Se establece en la Ley la obligatoriedad de los centros o servicios responsables del tratamiento de facilitar al Juez o Tribunal sentenciador

---

(66) Como veremos en el epígrafe siguiente, existe aún otra posibilidad de evitar la contradicción con la realidad del desarrollo de los tratamientos de desintoxicación que supone revocar el beneficio por un abandono: cuando, tras un abandono temporal, el sujeto hubiera vuelto al centro de tratamiento y al término del período de suspensión *estuviera* deshabitado —y siempre que se dé el ya citado retraso en la declaración de la revocación—. Circunstancia que, si bien parece hasta cierto punto contradictoria con la aparentemente ineludible supeditación del mantenimiento de la suspensión al no abandono que dispone el precepto, resulta coherente con el fin perseguido por la medida suspensiva. De cualquier forma, ni esta opción, ni la mencionada en el texto, podrán darse si la actuación de los tribunales se realiza *con normalidad*, lo cual resulta de por sí bastante paradójico.

(67) Vid. artículos 84 y 85, donde la prórroga prevista, —«sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años»— se entiende *anterior* al transcurso del período de suspensión.

(68) Cfr. GARCÍA ARÁN, *Alternativas a la prisión*, cit., p. 192: «...la comisión de un nuevo delito no siempre tiene que interpretarse como el fracaso absoluto de la prueba y, en consecuencia, derivar la exigencia de cumplimiento en prisión».

(69) Así lo propone DE SOLA, *Alternativas a la prisión*, cit., p. 188. Un ejemplo de este último caso sería el traslado a un tratamiento basado en el sustitutivo de la metadona, reservado a heroínómanos con un alto índice de intentos de deshabitación anteriores.

la información precisa para acreditar el comienzo del mismo, así como su evolución y terminación. Destaca en primer lugar, la supresión del deber del propio drogodependiente de informar sobre su tratamiento. Por otro lado, permanece la referencia de la información sobre el comienzo de la terapia, que había sido considerada reiterativa por algunos autores, por ser la certificación de tal comienzo requisito previo para la concesión de la suspensión (70).

Al margen de lo anterior, surgen ciertas cuestiones en cuanto al órgano encargado de tal control. Parece lógico que sea el Juez o Tribunal *sentenciador* el encargado de acreditar el comienzo del tratamiento, por cuanto será él quien habrá de conceder la suspensión. En cambio, parecería más adecuado que fuera no aquél, sino el Juez de Vigilancia penitenciaria el responsable de vigilar la continuidad y evolución del citado tratamiento, dada la naturaleza de la medida (71).

Es de lamentar, por otra parte, la reincidente ausencia de referencia a la otra cara del control judicial: el relativo a la protección de las garantías y los derechos de los drogodependientes sometidos a tratamiento (72), máxime cuando los programas de deshabituación se realizarán en numerosas ocasiones en «comunidades terapéuticas» privadas, caracterizadas muchas veces por estrictos códigos de comportamiento, y por la falta de transparencia en sus actividades (73).

Todo lo anterior no vendrá referido, por razones obvias, a quienes ya estuvieran deshabituados. Para éstos el régimen de suspensión se limitará a la exigencia de no delinquir durante su transcurso, sin que puedan, a salvo de una futura legislación sobre la materia, imponérsele condiciones adicionales (74).

---

(70) DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 122; GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., p. 26.

(71) En el mismo sentido DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Alternativas...», cit., p. 342; Vid., sobre el ámbito de actuación del Juez de Vigilancia penitenciaria en las medidas alternativas a la prisión, la exposición de HORMAZÁBAL, Alternativas a la prisión, cit., pp. 215 y ss. Por otra parte, existe además otra figura encargada de la vigilancia del tratamiento: se trata del Fiscal especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, creado en 1988, cuya ley, en su artículo 3, apartado e), dispone que una de las funciones de dicho fiscal será la de «colaborar con la autoridad judicial en el control del tratamiento de los drogodependientes a quienes se les haya aplicado la remisión condicional, recibiendo los datos precisos de los centros acreditados que participen en dicho tratamiento».

(72) Es resaltada dicha ausencia, con respecto a la legislación introducida en 1988, por LARRAURI, op. cit., p. 51; y por GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., p. 27.

(73) Cfr., sobre dichas «comunidades terapéuticas», DEL ROSAL BLASCO, op. cit., p. 282; y GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., p. 27, quien, tras mencionar casos de denuncias de limitaciones de derechos realizadas en esos centros, pone de manifiesto la vulneración de derechos que, en base a la aparente voluntariedad de los «contratos terapéuticos», suponen los reglamentos de régimen interior de las citadas comunidades.

(74) Vid. Supra, página 12 y notas 42 y 43.

### 3. La remisión de la pena

#### a. Requisitos para la remisión

La primera condición exigida, sin modificaciones en este punto con respecto a la legislación anterior, es la de que el sujeto no haya delinquido durante el período de suspensión. Valgan sobre ello las consideraciones hechas en el epígrafe anterior.

Será preciso, además, que se haya «acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo». La estricta exigencia prevista en la regulación introducida en 1988 de la deshabitación efectiva al término del plazo, es aquí relativizada, permitiéndose la concesión de la remisión de la pena cuando, *aunque* no conste dicha deshabitación, se hubiera acreditado la continuidad del tratamiento durante el período de prueba. Responde así el legislador a las duras críticas hechas por la práctica totalidad de la doctrina sobre tal exigencia (75) (76).

Ya ha sido expresado «supra», el sentido que de acuerdo a la realidad terapéutica de los tratamientos de desintoxicación, debiera tener el concepto de «abandono», entendiéndose como tal únicamente el que fuera definitivo, y que supusiera, por tanto, la voluntad manifiesta de no continuación. Si bien resultaría forzado llegar a esa interpretación en

---

(75) La deshabitación supone, en primer lugar, un hecho de muy difícil constatación desde un punto de vista terapéutico GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., pp. 23 y 28) que se produce en una minoría de los casos de sometimiento a tratamiento. (Cfr. DE LEÓN VILLALBA, op. cit., p. 147, nota 99, que habla de un 6% de resultados de deshabitación; o PRIETO RODRÍGUEZ, op. cit., p. 2418, que amplía un poco el porcentaje: 15%), por lo que la exigencia implica en la práctica la automática vuelta de los drogodependientes a la cárcel (Los mismos, Ibid.). Es, además, «una situación orgánica, psicológica y aún social que con frecuencia escapará al control del drogodependiente» (DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., p. 123) por lo que «obligarle a seguir un tratamiento que puede extenderse hasta cinco años para evitar un cumplimiento de pena de dos años como máximo y, transcurrido ese plazo, acordar su ingreso en prisión si no se ha deshabitado es una aberración, una consecuencia desproporcionada que violaría el principio “non bis in idem”» (PRIETO RODRÍGUEZ, *ibid.*), además de «inhumano y contrario al espíritu de la Ley» (SOTO NIETO, op. cit., p. 169, citando a MANZANARES SAMANIEGO). Por todo ello, se proponía que fuera suficiente para remitir la pena con «la constancia de que ha existido una voluntad seria de deshabitación durante todo el período de suspensión y tratamiento, aun aceptando los normales altibajos e inconstancias, y de que nada hace predecir que tal voluntad no se va a mantener en el futuro» (DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., pp. 123-124; en igual sentido MAQUEDA ABREU, «Observaciones...», cit., p. 2290; GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., p. 29; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Alternativas...» cit., p. 341; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «Comentarios...», cit., p. 241; PRIETO RODRÍGUEZ, op. cit., p. 2418).

(76) Permanecía dicha exigencia en el Proyecto de 1994, posibilitándose una própoga *si se hubiera acreditado la continuidad del tratamiento*.

base al tenor literal de la ley, el exigir como requisito para la remisión *alternativamente* la continuidad en el tratamiento o la deshabitación, pudiera suponer —si se diera el caso teóricamente excepcional de que la revocación no se haya producido en el momento inmediatamente posterior al abandono, permaneciendo vigente la suspensión al término del plazo (77)— aceptar la consecuencia de dicha interpretación, remitiendo la pena aún cuando se hubiera abandonado temporalmente el tratamiento, *si se hubiera acreditado al final la deshabitación*. Otra solución en estos casos, que consistiría en, transcurrido el período de suspensión y deshabitado el sujeto, ordenar el cumplimiento de la pena por la razón de que éste hubiera abandonado temporalmente el tratamiento, resultaría frontalmente contrario a los fines de la institución, además de una flagrante injusticia.

b. *Prórroga excepcional de dos años*

La pregunta realizada por el Consejo General del Poder Judicial con ocasión de la elaboración del Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992: «¿Qué pasará si transcurre el plazo sin nuevo delito y sin abandono del tratamiento, pero también sin haberse acreditado la deshabitación del reo?» (78) queda contestada con la posibilidad de remitir la pena si se ha acreditado la continuación del tratamiento, aunque no se haya llegado a la deshabitación. Pero no es esa la única opción que tiene el juez, sino que está habilitado, además, para conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años, si estima necesaria la continuación del tratamiento. Resulta en principio plausible su inclusión, por cuanto con ella se persigue cumplir la finalidad principal de la medida, que no es otra que posibilitar la deshabitación del reo. De cualquier forma, cabe preguntarse por la viabilidad real del uso de dicha prórroga, por cuanto, según el sentido de la ley, parece estar contemplada exclusivamente para casos muy excepcionales, ya que únicamente podrá acordarse cuando no se hubiera acreditado la deshabitación del reo *ni* la continuidad del tratamiento, y recuérdese que en los casos de abandono lo normal habría sido una revocación previa al momento de finalización del plazo. A «contrario sensu» y reiterando conclusiones anteriores, dicha prórroga *no podrá imponerse* cuando se hubiera acreditado la continuidad del tratamiento

---

(77) Lo que, como ya vimos, debería ser una circunstancia anormal. Vid., sobre ello, lo ya dicho en las páginas 19 y 20, y nota 66.

(78) Vid., «Informe...», cit.

—aún cuando no se hubiera logrado la deshabitación y se estimara, por tanto, necesaria la continuidad del tratamiento—, supuesto en el que el juez *deberá forzosamente* otorgar la remisión (79).

---

(79) De todos modos, tras la finalización de dicha prórroga volverá a surgir la duda planteada por el CGPJ: ¿qué ocurrirá si el sujeto, sin haber delinquido ni abandonado el tratamiento durante esos dos años de prórroga, no consigue deshabetuarse a su término? Considero que, al igual que la continuidad en el tratamiento basta para remitir la pena —además de no delinquir— el juez deberá otorgar la remisión. Y aún otra cuestión: ¿habría de imponerse el cumplimiento de la pena si se delinque durante el plazo de prórroga, aun sin haberlo hecho durante todo el período de prueba anterior? A tenor de la Ley, no cabe más que una —injusta— respuesta afirmativa. De «*lege ferenda*», estimo que dicha prórroga, al tener la naturaleza de beneficio para el reo, no debería ser entendida como período «de prueba», del cual puedan extraerse consecuencias negativas para el toxicómano, sino sólo como posibilidad abierta al mismo para concluir su deshabitación, sin sometimiento a requisitos adicionales. Téngase en cuenta que el sujeto no habrá delinquido en el período de suspensión impuesto por el juez, lo que puede sobradamente acreditar una «superación» del período de prueba.

# CRÓNICAS EXTRANJERAS

## Intervención delictiva e imputación objetiva

Dr. HEIKO H. LESCH

Asistente Científico en el Seminario de Filosofía del Derecho de la  
Universidad de Bonn

Traducción de JAVIER SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES

Ayudante Científico en el Seminario de Filosofía del Derecho de la  
Universidad de Bonn

### **1.<sup>a</sup> PARTE: Fundamentos de una teoría de la intervención delictiva en sentido normativista**

#### **I. *Sobre la dogmática jurídico-penal en sentido naturalista y en sentido normativista***

En un mundo desmitificado, el derecho penal sólo puede ser ejercido razonablemente entendido como un derecho penal funcional. Función es —y en esto todavía reina unanimidad— la garantía de las condiciones fundamentales de la vida en común del ser humano (1); esto es, la estabilización del orden que regula la convivencia del Hombre. En lo demás no existe acuerdo.

---

(1) JHERING, *Der Zweck im Recht*, tomo 1.º, 5.ª ed., Leipzig 1916, p. 378, v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5.ª ed., Berlin 1892, pp. 9 y s., 12 y s.; MEZGER, *ZStW* 55 (1936), 7 y s.; ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin y New York 1973, p. 12; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 8, 360.

La dogmática naturalista explica esta convivencia humana en la forma de *Hobbes*. El hombre del naturalismo, impregnado de la filosofía de *Hobbes*, es el individuo, soberano, libre y no ligado a un orden preestablecido; el individuo, en su origen asocial, cuyas relaciones sociales sólo se definen mediante lo externo (2). Todos los intervinientes se encuentran en un estricto vínculo externo respecto de esas relaciones sociales; las relaciones se tienen en cuenta sólo en la medida en que son útiles para los intereses egocéntricos del individuo (3). La Sociedad se muestra como una unión de egoístas racionales que —como si todavía estuviesen en el estado natural— se encuentran los unos junto a los otros aisladamente, tan sólo en una forma exterior (4). Que Sociedad origine identidad; que, por tanto, los individuos sean determinados internamente a través de las relaciones sociales en las que ellos viven; que, en definitiva, ellos mismos no puedan entenderse con independencia de su pertenencia al grupo, es, en este sentido, algo totalmente inimaginable.

La dogmática jurídico-penal normativista, como yo la entiendo, adjudica a las relaciones sociales una esencia íntegramente distinta; y en verdad, una esencia fundida en la tradición de *Rousseau* y *Hegel*. *Rousseau* describe al individuo del estado natural presocial, como un animal salvaje y aislado, que no posee —sin lenguaje ni relaciones sociales— identidad. «Todo conocimiento que exige reflexión; todo a lo que se llega sólo a través de ordenar ideas que sólo se perfeccionan sucesivamente, parece quedar totalmente fuera del alcance del hombre salvaje, falto de comunicación con sus semejantes, a saber, falto del instrumento que sirve para tal comunicación y falto de las necesidades que la hacen necesaria» (5). Ante todo, el individuo se constituye en «persona real» mediante la «relación con otras personas» (6), esto es, mediante el contacto social con el *alter ego*; por medio de la comunicación con sus semejantes, la existencia humana supera el subjetivo ser-para-sí característico del animal (7), en tanto tal existencia llega a una individualidad reflectora. *Comunicación* (8) es pues el proceso social elemental de la constitución

---

(2) Véase HOBBS, *Grundzüge der Philosophie*, editado por Frischeisen-Köhler, Leipzig 1918, 3.ª parte, *Lehre von Bürger* (orig.: *De Cive*), cap. 1.º, p. 79 y ss.

(3) Cfr. KERSTING, *Thomas Hobbes zur Einführung*, Hamburg 1992, p. 90.

(4) Cfr. HIRSCHBERGER, *Geschichte der Philosophie*, Band 2, 13.ª ed., Freiburg/Basel/Wien 1988, p. 198.

(5) ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondaments de l'inégalité parmi les hommes*, Amsterdam 1762, p. 129 y s. (=not. 5 a la p. 21).

(6) Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Theorie Werkausgabe (redacción Moldenhauer/Michel), tomo 7.º, Frankfurt 1976, § 331, p. 498.

(7) Cfr. HEGEL, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, cit. de los *Jenaer Schriften 1801-1807*, Theorie Werkausgabe (redacción Moldenhauer/Michel), tomo 2.º, Frankfurt 1986, p. 505 (remitiéndose a ARISTÓTELES).

(8) Comunicación posee una unidad tripartita: *Información* (selección entre un repertorio de posibilidades), *expresión* y *comprensión*. Véase LUHMANN, *Soziale Systeme*, 1.ª ed., Frankfurt 1987, pp. 193 y ss., 203.

de sentido en el trato entre seres humanos, sin el cual no son pensables ni una individualidad personal ni un sistema social (9).

La diferencia entre la dogmática penal «naturalista» y la «normativista» se puede, de esta manera, reconducir a una diversa concepción de la convivencia humana, es decir, a qué se entiende por Sociedad. Esta doble concepción reza: maximización de intereses (satisfacción racional y óptima de las necesidades de cada uno) versus mantenimiento de las condiciones de comunicación; seguridad de bienes versus seguridad de expectativas; o, como es más corriente: protección de bienes jurídicos versus estabilización de la norma. Todo esto va a ser aclarado a continuación.

## II. Fundamentos de una dogmática jurídico-penal naturalista

El naturalismo, que se establece desde *Hobbes* hasta el apogeo del positivismo francés e inglés (*Comte, Quételet, Mill, Spencer*) en la mitad del siglo XIX bajo la impresión que producen los avances de la ciencia, limita toda investigación humana a la observación (10) (empirismo), a conexiones exteriores de las cosas en su coexistencia y sucesión (11), esto es, más exactamente: a aquello que se puede pesar, medir y calcular. La visión de las cosas racional, causal, y técnico-mecanicista, adquirida con este punto de vista, es una «ideología de la industrialización, específica de Europa Occidental» (12), la «ideología de poder de la clase burguesa de la época industrial, que edifica su dominio sobre la Naturaleza así como sobre el Hombre en base a la influencia causal prevista de forma inteligente» (13). Se parte de que el mundo es exactamente previsible tanto estática como dinámicamente, esto es, en la regularidad sucesiva de sus fenómenos. Esto es válido también para toda vida en Sociedad, que está sometida a leyes causales inamovibles estática y dinámicamente (14). La filosofía social se transforma de este modo en física social («physique sociale»); en «mecánica social» (15), en la cual, la Sociedad y las relaciones sociales se reducen a regularidad técnica, a causalidad mecánico-externa.

---

(9) LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 3.ª ed., Berlín 1986, pp. 25, 60 y ss.

(10) COMTE, *Die Soziologie. Die positive Philosophie im Auszug*, ed. por Blaschke, Stuttgart 1974, p. 79.

(11) WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, en: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín/New York, 1975, p. 30.

(12) SCHELER, *Die Wissensformen und die Gesellschaft*, 2.ª ed., Berlín, 1960, p. 68.

(13) WELZEL (not. 11), p. 48.

(14) COMTE (not. 10), pp. 82 y s., 118 y ss.

(15) V. JHERING (not. 1), p. 71 y ss.

Mediante este prisma técnico-mecanicista del naturalismo, el Estado se manifiesta sólo negativamente, como instituto jurídico, protector de una sociedad atomizada; el Estado se limita con su ordenamiento jurídico a garantizar una convivencia exterior sin dificultades, de los individuos en su existencia individual, y a impedir extralimitaciones en esferas de libertad ajenas, por parte de individuos no adaptados totalmente. Esto fue apadrinado evidentemente tanto por el utilitarismo de la época burguesa económico-industrial de comienzos del liberalismo, como por la formulación kantiana del imperativo categórico (16): en ambos casos, las condiciones esenciales de la coexistencia social son entendidas sólo bajo el aspecto de la tendencia al disfrute de seguridad o felicidad del individuo, autárquico y aislado exteriormente; asimismo, tales condiciones no van más allá de que estos respeten sus respectivos estados de posición. Dicho abreviadamente: la convivencia humana se tematiza exclusivamente mediante el aspecto de la limitación negativa de las esferas individuales de intereses o deseos de poder (17). Esto se corresponde con la forma de ver las cosas típica del derecho *civil*, que v. *Jhering* formuló de la siguiente manera: «Cada derecho del derecho privado está ahí para proporcionar al Hombre algún beneficio, para cubrir sus necesidades, para fomentar sus intereses, sus objetivos... A una cosa que es capaz de prestarnos este servicio le llamamos *bien*... Por consiguiente un *bien* constituye el contenido de un derecho de cada uno» (18).

Fue un discípulo de v. *Jhering*, v. *Liszt*, quien definitivamente trasladó también al derecho penal esta forma de pensar naturalista, no diferenciadora y monista, que se corresponde con una definición del Derecho ajustada a determinaciones civilistas funcionales: «Para que no se encienda la guerra de todos contra todos es necesario un orden de paz, una delimitación de las esferas de actuación, la protección de unos intereses y el rechazo de otros... El ordenamiento jurídico limita los ámbitos de actuación de cada uno; determina hasta dónde puede actuar libremente la voluntad y, especialmente, hasta dónde puede extenderse, exigiendo o negando, en las esferas de voluntad de los otros sujetos de derecho; el ordenamiento jurídico garantiza la libertad, el poder-querer, y prohíbe la arbitrariedad; eleva las relaciones vitales a relaciones jurídicas, los intereses

---

(16) Cfr., por ejemplo, SPENCER, *Die Prinzipien der Ethik*, edición alemana autorizada de Vetter/Carus, tomo 2.º, Stuttgart 1893, pp. 50 y ss.; MILL, *Der Utilitarismus*, trad. de Birnbacher, Stuttgart 1976, pp. 11 y ss.; cfr. también, v. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, III. parte, 2.ª ed., Leipzig 1871, pp. 327 y ss.; SPENCER ya se refirió, por cierto, a la existencia de este paralelismo entre las concepciones jurídicas utilitarista y kantiana, *ibid.* (not. 16), pp. 295 y ss.

(17) Sobre esto, cfr. también, MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko*, Frankfurt 1993, pp. 84, 87 y ss.; C.F. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo 1.º, Berlín 1840, pp. 331 y ss.

(18) V. JHERING (not. 1), p. 328.

vitales a bienes jurídicos» (19). *Mezger* refundió más tarde esta determinación funcional con la «fórmula del máximum mutuo de satisfacción de intereses» (20). Con este caldo de cultivo alcanzaron su apogeo los dogmas de la «unidad del ordenamiento jurídico (21) y de la «unidad de la antijuricidad» (22), así como la teoría del «injusto objetivo» (23); éste último derivado sobre todo del campo del derecho civil. Antijuricidad material sería, por tanto, aquello que contradijese el ya mencionado ordenamiento del Estado, esto es, el ordenamiento que delimita tan sólo negativamente y es, en este sentido, «neutral» (24); es decir, desde este punto de vista, antijuricidad material es entendida como una perturbación de las condiciones externas que satisfacen las necesidades de un individuo aisladamente considerado, o bien, o como lesión causal exterior de un interés humano jurídicamente protegido, o como lesión de un bien (o de un objeto) jurídico (25).

Así, la sucesión entre delito y pena encuentra en la dogmática naturalista una explicación externo-causal elemental (26): el delito, como lesión de un bien (o de un objeto) jurídico (27), y la pena, como protección preventiva contra la pérdida de tales bienes (u objetos) jurídicos mediante prevención especial y/o general (28). Con ello, la función del derecho penal se corresponde plenamente con aquélla del derecho de policía (esto es, del derecho de defensa ante peligros) (29). Una diferencia entre el derecho civil y el penal no se encuentra en el objeto a regular, en ambos casos: un suceso causal del mundo exterior, sino sólo en el, ya retrospectivo, ya prospectivo, fin perseguido: en derecho civil se trata de la compensación por lesiones exterior-causales de bienes (o de objetos) jurídicos, *una vez que éstas ya se han producido*; en derecho penal de la prevención de tales lesiones, *cuando aún están por producirse*.

---

(19) V. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5.<sup>a</sup> ed., Berlín 1892, p. 10; asimismo todavía, *EL MISMO*, en la 21.<sup>a</sup>/22.<sup>a</sup> ed. de su manual, Berlín y Leipzig, 1919, pp. 4 y ss.; además, NOWAKOWSKI, *ZStW* 63 (1951), p. 287.

(20) MEZGER, *ZStW* 55 (1936), pp. 7 y ss.

(21) Véase ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg 1935.

(22) En contra, LESCH, *NJW* 1989, p. 2310; *EL MISMO*, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe* (1992), pp. 260 y ss.

(23) Cfr. v. JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Eine Festschrift*, Gießen 1867, pp. 5 y ss.

(24) MEZGER, *ZStW* 55 (1936), pp. 7 y ss.

(25) Cfr., otro punto de vista, SCHAFFSTEIN, *ZStW* 55 (1936), p. 31.

(26) V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 2.<sup>o</sup> tomo, Berlín 1905, p. 289.

(27) V. LISZT, *Lehrbuch* 21.<sup>a</sup>/22.<sup>a</sup> ed. (not. 19), p. 5.

(28) V. LISZT, *Lehrbuch* 5.<sup>a</sup> ed. (not. 19), pp. 12 y ss., 15.

(29) Véase especialmente, RUDOLPHI, *Der Zweck staatlichen Strafrechts und strafrechtlichen Zurechnungsformen*, en: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (ed. por Schünemann), Berlín/New York, 1984, pp. 70 y ss.

### III. Crítica a la fundamentación de la dogmática penal naturalista

Los fundamentos señalados de la dogmática naturalista son criticables desde dos puntos de vista:

1) En primer lugar, debe ser señalado, que el naturalismo se basa en una teoría de la Sociedad ya superada desde hace tiempo, que valoraba de forma incorrecta las condiciones fundamentales de la coexistencia social. Un primer movimiento en contra del sistema natural-positivista se desarrolló ya en los años treinta (30) por parte de la llamada escuela de *Kiel*, que consideró el delito como quebrantamiento de un deber (31); asimismo, el sistema naturalista fue también criticado desde la dogmática de *Welzel* (32). Mientras que la teoría del delito como quebranto de un deber tuvo originariamente motivaciones nacionalsocialistas, y por ello sus ideas básicas no fueron continuadas tras la caída del nacionalsocialismo, el pensamiento de *Welzel* alcanzó una gran acogida. *Welzel* parte de que la existencia común social es un *mundo funcional*, en el cual todos los bienes jurídicos, necesariamente y desde un principio, se encuentran en un intercambio mutuo de efectos y reacciones («en tráfico»), esto es, con una función animada, en la cual sólo se completa su existencia como bienes jurídicos sociales (33). Para él pues, los conceptos contenidos en los tipos penales no son «conceptos causales de lesiones causales de bienes jurídicos», sino *conceptos de relaciones y significado social*; por consiguiente, conceptos, cuyo contenido se deduce de su función en el conjunto social, y que son infinitamente más complejos y llenos de significado que los meros elementos naturalistas causales. Por el contrario, en la definición de delito como lesión de bienes (objetos) jurídicos queda lo decisivo sin mencionar; esta concepción parte de una contemplación del «museo del mundo», en el cual los bienes (objetos) jurídicos en principio están asegurados de toda merma y por ello, toda intromisión fundamenta, de entrada, injusto. Este juicio, según *Welzel*, no está de acuerdo con un mundo social y funcional.

*Welzel* plantea su crítica al sistema naturalista de entendimiento del delito —al contrario que la escuela de *Kiel*— ya en lo referente al concepto de acción. La doctrina naturalista, en correspondencia con su visión empírica y mecánico-causal del mundo, había definido la acción en primer término como «la causación de un cambio en el mundo exterior» (34),

(30) Análisis detallado, LESCH (not. 22) pp. 134 y ss.

(31) SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlín 1935; EL MISMO, *DSiR (=GA)* 1935, pp. 97 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 55 (1936), pp. 18 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 57 (1938), pp. 295 y ss.; DAHM, *ZStW* 57 (1938), pp. 225 y ss.

(32) Véase sobre esto, LESCH (not. 22), pp. 149 y ss.

(33) WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, en: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín/New York 1975, pp. 140 y ss., especialmente, allí también, la not. 28.

(34) V. LISZT, *Lehrbuch* 5.<sup>a</sup> ed. (not. 19), p. 128; y *Lehrbuch* 21.<sup>a</sup>/22.<sup>a</sup> ed. (not. 19), p. 118; MEZGER, *Strafrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., München/Leipzig, 1933, pp. 95 y ss.

esto es, como un «espectro exangüe» (35) y libre de sentido. Frente a esto, *Welzel* pone de relieve que la acción debe ser entendida como un fenómeno con sentido, con significado social (36). Desgraciadamente, este pensamiento que *Welzel* había expuesto originariamente en su teoría de la adecuación social (37), no fue desarrollado posteriormente por él; en cambio, en vez de este desarrollo, definió el contenido de la acción tan sólo con base en la voluntad final de ejecución, es decir, sencillamente con base no en una interpretación *social*, sino, en una *individual* realizada por el sujeto que actúa. Ésta es, empero, una visión del problema demasiado reducida. La Sociedad es un sistema social (38), que se conforma a través de los contactos sociales entre los sujetos que actúan, y que se compone, por ello, de conexiones de acciones, con sentido. La situación en la que se actúa no es pues solamente una situación individual, sino siempre una social. Junto al actuante también se presentan en ella otros individuos que son igualmente actuantes en un sistema social, y que de igual forma se orientan como tales según las acciones de otros sujetos (39). Así pues, en los contactos sociales, los participantes se encuentran siempre en dos roles: como sujetos y como objetos de la interacción. Y así las cosas, la definición de la acción no puede estar simplemente referida al sujeto motivacionalmente, sino siempre a la Sociedad (externamente). En otras palabras: acción es un tipo sociológico y no psicológico; ella se muestra no sólo como ejecución de su intención, sino también determinada como percepción, esto es, como documentación de su propia intención (40). En tanto en cuanto lo único que hizo el finalismo fue subjetivar el concepto de acción de los causalistas, es decir, simplemente enriquecerlo con el momento de la voluntad final de ejecución, no tuvo éxito el adentrarse en una auténtica dogmática social-normativista. De esta forma, no consiguió superar el naturalismo sino tan sólo lo modificó (41).

En cualquier caso, lo que *Welzel* en su punto de partida acertadamente sí reconoció, merece ser recordado nuevamente: las condiciones fundamentales de la coexistencia social, que entran en consideración en derecho penal, no pueden ser suficientemente englobadas —y esto en contra de lo argumentado por el naturalismo— mediante una división tan sólo externa de las esferas de acción —esto es, no se trata de bienes (objetos) jurídicos—. La Sociedad no se constituye tan sólo (aunque

---

(35) Cfr. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, p. 17; WELZEL (not. 11), pp. 95, 107.

(36) WELZEL (not. 33), pp. 124 y ss., 130, 141, 151.

(37) WELZEL (not. 33), pp. 149 y ss.

(38) LUHMANN (not. 8), pp. 20 y ss.

(39) PARSONS, *Aktor, Situation und normative Muster*, ed. y traducido por Welzel, Frankfurt 1986, p. 140.

(40) Detalladamente, LESCH (not. 22), pp. 241, 253 y ss., con más referencias de literatura.

(41) En el mismo sentido, REYES ALVARADO, *ZStW* 105 (1993), 114 y ss.: EL MISMO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, pp. 946 y ss.

también) por medio de la integración de intereses individuales, sino mediante el contacto social de personas cuyos bienes jurídicos se extienden sobre otras esferas de interés, y con ello, están expuestos necesariamente a peligros o incluso a su pérdida. Tarea del ordenamiento jurídico no puede ser, por tanto, la protección absoluta de bienes rígidos sino —si es que se trata de bienes jurídicos— sólo la organización de «el estar en función», del *trato* con los bienes jurídicos. Estas reglas del trato son tenidas por obligatorias, como condiciones fundamentales de organización social. El derecho penal asume la garantía de esta obligatoriedad y asegura con ello la orientación necesaria en los contactos sociales, con objeto de que el Hombre se pueda comunicar entre sí (42).

2) Como ya se indicó, la dogmática naturalista no sólo supone una falsa evaluación de las condiciones fundamentales necesarias para la coexistencia social, sino que además es criticable desde una apreciación estrictamente jurídico-penal. Así, el modelo argumental naturalista no está en condiciones de establecer una conexión interior y funcional entre delito y pena. Esta crítica, que además es aplicable a cualquier teoría preventiva de la pena, fue ya formulada por *Binding* en el siglo pasado (43):

«En verdad la teoría relativa ve en la acción culpable del delincuente un *presupuesto* necesario de la pena, pero *no* precisamente el fundamento de la misma. Muy por el contrario, el delito constituye sólo un síntoma para la existencia de un fundamento de la pena que se encuentra ajeno a ella... El verdadero fundamento de la pena en las teorías relativas es un peligro que se ha hecho patente por medio del delito, pero de ninguna manera, uno creado y amenazante para la *seguridad futura* de la Sociedad... La llamada teoría intimidatoria no impone una pena al asesino porque haya asesinado, sino porque además de él, en el país vive un pueblo con afanes asesinos que debe ser intimidado de posteriores delitos mediante el ejemplo avisador. La teoría de mejora, desarrollada así prácticamente de forma benéfica, encarcela al ladrón no porque haya violado bien y libertad ajenos, sino porque se ha acreditado como integrante inseguro de la Sociedad, y porque en esa falta de seguridad moral dormitan peligros futuros.

(...) El delito no es pues motivo sino sólo presupuesto necesario de la pena. Pero, ¿por qué? ¿Por qué sólo se pena después de que se ha delinquido? ¿Por qué es el delito el único síntoma mediante el cual se pueden conocer los peligros que amenazan a la Sociedad? ¿Cómo llega entonces la teoría relativa a la punición de un hecho que no es fundamento de la pena, de un hecho que sólo ha destapado el verdadero

---

(42) Una descripción más exacta de esta función, LESCH (not. 22), pp. 239 y ss., con más referencias de literatura. Véase también, REYES ALVARADO, *ZStW* 105 (1993), pp. 115 y ss.; EL MISMO (not. 41), pp. 947 y ss.

(43) BINDING, *Zeitschrift für das Privat- und öffentlichen Recht der Gegenwart* IV (1877), pp. 420 y ss. Cfr. también, BACIGALUPO, *FS Welzel*, pp. 478 y ss.

fundamento de la pena, a saber, la inseguridad de la Sociedad? ¿No sería más correcto otorgarle el agradecimiento de la Sociedad? ¿No sería desde este punto de partida tan sólo admisible responder al delito con una mejora de los mecanismos de culpabilidad y policía? ¿Y como puede la teoría relativa justificar degradar al delincuente, esto es, a un Hombre, como objeto del experimento consistente en saber si mediante la punición se pueden impedir fuentes de futuros males para otros Hombres igual que él? Aún más, puesto que este experimento en muchos casos transcurre sin éxito, como lo demuestra la pena, y su único motivo sería la utilidad, ¿equivoca su fin!... Pero una teoría de la pena que no sabe explicar por qué se impone ésta, por qué sólo la impone después de que se ha cometido el delito, por qué se le impone al delincuente a pesar de que su hecho no otorga el fundamento jurídico de la pena,...tal teoría no puede ya pretender un sitio en nuestra ciencia».

En otras palabras, se quiere decir lo siguiente: En una interpretación preventiva del derecho penal el injusto siempre es algo futuro que se tiene que evitar y que en sí no debe producirse —se trata de prevención—. Injusto se convierte por ello en un defecto de funcionamiento: el sistema del derecho penal ha fallado; es demasiado tarde para una protección del bien (objeto) jurídico dañado. El fin de una sanción preventiva no es tampoco lograr que se considere como no realizado el injusto de una lesión de bienes (objetos) jurídicos. Esta sanción no puede ni sanar, ni compensar mediante una reparación por daños y perjuicios, la lesión del bien (objeto) jurídico ya producida. En cambio, se trata sólo de evitar injustos futuros. Desde una interpretación preventiva, la sanción no se ocupa pues del dominio sobre un conflicto ya producido, sino que toma éste como motivo de una reacción, cuya utilidad se debe desplegar en el futuro. Con ello, y resumiendo, el delito es tan sólo presupuesto y no, fundamento de la pena. Sin embargo, esta concepción no es aceptable desde el punto de vista de la compensación de la culpabilidad; entendiendo aquí por culpabilidad, la realización culpable del tipo faltando todo contexto exculpante (44) y consecuentemente, por compensación de la culpabilidad, la resolución del conflicto social producido. El objetivo de la dogmática jurídico-penal normativista aquí sostenida es poner de manifiesto una relación funcional entre pena e injusto (45). Puesto que la pena ni puede compensar, ni puede considerar como no producida la lesión del bien (objeto) jurídico, toda consideración naturalista tiene que ser totalmente superada.

---

(44) La realización antijurídica del tipo es pues elemento de la culpabilidad; cfr. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín/New York, 1991, 17/2.

(45) LESCH (not. 22), p. 233 y ss. Al significado jurídico-penal de una relación teleológica entre hecho punible y pena se ha referido también ya BACIGALUPO, *FS Welzel*, p. 477 y passim.

#### IV. *Fundamentos de una dogmática jurídico-penal normativista*

Los cimientos de una teoría jurídico-penal normativista se encuentran en la teoría de la pena de *Hegel* que, para una mayor claridad, se reproducirá brevemente (46). En *Hegel*, hecho penal y pena no son aclarados como una secuencia de dos males causal-exteriores consecutivos, sino que son interpretados en un plano simbólico-comunicador, en un plano de la significación:

«La lesión, en cuanto [se refiere] sólo a la existencia exterior o a la posesión, es un *mal*, un *daño* en cualquier forma de la propiedad o de la capacidad; la eliminación de la lesión como daño es la satisfacción civil a modo de *indemnización*, en la medida en que tal pueda tener lugar» (47). Pero el delito ante el que la pena reacciona es «la coacción como fuerza, ejercida por el sujeto libre, la cual...lesiona el Derecho en cuanto Derecho» (48). La única «existencia positiva» de esa lesión «es como *voluntad particular del delincuente*». La lesión de esta voluntad particular en cuanto voluntad particular existente es, por tanto, la eliminación del delito, *que de otro modo sería vigente*, y es el restablecimiento del Derecho» (49). La pena es, en otras palabras, una «negación de la negación» (50).

Con esto se quiere decir lo siguiente: El delito no produce sólo un mal aprehensible empíricamente («la lesión en cuanto se refiere sólo a la existencia exterior o a la posesión»), sino —y tan sólo esto es penalmente relevante— un esbozo del mundo individual («voluntad particular») por parte del autor, a saber, su contradicción del Derecho, universal y objetivo, como la coordinación de bienes racional (51). La pena es el rechazo de esa contradicción («negación de la negación»), es la restauración del Derecho. *Hegel* percibió que resulta evidentemente irracional definir la pena simplemente de forma negativa, como una reacción, reflejada mediante un mal aprehensible empíricamente, frente a un delito entendido por su parte como un mal simplemente causal-exterior (en sentido del derecho civil). El hecho jurídico-penal y la pena no se asientan pues en el plano del ensamble de dos males, sino que lo hacen en el plano de la razón: el delito es lo irracional y la pena restablece de nuevo lo racional. De esta forma, la pena no es un mal, sino que es, en sí misma, racional; esto es, definida positivamente:

---

(46) Cfr. sobre todo también, SEELMANN, *JuS* 1979, pp. 687 y ss.

(47) HEGEL (not. 6), § 98.

(48) *Ibid.* § 95.

(49) *Ibid.* § 99.

(50) *Ibid.* § 97/adición.

(51) En tanto que ésta sea racional, lo que en este contexto no es de importancia.

«Si se considera el delito y su eliminación, en cuanto que ésta se determina en el futuro como pena, simplemente como un *mal*, se puede contemplar evidentemente como algo irracional querer un mal simplemente *porque ya existía un mal anterior*». Lo único que importa «es que el delito debe ser eliminado y precisamente no como la producción de un mal, sino como lesión del Derecho en cuanto Derecho» (52). Y la pena como «lesión que afecta al delincuente no es sólo justa *en sí...*, sino que es también un *derecho afirmado en el delincuente* mismo, esto es, en su voluntad *existente*, en su acción. Pues en su acción, en cuanto acción de un *racional*, establece que es algo universal, que a través suya se formula una ley que el delincuente ha reconocido en dicha acción para sí y bajo la cual él puede por lo tanto ser subsumido como bajo su derecho» (53). Ejemplo: «Al matar, afirma como universal, que está permitido matar» (54). Puesto que la pena se contiene en la acción del delincuente, como su propio *Derecho*, con ella se honra al delincuente como un racional (55). «Este honor no se le otorga, si no se toma de su propio hecho el concepto y la medida de su pena; menos todavía si se le trata como a un animal dañino al que hay que hacer inofensivo, o con los objetivos de intimidación y mejora».

Así, en la teoría de la pena de *Hegel*, el delincuente no es considerado como un animal, un enfermo mental, o como un ser diferente, sino como ser racional, como igual, como persona libre y responsable, a la que se le reconoce su derecho a conformar el mundo según su voluntad (56). En efecto, sólo entonces el delincuente puede ser tratado como un sujeto, al que se le otorga la competencia de contraponer al derecho su propio esbozo individual del mundo, esto es, a desautorizar la vigencia de una norma y con ello a la vez, a formular una ley, bajo la cual él mismo puede ser subsumido. El delincuente es pues tomado en serio como persona, lo cual significa: *responsabilidad* por las consecuencias es, necesariamente, la otra cara de la moneda que supone la *libertad* de poder organizar (57). Formulado de distinta manera: una persona que goza de un campo libre para poder autoadministrarse, asume con ello siempre, también la *propia* responsabilidad de las consecuencias de una adminis-

---

(52) HEGEL (not. 6), § 99.

(53) *Ibid.* § 100.

(54) WANNENMANN, Vorlesungsmitschrift über G.W.F. Hegel, Die Philosophie des Rechts (Heidelberg 1917/18), ed. por Ilting, Stuttgart 1983, p. 70.

(55) Evidentemente se trata de una racionalidad tan sólo formal: el delito es en su *forma* algo racional y general, pero su *contenido* permanece como una «acción irracional aislada» (cfr. HEGEL, *Rechts-, Pflichten- und Religionslehre für die Unterklasse*, citado de los *Nürnberg und Heidelberger Schriften 1808-1817*, Theorie Werkausgabe [redacción Moldenhauer/Michel], tomo 4.º, primera parte, § 20 [p. 244]); cfr. además SEELMANN (not. 46), p. 690.

(56) Véase H. MAYER, *FS Engisch*, pp. 77, 79.

(57) Véase el ejemplo gráfico de JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, Opladen 1993, pp. 34 y ss.; además cfr. también, NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen 1962, p. 15.

tración deficiente; existe así un sinalagma entre propia administración y propia responsabilidad; entre el derecho a gozar de campos de libertad y la obligación de cargar con los costes. Libertad sin responsabilidad no es libertad *personal* sino pura arbitrariedad.

Puesto que pena y delito en *Hegel* son trasladados del plano del mal empíricamente aprehensible, al simbólico-comunicador de las condiciones sociales básicas del Derecho, la pena no debe ser de la misma clase en sentido material (como en el talión) —como ésta era aún entendida por *Kant*—, sino que como compensación simbólico-comunicadora es de la misma clase *pero en un sentido valorativo* (58). Este valor no está preestablecido de ninguna manera en todo tiempo como algo fijo, sino que es relativamente determinado de acuerdo con el estado correspondiente de la Sociedad (59):

«Esta cualidad o magnitud es, empero, variable según la *situación* de la sociedad civil, y en esta situación radica el derecho de castigar con la muerte el hurto de una remolacha o de unos pocos centavos, o penalizar con una pena benigna un robo que ascienda a cien o muchas veces más valor... Un código penal pertenece por eso a su época en particular, y a la situación de la sociedad civil en ella». En tanto en cuanto «la sociedad está segura de sí misma», es «el delito siempre sólo una individualidad frente a ella, un algo aislado, sin solidez. La solidez de la sociedad misma da al delito la condición de un algo meramente subjetivo, que no parece surgido de la voluntad sensata, sino de un impulso natural. Mediante este punto de vista se da al delito una posición más atenuada, por lo que la pena será también más atenuada. Si la sociedad está todavía vacilante, se deben estatuir ejemplos mediante las penas, puesto que la pena es en sí misma un ejemplo frente al ejemplo del delito. En cambio, en la sociedad que está en sí firme, la positivación del delito es tan débil, que la eliminación de esa positivación debe medirse también según ella. Las penas severas no son por tanto injustas en y por sí, sino que están en relación con la situación de la época; un código penal no puede ser válido para toda época, y los delitos son existencias aparentes que pueden llevar consigo una mayor o menor desviación».

Concretemos resumiendo: Fundamento y finalidad de la pena en *Hegel* se reúnen en uno, puesto que su punto de vista es retrospectivo; su mirada se dirige por tanto hacia atrás, al orden perturbado por el delito; este orden permanece vigente, de forma que mediante la pena se vuelve de nuevo al camino correcto. A este respecto sería ya de principio incorrecto el escamotear a la teoría de la pena de *Hegel* una orientación mundano-social, y hablar así de una «poena absoluta ab effectu». Partiendo de la afirmación: «Lo que es racional es real; y lo que es real

---

(58) HEGEL (not. 6) § 101.

(59) *Ibid.* § 218 y adición.

es racional» (60), se trata para *Hegel* de un fenómeno mundano-social, es decir, del Estado, del ordenamiento jurídico, en otras palabras, de aquel orden que establece en general los fundamentos de la coexistencia social. La función social de la pena, que ya es patente en el punto de partida de la teoría de *Hegel* va a ser aclarada a continuación (61).

Cuando alguien penetra en el mundo de la *Naturaleza* abriga determinadas expectativas cognitivas; así por ejemplo: los árboles no se caen, los puentes tampoco, etc. Estas expectativas radican en procesos de aprendizaje ganados en el trato con la *Naturaleza*. En tanto alguien no ha aprendido a tener confianza en determinadas reglas de la *Naturaleza*, por ejemplo si contase siempre con que los puentes se caen cuando se está cruzando, no podría orientarse en la *Naturaleza*. En la *Sociedad*, esto es, en el campo de los contactos sociales, el Hombre debe poder recurrir a expectativas análogas (62). Tratándose de contactos sociales, orientación es tan sólo posible cuando en todo momento no se tiene que contar con un comportamiento cualquiera de los otros, puesto que si no, cada contacto se encontraría impregnado de un riesgo incalculable. En estos casos, atención no es suficiente; aquí también se debe poder, por tanto, confiar en unas determinadas reglas. Ya la propia existencia del contacto social muestra que no se espera cualquier hecho. Ejemplo: cuando un estudiante se sienta en clase, confía que su compañero no le va a robar la cartera, ni le va a clavar un cuchillo en el pecho.

Acontece, de todas formas, que hay veces en que las expectativas que se tienen de la *Naturaleza* son defraudadas, por ejemplo, cuando un árbol o un puente se caen. En tiempos pasados se hizo a la *Naturaleza* responsable de tales defraudaciones, v. gr. se latigaba al mar cuando se había hundido un barco. En un mundo desmitificado como el actual una reacción así significa, sencillamente, una reacción no adecuada: se sabe que la *Naturaleza* se rige según determinadas leyes y que éstas no pueden ser cambiadas. Así, hoy se reconduce la defraudación al *propio* comportamiento, en este caso equivocado, y el sujeto se acomoda y aprende, por ejemplo, a comportarse en el futuro de distinta forma, a tomar precauciones, etc. A esta forma de trabajar con las defraudaciones se le llama aprendizaje cognitivo. No ocurre lo mismo en la *vida social* exceptuando el trato con niños, con enfermos mentales, etc. Cuando se tiene enfrente a un *igual*, que por su parte ha defraudado expectativas aseguradas jurídicamente, no es necesario adaptarse, esto es, resolver el conflicto mediante aprendizaje; por ejemplo, no es necesario en el futuro llevar un chaleco antibalas cuando se sale de casa, ni contratar un

---

(60) *Ibid.* Introducción, p. 24.

(61) Véase JAKOBS (not. 44), 1/4 y ss.; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt 1980, pp. 101 y ss.; LESCH (not. 22), pp. 240 y ss.

(62) Véase LUHMANN, *Vertrauen*, 2.<sup>a</sup> ed., Stuttgart 1973, pp. 1 y ss.; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, 3.<sup>a</sup> ed., Opladen 1987, pp. 31 y ss.

guardaespaldas, etc. Muy por el contrario se puede en este caso reaccionar de distinta forma: se localiza el conflicto no ya en el propio comportamiento, sino en el comportamiento del autor, y se deja constancia de las expectativas contrafácticamente. Contrafácticamente significa: frente al suceso. Aquí se asienta la función de la pena: Se trata de atender y canalizar el desarrollo de defraudaciones de expectativas para conseguir, ante todo, la posibilidad de un esperar normativo que supere las frustraciones contrafácticamente. No sólo para la persona afectada (defraudada) en el caso concreto, sino para cualquiera, en definitiva, para la Sociedad en su conjunto, debe ser demostrado que el fallo se encontraba en el comportamiento del autor; es por ello que el individuo se encuentra todavía y para el futuro también en Derecho, cuando se orienta de acuerdo a la expectativa asegurada mediante la norma jurídico-penal.

Este fenómeno encaja, hablando en términos metafóricos, en un sencillo *diálogo*; hablando técnicamente, en dos esbozos diferentes del mundo (63). Ejemplo: X va andando por la calle con su cartera; él puede esperar —¡expectativa!— que se puede ir por la calle con una cartera sin ninguna traba. El autor Z, que roba la cartera de X, esboza el mundo de distinta manera: el dice lo contrario, a saber, que no se puede ir por la calle con carteras sin traba alguna. Mediante la pena se demuestra que el esbozo del mundo realizado por el autor Z no marca la pauta, y que la expectativa normativa que orientó el comportamiento de X es la vigente, tanto antes, como después del actuar de Z. Formulado de otra manera: la pena no debe ser vista, como reacción ante el conflicto —así como ante el quebrantamiento de la norma—, como un suceso tan sólo exterior causal, pues en ese caso se llegaría a la, ya censurada por *Hegel*, secuencia de dos males. Por el contrario, la pena tiene un significado muy concreto, y es aclarar, que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia. Se muestra que el autor no ha organizado el mundo de forma correcta: por ello se le retiran medios para poder seguir organizando. Delito (quebrantamiento de la norma) y pena se localizan en el plano del *significado* y no de aquél, tan sólo exterior, empíricamente tangible, de los resultados materiales del delito. Pena y delito son actos simbólicos, tienen un contenido simbólico-comunicador; deben ser entendidos como discurso y respuesta (64). De nuevo, ejemplificativamente: el desvalor del hurto cometido por Z ante el cual reacciona la pena, no se encuentra en la pérdida de la cartera por parte de X —esta parte del conflicto le corresponde al derecho civil—, sino que se halla en que Z ha afirmado que la norma que protege ir por la calle sin impedimentos con la cartera, no tiene vigencia. O: el mal específicamente jurídico-penal de un homicidio no es el cadáver de la víctima —ese daño es, además, irre-

---

(63) JAKOBS (not. 44), 1/9 y ss.; DERKSEN, GA 1993, 170.

(64) JAKOBS (not. 44), prólogo p. VII.

parable—, sino el ataque del autor a la vigencia de la norma que prohíbe matar. En palabras de *Hegel*: «Al matar, afirma como universal, que es permitido matar». (65) Mediante la pena se refuta esta afirmación del autor y se demuestra para todos que, tanto antes como ahora, la norma tiene vigencia, y que aquél que se orienta de acuerdo a ella estará actuando correctamente.

Resumo el razonamiento expuesto hasta ahora: La pena sirve para la estabilización de expectativas que se pueden abrigar en la vida en Sociedad; éstas, en caso de defraudación, no deben decaer sino que pueden mantenerse contrafácticamente. El delito, el hecho del autor, es un esbozo del mundo que se contrapone, contradiciéndolo, al esbozo del mundo que por su parte realizó la víctima. Puesto que el esbozo del mundo de la víctima se corresponde, empero, con una expectativa *normativa*, generalizada y garantizada por el Estado, el conflicto es público, el esbozo del mundo de la víctima se reafirma pues ante *todos*, ante la Sociedad en su conjunto: todos deben persistir en sus expectativas; pueden confiar en la vigencia de la norma. «El contenido de una pena así entendida no es», dice *Jakobs*, «que el autor en el futuro no delinca, sino únicamente que es correcto confiar en la vigencia de la normas» (66). Esto no debe ser entendido como si la finalidad del derecho penal fuese un «ejercicio en la confianza normativa» en un sentido real-psicológico, demostrable empíricamente (67), algo así como un querer y poder que la pena se desarrolle contrafácticamente, que se confíe en la vigencia de la norma. Por el contrario, se trata tan sólo de mostrar que en el futuro también uno *puede continuar* orientándose según la norma; que uno se encuentra *en consonancia con el Derecho* cuando confía en la vigencia de la norma.

Esta teoría de la pena que ha sido presentada brevemente suele ser designada con el nombre de «prevención general positiva». Esta denominación no me parece acertada y, debido al peligro de confusión con algún otro efecto que igualmente es descrito bajo este mismo rótulo de «prevención general positiva» (68),

(65) WANNENMANN (not. 54), p. 70.

(66) JAKOBS, *ZStW* 101 (1989), p. 517.

(67) Así empero, por ejemplo, RUDOLPHI (not. 29), p. 71; EL MISMO, *FS für Jescheck*, p. 570; SCHÖCH, *FS Jescheck*, p. 1084.

(68) Me refiero: fortalecimiento de la conciencia colectiva (DURKHEIM, *Über soziale Arbeitsteilung* [traducido por Schmidts, revisado por Schmid] Frankfurt 1988, pp. 118 y ss.), fortalecimiento del valor del acto de la convicción jurídica (WELZEL, *Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes*, en: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín/New York 1975, pp. 228 y ss.; EL MISMO, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín 1969; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 4.ª ed., Berlín 1988, pp. 4, 61; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen 1963, p. 63; STRATENWERTH, *Strafrecht AT I*, 3.ª ed., Köln/Berlín/Bonn/München 1981, not. marg. 25) o ejercicio de confianza en el Derecho (JAKOBS [not. 44], 1/55; ACHENBACH, *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*, en: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* [comp. por Schünemann], Berlín/New York 1984, pp. 142 y ss.; HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Aarau und Frankfurt 1976, pp. 162 y ss.; HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., München 1990, pp. 324 y ss.: correspondiéndose con el lema de NIETZSCHE: «la pena tiene el fin de reformar a quien es impuesta» (NIETZSCHE, *Werke*, ed. por Baumeier, tomo 3.º, Leipzig 1930, *Die fröhliche Wissenschaft*, libro tercero, número 219, p. 168).

poco afortunada (69); en efecto, no se trata aquí de fines preventivos (70), esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento. Se trata por el contrario, de una *teoría retributiva funcional* que oscila entre una fundamentación absoluta y una relativa, en donde fundamento y fin de la pena se unifican y adquieren, no sólo una dimensión dialéctico-hegeliana, sino también práctico-utilitarista. Es absoluta, en tanto se pena «qui peccatur est» y no «ne peccetur». Es relativa, porque esa punición no es «absoluta ab effectu», no es fin en sí misma, sino que tiene una función, a saber, el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social. Esto es lo único que se corresponde con el principio de culpabilidad: el autor responde sólo por su culpabilidad (71). Esta culpabilidad se encuentra en la perturbación del orden. La pena es la remoción de ésta perturbación, es la cancelación de la culpabilidad.

Establezcamos por tanto las consecuencias de nuestra teoría de la pena: Injusto jurídico-penal, cuyo concepto hasta ahora había sido confundido con la culpabilidad, es explicado, según su contenido, no ya como un ataque externo a bienes jurídicos, sino como comunicación referida al Derecho. Se trata de una defraudación de expectativas normativas, es decir, un comportamiento mediante el cual el autor demuestra que pone en tela de juicio la validez de la norma en una situación concreta. Esto significa, que para la interpretación del injusto penal no se está a la *valoración de sucesos del mundo exterior*, sino al *significado* de estos para la *vigencia de la norma*. Formulado de otra manera: un proceso material-naturalista es *como tal* siempre insignificante —también aunque fuese evitable—, y en verdad también aunque se trate de un ataque a un bien jurídico (72). El derecho penal, al igual que lo pretendido con la sanción, no se despliega en el campo de los daños a bienes jurídicos, sino en el de los daños a la vigencia, esto es, en un plano inmaterial, demostrativo-simbólico. Dicho en palabras del hegeliano Berner: «Que el delito es una lesión jurídica no conforma su cara objetiva, sino su *contenido específico*, que se manifiesta perfectamente tanto en la acción *subjetiva* como en la *objetiva*» (73). El descubrimiento de este «contenido específico» es el terreno que ha conquistado la teoría de la *imputación objetiva*.

---

(69) Planteamiento de una diferenciación en NEUMANN/SCHROTH (not. 61), pp. 33 y ss., 101 y ss.

(70) Otro punto de vista, JAKOBS (not. 44), 1/14.

(71) Véase H. MAYER, *FS Engisch*, p. 79.

(72) LESCH (not. 22), pp. 253, 256 y ss.; REYES ALVARADO, *ZStW* 105 (1993), p. 119 y passim; EL MISMO, (not. 41), p. 951 y passim.

(73) BERNER, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, Berlín 1847, p. 43.

## V. Respecto de la teoría tradicional de la intervención: Diferenciación cualitativa entre autoría y participación

La doctrina tradicional de la intervención en el delito, parte de una diferencia cualitativa entre autoría y participación. El fundamento de esa desigualdad se encuentra en la suposición de que el autor lleva a cabo su *propio* hecho específico, existiendo por tanto un injusto *propio* del autor que no es, a la vez, el mismo que él de los partícipes. Esta diferenciación pretenden localizarla en relación a las llamadas «normas de comportamiento» [1] y —lo que suele ser más habitual—, en el plano de la tipicidad [2]; por otra parte, la teoría del dominio del hecho también conduce a ella [3].

### 1. Fundamentos de la teoría de la normas

En los últimos tiempos, *Rudolphi* y su discípulo *Stein* han intentado fundamentar una desigualdad cualitativa entre autoría y participación, suponiendo diferentes normas de comportamiento del autor y del partícipe respectivamente (74). Se trata por tanto del terreno de la ya tradicional teoría de las normas, que constituye el fundamento dogmático de la llamada «teoría personal del injusto» hoy dominante en Alemania (75), y que en *Armin Kaufmann* encontró su defensor más sobresaliente. Punto de partida de esta teoría de las normas es el dogma del naturalismo que, como ya se examinó, asigna al derecho penal la labor preventivo-policial de evitar lesiones de bienes (objetos) jurídicos. Prevención significa dirección del comportamiento y la dirección del comportamiento se exige mediante normas de comportamiento, también llamadas «normas de determinación» o «imperativas». Destinatario de tales normas es un sujeto que debe ser motivado a evitar las lesiones del bien (objeto) jurídico, es decir, que debe ser motivado a la omisión de una acción lesiva de un bien (objeto) jurídico (prohibición), o a la ejecución de una acción protectora de bienes (objetos) jurídicos (mandato).

La norma preventivo-directora del comportamiento sólo puede exigir y esperar de un sujeto, siempre y cuando éste pueda también establecer de forma final sus cursos causales en el futuro (76); la norma no

---

(74) RUDOLPHI, *FS Jescheck*, pp. 559 y ss.; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlín 1988. Véase sobre esto, detalladamente, LESCH (not. 22), pp. 200 y ss.

(75) Cfr., por ejemplo, ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen 1954, pp. 69 y ss.

(76) ARMIN KAUFMANN (not. 75), p. 106; WELZEL (not. 11), p. 114; EL MISMO (not. 33), p. 129; ZIELINSKI *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*; Berlín 1973, pp. 121, 143; RUDOLPHI (not. 29), p. 76.

puede aplicarse a factores causales ciegos («prohibiciones de causar son absurdas»), sino tan sólo a la *voluntad final*, esto es, sólo se pueden mandar o prohibir acciones humanas sin extenderse más allá de la capacidad del Hombre de poder dirigir sucesos causales (77). En cuanto a la norma, se trata mediante la motivación de sus destinatarios de manipular correspondientemente el proceso de formación de su *voluntad*; la norma ordena sólo a la voluntad y en verdad sin tener en cuenta el significado social de la *puesta en práctica* de esa voluntad (78); en efecto: —como Armin Kaufmann formuló— «una prohibición a la nieve de convertirse en alud sería» tan absurda y sin sentido, como «una prohibición a los zorros de no robar gansos» (79).

No puedo, en el marco de esta exposición, entrar en detalle sobre lo expuesto por Rudolphi y Stein sobre la intervención delictiva en su relación a la teoría de las normas, sino que tan sólo me limitaré a una crítica general de sus bases naturalistas. Entender la norma de comportamiento como imperativo, conduce forzosamente a la división de la acción en un movimiento corporal y en un resultado, en otras palabras, a la diferenciación del llamado «desvalor de acción» (lesión de un deber) del llamado «desvalor de resultado» (menoscabo de bienes [objetos] jurídicos). Siendo el desvalor de resultado definido causal-exteriormente, su emplazamiento en la estructura normativa resulta de lo más oscuro, lo que en definitiva, conduce a que su inclusión en el injusto en cualquier caso ya no pueda ser *normológicamente* fundamentada (80). Injusto, entendido como comportamiento contrario a la norma, depende exclusivamente, en cambio, de una perspectiva ex-ante del imperativo: puesto que una prohibición no puede abarcar más allá, de lo que puede un actuar dirigido a un fin, caduca el efecto de la prohibición siempre y definitivamente, allí donde el Hombre ha hecho todo lo que creía que debía hacer para la consecución de su meta. Lo único prohibido son pues *acciones* y no resultados, y en verdad acciones sólo *dirigidas* al resultado (en

---

(77) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo I, 4.<sup>a</sup> ed., Leipzig 1922, p. 108, y tomo IV, Leipzig 1919, p. 341; ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 105 y ss.; EL MISMO, *Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens*, en: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1982, pp. 17 y s.; EL MISMO, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, en: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert* (ídem), pp. 153 y ss.; MIR PUIG, *FS Jescheck*, p. 352; EL MISMO, *GS Armin Kaufmann*, pp. 253 y ss., 260 y ss.; SUÁREZ MONTES, *FS Welck*, p. 383; RUDOLPHI (not. 29), pp. 72, 76, 79; EL MISMO, *FS Jescheck*, p. 571.

(78) Véase sobre este punto ya BIÉRLING, *Juristische Prinzipienlehre*, tomo 1.º, Reimpresión de la ed. de 1894-1917, Aalen 1961, p. 178; HOLD V. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, tomo 1.º, Jena 1903, p. 289.

(79) ARMIN KAUFMANN (not. 75), p. 105.

(80) Expresándose así y, en el resultado, acertado, STEIN (not. 74), pp. 81 y ss., así como los «subjetivistas radicales» de la llamada escuela de Bonn, por ejemplo, ARMIN KAUFMANN, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht* (not. 77), pp. 151 y ss.; ZIELINSKI (not. 76) *passim*; MIR PUIG, *FS Jescheck*, pp. 343 y ss.; EL MISMO, *GS Armin Kaufmann*, pp. 262 y allí la not. 14, 263 y ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y desvalor de acción*, Buenos Aires 1991, *passim*.

tentativa) y no acciones *eficientes* para el resultado; —«injusto es el acto contrario al deber— y sólo él» (81).

Además es igualmente cuestionable, por qué realmente el completo desvalor (de acción) se fundamenta en una voluntad *objetivada* y no ya simplemente, *per se*, en una intención dirigida a la lesión de bienes (objetos) jurídicos. Si la norma de determinación, en correspondencia con su función de dirigir preventivamente el comportamiento, tan sólo pretende motivar de una forma correcta la voluntad y en consecuencia, no puede ser enlazada con unos hechos objetivos, sería obligado subjetivar radicalmente el desvalor de acción, como *Zielinski*, consecuentemente, ha propuesto: la materia de la norma se limita al contexto final, el desvalor de acción a la finalidad típica (desvalor de la intención) (82). «En coherente desarrollo del concepto personal del injusto», como apuntó *Armin Kaufmann*, «el substrato valorativo del juicio contrario a la norma viene determinado, tan sólo, por el sentido que el autor da a su hecho con el dolo. Incluso la tentativa supersticiosa *es pues injusto*» (83). Según esto, injusto es definido como un *suceso interno entre el sujeto del deber y la norma*, desprovisto de *toda relevancia social*. Nadie atribuye a los defensores de esta corriente el haber escamoteado el principio del hecho (84), pero ninguno de ellos ha podido aclarar hasta ahora, sin ruptura del sistema, si la objetivación de la intención tiene algún significado para el injusto, y en caso afirmativo, cuál. La actividad del dolo, que es, a causa del principio del hecho («de internis nun iudicat praetor»), lo único penalmente relevante, debería englobarse por tanto como cualquier otro «resultado» bajo la rúbrica «condiciones objetivas de punibilidad» (85). Injusto sería, como es interpretado por los partidarios de la teoría de las normas, un algo subjetivo, esto es, un ataque a bienes (objetos) jurídicos que sucede tan sólo en la cabeza del autor.

Cuando sólo el sentido subjetivo definido por el autor mediante el dolo, empero, determina el substrato valorativo del juicio de la contrariedad a la norma, el horizonte de ésta no es ya el medio en el que se desenvuelve la Sociedad (86). En efecto, el sentido que el autor da a su hecho, no tiene por qué ser idéntico al que la Sociedad le atribuya. A normas, que sólo van referidas al sentido individual de sus destinatarios, les falta la sinceridad con la Sociedad, les falta, ante todo, una completa

---

(81) ZIELINSKI (not. 76), p. 143.

(82) ZIELINSKI (not. 76), pp. 124, 143 y *passim*.

(83) ARMIN KAUFMANN, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht* (not. 77), p. 161.

(84) Véase, por ejemplo, MIR PUIG, *FS Jescheck*, p. 344.

(85) Sobre las tentativas imposibles, el desvalor de acción para ensanchar los componentes social-objetivos, o el llamado «desvalor del resultado» incluido en el injusto, con una fundamentación libre de contradicciones sistemáticas, véase LESCH (not. 22), pp. 210 y ss.

(86) JAKOBS, *GS Armin Kaufmann*, pp. 273 y ss.

referencia a las condiciones fundamentales bajo las cuales ésta, el contacto social, en definitiva, la comunicación entre personas, se desenvuelve: el «mundo del Derecho» no sería —en contra de lo afirmado por *Welzel* (87)— el «mundo de la vida social». Ya *Stratenwerth* vio esta relación y criticó que un derecho penal fundamentado tan sólo normológicamente reduce procesos de ejecución complejos a un potencial suceso motivacional. El derecho penal es, empero —así lo pone de manifiesto *Stratenwerth* acertadamente—, un fenómeno social al que pertenece no simplemente un autor, sino además, un ofendido y la generalidad. Para una dogmática jurídico-penal normativista es evidente que una concretización de su teoría de la imputación y del injusto ha de renunciar totalmente a lo dicho desde la teoría de las normas. En efecto, en primer lugar, una dogmática normativista sienta las bases del sistema en un contexto *social*. En segundo término, la teoría de las normas de la llamada «teoría personal del injusto» se encuentra presa del dogma naturalista de la protección preventivo-policial de bienes jurídicos y opera por tanto, sobre la base de una teoría de la Sociedad ya superada, que evalúa de forma equivocada las condiciones fundamentales de la convivencia social. Y en tercer, y último lugar, la dogmática normativista se preocupa de encontrar un denominador común entre delito y pena, lo que, *per se*, no puede lograr una teoría de las normas orientada preventivamente. Injusto penal no debe ser interpretado sobre la base de normas de comportamiento *ajenas* al derecho penal, sino que debe ser interpretado de forma *genuinamente penal*, tomando por tanto como referencia la sanción, esto es, teniendo en cuenta la función de las consecuencias jurídicas propias del derecho penal. Eso es lo referido cuando se definen delito y pena como «discurso y respuesta».

Evidentemente, una dogmática normativista, en cuanto aclara injusto penal como contradicción a la norma, debe poder compaginarse con una teoría de las normas. Pero esta teoría de las normas no tiene nada en común con la teoría de las normas naturalista, llamada «personal del injusto». El deber-ser de la norma de que se trata en derecho penal no es un imperativo, sino un *símbolo* para la expectativa de *vigencia* contrafáctica de la norma (88). Contrariedad ésta que no significa pues la realización corporal (o la no-realización) de un comportamiento que representa lo contrario al *contenido* fijado por el deber-ser de una norma de determinación (preventivo-directora del comportamiento). Así por ejemplo, la contrariedad a la norma no se determina a través del contenido descriptivo «tu no debes golpear a nadie mortalmente», esto es, no mediante la realización corporal de uno de los comportamientos valorados por tal norma como no-deber-ser, en definitiva, no a través de la ejecución de un homicidio final. La *contrariedad normativa* genuinamente *jurídico penal* no se refiere a aquel contenido de la norma localizado en el

---

(87) WELZEL (not. 33), p. 153.

(88) Véase, detalladamente, LESCH (not. 22), pp. 244 y ss. con referencias.

campo de la *defensa frente a peligros* (esto es, en el ámbito del *derecho de policía*), sino que sólo se refiere a la *vigencia* de la norma, y muestra con ello la negación de su obligatoriedad para la situación de hecho. Nuevamente mediante el ejemplo anteriormente presentado: «cuando él mata, afirma como universal, que está permitido matar». Esta contrariedad normativa genuinamente jurídico-penal no se constituye mediante las disposiciones individuales-psíquicas del autor, sino a través de la comunicación y de la imputación.

## 2. *Diferenciación en el plano de la tipicidad: el concepto restrictivo de autor*

Retornemos a la diferenciación cualitativa entre autoría y participación y a las teorías que defienden su viabilidad. Ya hemos aclarado que tal desigualdad se trata de localizar también en el plano de la tipicidad y ello por obra y gracia del concepto restrictivo de autor, esto es, la «simple verdad de que autoría es igual a la ejecución de lo recogido en el tipo» (89). De esta forma, cuando se identifica el hecho del autor con la realización típica (90), queda tan sólo una definición negativa de la participación: participación es la no ejecución propia del hecho, es decir, en cualquier caso algo cualitativamente distinto de la autoría.

Pero esta equiparación de la autoría con la realización del tipo no es, por varios motivos, defendible; esto va a ser demostrado en primer lugar, ejemplificando con la coautoría. Cada coautor tiene que llevar a cabo, por definición, menos que la (completa) realización de un tipo. En otro caso sería evidentemente la figura de la coautoría superflua, pues precisamente la gracia de la coautoría se encuentra en poder fundamentar un responsabilidad por autoría cuando el aporte individual de cada interviniente no es suficiente, esto es, cuando no se corresponde con una completa realización del tipo. Ergo: no puede ser cada coautor individual identificado con el sujeto de las descripciones del delito que se recogen en la parte especial. Cuanto más pronunciada sea la división de trabajo en la prestación de los aportes, de forma más evidente habrá que renunciar a criterios formal-objetivos (esto es, circunscritos al tipo) para la determinación de la responsabilidad de los diversos intervinientes. Esto rige especialmente, cuando las llamadas «acciones ejecutivas» no

---

(89) HERZBERG, *ZStW* 99 (1987), 51. Sobre esto y en lo siguiente, detallado, LESCH (not. 22), pp. 76 y ss., 161 y ss.; además, EL MISMO, *GA* 1994, 118 y ss.

(90) Cfr., en vez de muchos, ROXIN, en: *Leipziger Kommentar zum StGB* (ed. por Jähne/Laufhütte/Odersky), 11.<sup>a</sup> ed., Berlín/New York 1993, not. marg. 12 antes del § 25 y not. marg. 34 del § 25, que parte de que «la descripción típica establece a la vez una descripción del autor», y de «que el autor no es otro que el sujeto descrito en el delito de la parte especial». Además, EL MISMO, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín/New York, 1973, pp. 20 y ss.

son llevadas a cabo en un mismo momento, sino que se extienden en el tiempo o incluso constan de varios actos, siendo además ejecutadas en forma de división de trabajo. Sobre todo en este último caso, resulta palmario que el acto concreto es una simple *parte* del hecho, esto es, supone tan sólo *un fragmento* y no una completa realización del tipo (91). Ejemplo: A y B se ponen de acuerdo para atracar un banco. A amenaza al encargado de la caja con una pistola, mientras B guarda el dinero en una bolsa. Aquí, la llamada «acción ejecutiva del robo [§ 249 StGB (92)] está dividida en dos actos. A lleva a cabo de forma inmediata la acción coactiva [§ 240 StGB (93)], en tanto que B simplemente se apropia de la cosa de propia mano [§ 242 StGB (94)].

Ninguno de los dos realiza por tanto la acción tipificada en el § 249 StGB. Resumiendo —si es que se toma en serio el concepto restrictivo de autor—: A ejecuta unas coacciones en calidad de autor y B, igualmente como autor, un hurto; si bien el tipo del § 249 parece haber sido ejecutado, en verdad ninguno de los intervinientes es responsable como autor del mismo.

Este defecto que se acaba de constatar ha sido también, al menos en principio, reconocido y admitido por los propios defensores del concepto restrictivo de autor. Así por ejemplo, *Roxin* ha definido al autor como «figura central de la acción determinante del suceso» (95). La «expresión más evidente» de esta «figura central», esto es, el «prototipo de autoría», estaría representada por el que ejecuta de propia mano los elementos del tipo (96). Pero para considerar a algún interviniente como coautor, *Roxin* quiere (¡y debe!) contentarse con que éste posea «el aspecto dominante de la figura central del suceso típico» («Leitgesichtspunkt der Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens»)

(91) A causa del *quantum* del injusto que se imputa en su totalidad a cada uno de los intervinientes, la adopción de una coautoría en vez de una autoría es también relevante, aun en el caso de que varios intervinientes desde un punto de vista aislado ya pudiesen ser considerados autores en virtud de sus aportes (cfr. HÄLSCHNER, *GS* 25 [1873], I 19).

(92) § 249 StGB: «Robo. (1) El que sustrae una cosa mueble ajena de otro, con fuerza contra una persona o aplicando amenazas de un peligro actual para el cuerpo o la vida, con la intención de apropiarse de ella con ánimo de lucro, será penado con pena privativa de libertad no inferior a un año. (2)...» (N. del t.)

(93) § 240 StGB: «Coacción. (1) El que antijurídicamente coaccione a otro con fuerza o mediante amenaza de un mal de entidad importante, a una acción, consentimiento u omisión, será penado con pena privativa de libertad hasta tres años o multa, y, en casos especialmente graves, con pena privativa de libertad de seis meses hasta cinco años. (2) El hecho es antijurídico si la aplicación de fuerza o la amenaza del mal para el fin pretendido, se considera como reprochable. (3)...» (N. del t.)

(94) § 242 StGB: «Hurto. (1) El que sustrae una cosa mueble ajena a otro, con la intención de apoderarse con ánimo de lucro de ella, será penado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa. (2)...» (N. del t.)

(95) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5.<sup>a</sup> ed., Berlín/New York 1990, p. 25.

(96) ROXIN (not. 95), p. 127.

en tanto *sea posible* la correspondencia (97). Con ello queda algo claro: en la coautoría «la figura central» que, como autor, debe realizar el tipo, ¡precisamente no existe! En la ejecución delictiva en forma de división de trabajo no existen, por principio, varios hechos de cada uno de los (co)autores, sino un único hecho que se imputa a todos los intervinientes en conjunto. Sujeto de la realización típica es pues sólo el *colectivo* de los coautores en forma de división de trabajo, pero no cada uno por separado. La simple identificación de la autoría con la ejecución del tipo es, por tanto, equivocada; el concepto restrictivo de autor, un error.

Además la fórmula «ejecución del tipo igual a autoría» no es tampoco defendible desde el punto de vista de la autoría. Precisamente la tentativa se distingue porque el tipo no ha sido ejecutado, o al menos, no lo ha sido en su totalidad. Si se tomase por tanto en serio la fórmula del concepto restrictivo de autor, no sería posible una autoría en la tentativa por faltar la realización típica. No habría entonces una *tentativa* de ejecutar el hecho *en calidad de autor*, sino sólo una *tentativa de autoría*. Y si la tentativa fuese simplemente una tentativa de autoría, se le pediría cuenta a ese actuante por un comportamiento, que ni es autoría ni es participación. Además el injusto de la consumación no supone frente al de la tentativa un *aliud*, sino simplemente un injusto *incrementado cuantitativamente* (98); formulado de otra forma: tentativa y consumación señalan simplemente distintos grados de ejecución. Por ello, se admite habitualmente que en la tentativa y en la consumación, en principio, se puedan presentar idénticas formas de intervención delictiva (99). «Autoría no presupone un hecho consumado. También quién realiza un hecho en grado de tentativa es autor» (100). Quien quiera tomar en serio el concepto restrictivo de autor ha de aclarar por qué lo dicho es erróneo; por qué la tentativa en vez de esto, no supone una forma de intervención propia, algo, por otra parte, no previsto en el código penal alemán; por último, cómo entonces se fundamenta la indiscutible capacidad de la tentativa para constituir el «hecho principal» (101), según §§ 26, 27 StGB (102).

(97) ROXIN (not. 95), p. 278.

(98) Véase JAKOBS, JZ 1988, 519; EL MISMO, GS Armin Kaufmann, p. 277.

(99) SCHÜTZE. *Die notwendige Theilnahme am Verbrechen*, Leipzig 1869; BERNER (not. 73), p. 178, BLOY *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín 1985, p. 265; LESCH (not. 22), pp. 86 y ss.

(100) *Entwurf* 1962, BT-Drucks. IV/650, Begründung, p. 149; *Amlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung*, Berlín 1925, 2. Teil, Begründung, p. 25; *Entwurf* 1927, Reichstags-Drucks. III 1924/27, n.º 3390, Begründung p. 27.

(101) Cfr. también, BLOY (not. 99), p. 265.

(102) § 26 StGB: «Instigación. Como instigador será penado en la misma forma que el autor, él que dolosamente determine a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico».

§ 27 StGB: «Complicidad. (1) Será penado como cómplice, él que dolosamente preste ayuda a otro en la comisión dolosa del hecho antijurídico de éste. (2)...» (N. del t.).

Puesto que tal explicación —si es que se intentase— no podría apenas tener éxito, no queda otro remedio que reducir el postulado del concepto restrictivo de autor a una fórmula en la cual el contenido podría ser, por ejemplo, «autoría, *en parte*, igual a ejecución del tipo, esto es, a ejecución de una acción ejecutiva». Una fórmula de este tipo comporta desde luego, que cada uno de los aportes en el período ejecutivo, incluso los insignificantes o absolutamente no-causales, deba conducir indefectiblemente a la autoría, lo que, evidentemente, no es de recibo (103). Ejemplo (104): A y B planean un robo y preparan todo de forma minuciosa. Se hacen acompañar, como experto, de un cristalero, de forma que éste corta el vidrio de una ventana de la casa de la víctima. Está planeado que A y B finalmente retiren silenciosamente el trozo de vidrio cortado y a través del agujero penetren en la vivienda, llevando a cabo de esta forma el robo. No se llega empero a este punto, puesto que se ven sorprendidos por un coche de policía que pasaba por allí. El comportamiento del cristalero marca aquí indudablemente el comienzo de la tentativa, es pues, una acción ejecutiva. Con ello estaría fundamentada la autoría del cristalero, y ello también cuando el robo sí que se hubiese consumado, y en verdad incluso, cuando A y B finalmente, y en contra de lo planeado, no hubiesen entrado por la ventana sino mediante una ganzúa, por la puerta. Diferenciando *cualitativamente* entre autoría y participación en el plano de la tipicidad, es, *per se*, imposible aceptar que en una ejecución delictiva en progresión, el *contorno* de la intervención delictiva y con ello la diversidad de roles de los intervinientes puedan *cambiar*. Tal fenómeno sólo podría ser explicado, en principio, con una diferenciación *cuantitativa*. Así pues, se reitera que la «simple verdad» del concepto restrictivo de autor no es más que un «simple error».

Finalmente, también merecen crítica las obligadas explicaciones que desde el concepto restrictivo de autor se dan como aclaración de la punibilidad del partícipe. Ya se ha hecho mención a que la identificación entre autoría y realización típica en primer término supone una determinación negativa de lo que ha de ser la participación: participación sería, en todo caso, la no realización propia del hecho. Con ello, quedan sólo dos soluciones posibles para la fundamentación de la participación: o se formula (renunciando a una imputación accesoria) un injusto propio, autónomo, por el que cada partícipe deba responder, esto es, una especie de delito de participación, que en relación con la realización típica *ajena* sencillamente suponga un *aliud* (105); o, y ésta es la segunda alternativa

---

(103) Sobre esto, véase también LESCH (not. 22), pp. 87 y ss.

(104) Según JAKOBS (not. 44), 22/19; un ejemplo similar se encuentra también en LESCH (not. 22), p. 88.

(105) Tal concepción es defendida en Alemania por LÜDERSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden 1967 *passim* (de todas formas con apoyo en la concepción extensiva de autor, *ibíd.* pp. 25, 29); SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., Tübingen 1975, 14/56 y ss.; M.K. MEYER, *GA* 1979, 252 y ss.; STEIN (not. 74), *passim*; en el ámbito hispanohablante, SANCINETTI (not. 80), *passim*.

posible, se le imputa al partícipe simplemente el injusto típico *ajeno*, y con ello a la vez, en calidad de autor (solución basada en la accesoriidad).

En coherencia con su punto de partida, el fundamento de cualquier solución no accesoria lo constituye la tesis de que la responsabilidad de cada interviniente se limita a su propio injusto (106). Esta tesis se podría apoyar aparentemente en el principio general de que «no a cada uno concierne lo de todos» (107), en otras palabras, que habitualmente nadie debe responder por el comportamiento inadecuado de otros, por injusto *ajeno* (108). La *prohibición de regreso* formulada de esta manera (109) es, como momento general de la imputación penal, la consecuencia de un *principio de autoresponsabilidad* entendido en sentido normativista. De todas formas, no parece razonable, por dos motivos, el sacar consecuencias de este principio, en sí correcto, para fundamentar una teoría de un delito autónomo de intervención. En primer lugar, el aporte de un interviniente cuando existe ejecución dividida no produce la *totalidad* sino tan sólo, una *parte* del injusto típico. Si se renunciase a la accesoriidad no se podría entonces fundamentar la responsabilidad por la parte ejecutiva que fue realizada de propia mano por el otro interviniente; explicado mediante un ejemplo: si para explicar un robo que se ha efectuado en forma de división de trabajo, y por tanto, en él que un interviniente v. gr. tomó la cosa mientras que el otro tan sólo amenazó, se renunciase al uso de una imputación accesoria, uno de los intervinientes sería *solo* competente respecto de un hurto (§ 242 StGB), en tanto al otro le incumben *sólo* unas coacciones (§ 240 StGB): del injusto *completo* de un robo en común (§ 249 StGB), no responde *nadie*. En segundo lugar, dicha teoría del delito autónomo de intervención debe asimismo rechazarse, teniendo en cuenta que una intervención en el delito mediante una cooperación en la fase de preparación también es posible (110). Si se quisiese en este caso constituir un injusto autónomo para cada interviniente, renunciando así a una fundamentación con base en la *accesoriidad*, de

---

(106) LÜDERSSEN (not. 105), p. 25; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, Berlín 1972, p. 482.

(107) JAKOBS, ZStW 89 (1977), 30.

(108) V. BAR, *Die Lehre vom Causalzusammenhang im Rechte, besonders im Strafrechte*, Leipzig 1871, p. 22; BIRKMEYER, *Die Lehre vom der Teilnahme*, Berlín 1890, pp. 116 y ss.; M.E. MAYER, *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*, Freiburg 1899, p. 104; WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlín 1967, pp. 285 y ss.; LANGER (not. 106), p. 483; LESCH (not. 22), p. 165 con más referencias.

(109) Detallado, SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen*, Tübingen 1986, pp. 1, 6 y passim; JAKOBS, ZStW 89 (1977), 1 y ss.; MEYER-ARNDT, *Wistra* 1989, 281 y ss.; LESCH (not. 22), pp. 162 y ss., 278 y ss.

(110) Esto es en cualquier caso indiscutido para la complicidad, mientras que para la coautoría, en una interpretación correcta también debe ser así; véase, JAKOBS (not. 44), 21/47; LESCH (not. 22), pp. 118 y ss., así como infra V.3.

la responsabilidad de quien no llevó a cabo acciones ejecutivas, esto es, sin fundamentar la imputación de la ejecución realizada por mano ajena, se estaría entonces obligado a declarar injusto el comportamiento que se lleva a cabo en la *fase previa* (=fase que todavía no puede ser considerada tentativa): el principio del hecho resultaría, de esta forma, quebrantado. Además: si los preparativos de un interviniente que colabora en la fase previa no deben ser punibles *per se* (esto es, también sin *hecho principal*, entonces la *punibilidad* en, y de esa fase, es obvio que depende de que se realice *otro hecho* (a saber, el hecho principal), algo así como en forma de una condición objetiva de punibilidad; pero el fundamento para tal dependencia, si es que se ha renunciado a la accesoriedad y se atiende tan sólo a la limitación de responsabilidad por el propio injusto, tiene un difícil apoyo. Formulado de distinta manera: si el *injusto* debe ser autónomo, no se entiende por qué para la *punibilidad* debe regir otra cosa. Finalmente, y si es que se quiere seguir el concepto del injusto autónomo de forma consecuente, debería ser aclarado por qué la fase preparatoria es punible, en tanto injusto, en caso de que alguien coopere en división de trabajo, y por el contrario, por qué debería quedar impune, cuando el todo ha sido planeado y ejecutado por un mismo actor.

Creo haber demostrado que la renuncia a la accesoriedad y la construcción de un injusto autónomo para cada interviniente no aporta una solución adecuada. Por otra parte, una responsabilidad por injusto ajeno no se puede fundamentar a causa del principio de *autoresponsabilidad* (111). La imputación de aportes ajenos sólo puede legitimarse, si tiene éxito definir la ejecución conjunta, también como injusto *propio* del que simplemente intervino en acciones preparatorias o en parte de la ejecución. La vinculación que hasta ahora se venía realizando, entre el principio de autoresponsabilidad y el principio formal de la ejecución de propia mano por parte del autor, debe ser por tanto deshecha. El principio de autoresponsabilidad no marca pues una diferencia cualitativa entre autoría y participación, sino tan sólo una frontera de responsabilidad en general (112). Formulado de otra manera: la prohibición de regreso no es tratada ya simplemente como un problema de la participación en un hecho ajeno, sino como momento general de la imputación. Quien infringe la prohibición de regreso y con ello se convierte en competente (garante), responde siempre por la totalidad de la ejecución; la ejecución es pues un único hecho de todos los intervinientes, a saber: *el único hecho de un colectivo*. Respecto de este colectivo, puesto que *todos los* intervinientes, esto es, (co)autores y partícipes, son abarcados de la misma manera, nos hallamos ante un único sujeto de la acción y de la imputación, al cual la norma de sanción designa como «quien» o como «autor» de la

---

(111) Véase, detallado, LESCH (not. 22), pp. 169 y ss. Con más referencias.

(112) Cfr. LESCH (not. 22), pp. 184 y ss., 197 y ss.

ejecución típica. Esto significa que el tipo no recoge ninguna diferencia cualitativa entre autoría y participación; en otras palabras, que ya es hora de despedirse del concepto restrictivo de autor, el cual no ofrece en absoluto solución para los casos de ejecución en forma de división de trabajo. Por otra parte, el concepto restrictivo de autor no puede tampoco pretender erigirse en único garante de la determinación típica en el Estado de Derecho. En efecto, como aparente factor delimitador es significativo tan sólo desde puntos de vista naturalistas, que interpretan injusto simplemente como merma causal o doloso-causal de bienes jurídicos (113). Y el concepto restrictivo de autor es sólo un factor aparentemente delimitador, puesto que fuera del campo de la autoría, esto es, en el ámbito de la participación, el espacio que deja a la imputación, es excesivo. En cambio, una delimitación de la responsabilidad razonable, y en general considerablemente más extensa, puede prestarse de mejor forma mediante una imputación de carácter normativista (especialmente: mediante la prohibición de regreso). No es pues la noción de autor la que debe ser formulada de un modo restrictivo, sino los conceptos de tipo e injusto, así como él de imputación. Lo que se quiere decir con el concepto restrictivo de autor concierne sencillamente a la definición de ejecución, es decir, a la limitación del comportamiento típico a aquel comportamiento (imputable) que ha causado de forma *inmediata* el resultado típico, sin mediación de otra acción posterior imputable. Esta definición restrictiva de la ejecución no prejuzga sin embargo de qué forma deben delimitarse entre sí autoría y participación (114).

Se puede por tanto concluir: El concepto restrictivo de autor debe sustituirse por una teoría de la imputación de carácter restrictivo que abarque el campo *completo* de la intervención en casos de división de trabajo. En el ámbito de una dogmática de la imputación que, según lo hasta ahora señalado, sólo puede tratarse de una dogmática *normativista* de la imputación (así, una dogmática de la imputación objetiva), debe fundamentarse por qué alguien se convierte en parte junto con otros de un colectivo y por qué le incumbe a él la acción del colectivo. De esto tratamos en la segunda parte de este trabajo, si bien limitado a la co-autoría. En cualquier caso el fundamento de la responsabilidad es idéntico para todas las formas de intervención; lo dicho allí, es válido pues, de igual forma, para la autoría y la participación.

---

(113) Véase por ejemplo, ARMIN KAUFMANN, *FS Jescheck*, pp. 251 y ss.; HIRSCH, *FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, pp. 399 y ss.; KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, pp. 83 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 105 (1993), 300; crítico, en cambio, REYES ALVARADO, *ZStW* 105 (1993), 108 y ss.; EL MISMO (not. 41), pp. 933 y ss.

(114) LESCH, *GA* 1994, pp. 118 y ss.

### 3. Observaciones sobre la teoría del dominio del hecho

Ya hemos visto que ni se pueden fundamentar diferencias entre autoría y participación según una teoría de las normas, ni desde el plano de la tipicidad. Ahora nos queremos ocupar de una teoría que igualmente establece diferencias cualitativas: la del dominio del hecho (115). Cuando a partir de ahora se hable del dominio del hecho, nos referiremos a lo que se entiende normalmente bajo este concepto: al dominio en sentido naturalista como poder fáctico-actual, como determinación de la cadena causal (116). En este sentido, la teoría del dominio del hecho puede ser precisamente señalada, como *la* teoría de la dogmática penal naturalista por excelencia, puesto que si injusto se define como suceso del mundo exterior causal, es obligado aceptar el criterio de la dirección y dominio del curso causal que conduce a la lesión de bienes (objetos) jurídicos, como fundamento de la categoría de la imputación.

En primer lugar hay que reclamar contra la teoría del dominio del hecho que sólo puede fundamentar aquello que ya está determinado con anterioridad: es por tanto, circular. En efecto, también el partícipe domina su propio aporte (117) —esto puede ser apenas discutido—, es decir, una acción que causa el resultado típico en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones. En tanto en cuanto el dominio sobre un aporte causal del resultado fundamenta la autoría, se convierte el concepto de autor en un concepto extensivo: ¡Todo partícipe es autor! El criterio del dominio del hecho no ayuda por tanto en nada, sino que depende del *objeto* del dominio, esto es, de la *clase* y de la *cualidad de la acción* que dirige el interviniente (118). Mientras que el autor ejerce su dominio sobre un injusto que posee la calidad de autoría, el partícipe domina por su parte un aporte que no es precisamente injusto o, al menos, no es injusto susceptible de ser calificado como autoría. Antes pues, de que el criterio del dominio del hecho pueda significar algo, debe de averiguarse, independientemente, cuál es el injusto calificable como autoría. La cuestión referente a cuál es este injusto, reconduce la cuestión, en principio siempre, a la llamada «acción ejecutiva típica», es decir, al cri-

---

(115) Fundamentos: ROXIN (not. 95), pp. 60 y ss., 107 y ss. También la teoría subjetiva de la autoría (la llamada «teoría del ánimo»), empleada por la jurisprudencia, realiza una distinción cualitativa entre las formas de participación. Las deficiencias de esta teoría ya han sido por la literatura científica suficientemente demostradas (véase, en vez de muchos, JAKOBS [not. 44], 21/27 y ss. con más referencias), por lo que nos ahorraremos ocuparnos de ella nuevamente aquí.

(116) Una teoría del dominio del hecho, empero, en sentido normativo es la defendida, por ejemplo, por JAKOBS (not. 44), 21/32 y ss.

(117) ROXIN, *NSiZ* 1987, 347; SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, Berlín/New York 1994, p. 26.

(118) Cfr. LESCH (not. 22), pp. 115 y ss.; *exempli causa*: ROXIN, *Kriminalpolitik* (not. 90), p. 21: «Autor [es] quien domina la realización típica» (sin cursiva en el original); además, SCHILD (not. 117), p. 26.

terio determinante de la antigua teoría formal objetiva, que precisamente en un principio era inseparable (y así también, compatible) del concepto restrictivo de autor. Así pues, como la teoría del dominio del hecho presupone una distinción tácita entre autoría y participación en el plano formal-objetivo de la tipicidad, se expresa de forma especialmente clara mediante la fórmula fáctica «tener en las manos el desarrollo del suceso típico» (119). Y no es coincidencia que, habiendo sido señalada en ocasiones la teoría formal objetiva como «punto de partida correcto» de la teoría del dominio del hecho (120), no pueda ésta, precisamente por su relación con el concepto restrictivo de autor (121), obtener mejores resultados que aquella. Esto rige de igual manera para la variante «material-objetiva» de la teoría del dominio del hecho, que recurre a éste como criterio material para la interpretación de la acción típica (y con ello claro de la autoría) (122): Puesto que como se dijo, también el partícipe ejerce el dominio sobre un aporte, causal para el resultado, no queda ya desde el principio más remedio que definir el concepto del dominio del hecho partiendo de la propia teoría formal objetiva, es decir, atendiendo, por ejemplo, a quién obró el último.

Con ello subsiste —como en general en el concepto restrictivo de autor y en la teoría formal-objetiva de autor— un déficit de fundamentación: ¿por qué se le puede imputar a un interviniente (sea coautor o sea partícipe) aquellas partes de la «acción ejecutiva típica» que él no domina sino que son llevadas a cabo por otros? Además, el dominio del hecho en supuestos de ejecución dividida no reside en las manos de uno sino sencillamente, en las de todos en conjunto; formulado de distinta manera: señor del hecho no es aquí el interviniente aislado, sino un colectivo de varios intervinientes (123). Cuál de los intervinientes es autor, no puede ser por tanto averiguado con el criterio del dominio del hecho; esta teoría no es capaz pues de aportar solución alguna a aquello que trataba de resolver.

Además, la unión, mediante el concepto restrictivo de autor, del dominio del hecho a la llamada «acción ejecutiva típica» conduce a la

(119) MAURACH, *Strafrecht AT*, 4.<sup>a</sup> ed., Karlsruhe 1971, p. 627; GÖSSEL, en: *Strafrecht AT. Ein Lehrbuch begründet von Reinhart Maurach*, tomo 2.<sup>o</sup>, continuado por GÖSSEL y ZIPF, 7.<sup>a</sup> ed., Heidelberg 1989, 47/85, 89; BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, Heidelberg 1992, pp. 20 y ss., 35 y ss., y passim.

(120) ROXIN, *Leipziger Kommentar* (not. 90), § 25 not. marg. 34.

(121) Véase por ejemplo, ROXIN, *Leipziger Kommentar* (not. 90), not. marg. 12 antes del § 25 y not. marg. 34 del § 25; JESCHECK (not. 68), pp. 590 y ss.

(122) GALLAS, *Täterschaft und Teilnahme*, en: *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín 1968, pp. 88 y ss., 95; EL MISMO, *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, ibíd., pp. 137 y ss.

(123) Así, acertadamente, STRATENWERTH (not. 68), not. marg. 807; GÖSSEL (not. 119), 49/5 y ss., 26, 43, 47; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* (not. 68), p. 110; JAKOBS (not. 44), 21/34. También GALLAS (not. 122), p. 98, admite que en la coautoría «se reparten» el dominio del hecho los intervinientes en el hecho».

opinión extendida entre los partidarios de la teoría del dominio, de que la coautoría sólo puede fundamentarse mediante la prestación de un aporte durante la fase de ejecución (124). Mediante esta concesión rudimentaria a la teoría formal objetiva se descalifica esta teoría por sí misma: quien al creador espiritual o al maquinador oculto de una obra no puede considerarle autor sino tan sólo partícipe, porque no ha cooperado en la fase ejecutiva, se aleja evidentemente demasiado de los cánones *sociales* de imputación. Así por ejemplo, en la fabricación de un lujoso deportivo o en la representación de una ópera, el famoso diseñador de la carrocería y él del innovador motor de 16 válvulas por un lado, así como el excéntrico director y sobre todo el compositor por otro, sí son vistos como primeros responsables, como «figura central del hecho». Nuevamente otro ejemplo: en tanto el jefe de la mafia que ha planeado y ordenado un delito, que encabeza las estructuras criminales, que puede llevar a cabo un determinado crimen cuando quiera, en tanto como digo, no pueda ser visto como «figura central», esto es, como autor, habrán de tenerse las bases de esa teoría de la imputación como erróneamente definidas ya de principio. El jefe de la mafia es autor aun cuando él mismo no toma parte en la ejecución inmediata, y en verdad como co-autor y no autor mediata, puesto que no domina la ejecución inmediata (125). Ya que en casos de ejecución dividida en ningún caso cada coautor por sí mismo posee un dominio del hecho sobre la «acción ejecutiva típica» *completa*, tampoco está autorizado exigir una «quasi-autoría» para la parte de cada uno y esta parte fusionarla con un momento formal-objetivo (126).

Por último, y al igual que el concepto restrictivo de autor, la teoría del dominio del hecho tiene que capitular frente a la tentativa (127): puesto que en la tentativa precisamente falta un dominio fáctico-actual sobre una ejecución típica completa, no sería posible la admisión de una autoría; no habría un hecho en grado de tentativa del que ser *autor*, sino la *tentativa* de ser autor del injusto. Si se quiere evitar esta consecuencia, no queda más remedio que sustituir el dominio del hecho en estos casos por otro criterio, como por ejemplo ha propuesto Roxin, el cual prevé para la tentativa un criterio subjetivo de autoría y de facto, emplea él del «animus auctoris» en su variante de «el querer dominar el hecho» (128). Pero tal solución no es en absoluto consistente. Tomemos el ejemplo

---

(124) ROXIN, *JA* 1979, 522 y ss.; EL MISMO (not. 95), pp. 292 y ss.; EL MISMO, *Leipziger Kommentar* (not. 90), § 25 not. marg. 181 y ss.; BLOY (not. 99), pp. 196 y ss.; GALLAS (not. 122), p. 104; RUDOLPHI, *FS Bockelmann*, pp. 372 y ss.; BOTTKE (not. 119), pp. 87 y ss.

(125) La ficción de una autoría mediata en virtud de un aparato organizado de poder (ROXIN [not. 95], pp. 242 y ss.) es pues errónea; véase también JAKOBS (not. 44), 21/103.

(126) LESCH, *GA* 1994, 125 con más referencias.

(127) Cfr. LESCH, (not. 22), pp. 123 y ss.

(128) ROXIN (not. 95), pp. 452 y ss.; crítico, BLOY (not. 99), pp. 265 y ss.

antes descrito del robo (129): si quedase en tentativa —partiendo de la «solución de conjunto» dominante en la Doctrina— (130) A y B son autores a causa de su voluntad de dominar el hecho, a pesar de que se han limitado a una cooperación en la fase preparatoria, mientras que el cristalero, que ha sido el único que ha intervenido en la fase de ejecución sólo puede ser partícipe, puesto que le falta esa voluntad de dominar el hecho. ¿Por qué debe ser vinculada la autoría al momento objetivo-formal de la cooperación en el estadio de ejecución, como lo hacen los defensores de la teoría del dominio del hecho? Supongamos que en el ejemplo propuesto sí se llega a la consumación, pero A se tuerce un pie cuando quiere trepar por la ventana y por ello no puede continuar cooperando: no entra en la casa y tampoco se apropia de nada. A, respecto del hurto agravado en grado de consumación sería simplemente cómplice puesto que no posee el dominio del hecho, quedaría, empero, respecto del delito tentado en cualquier caso como autor. ¿Cómo se puede aclarar esto de una forma congruente? Así pues: una diferenciación *cualitativa* entre autoría y participación no se adapta a la génesis *cuantitativa* de un delito que pasa de tentativa a consumación, porque aquella excluye per se la aceptación de que en una ejecución progresiva del delito, la *envergadura* de la intervención y con ello a la vez, también los roles de los intervinientes, permanezca por *sí variable*.

Sólo mediante una diferenciación en principio *cuantitativa* de las formas de intervención puede ser tenida en cuenta, en forma adecuada, una ejecución *cuantitativa* progresiva del delito.

Podemos por tanto establecer como válida la siguiente conclusión: para una dogmática jurídico-penal de carácter normativista, la teoría naturalista del dominio del hecho no es aceptable. Como se dijo, el injusto penal no se constituye mediante un ataque externo-causal a bienes (objetos) jurídicos, sino mediante un ataque a la vigencia de la norma. La desautorización de una norma es siempre un acto comunicador. Por ello no puede ser el hecho del dominio sobre un ataque exterior-causal a bienes jurídicos un criterio *eo ipso* determinante de la imputación penal (131).

#### 4. Resumen

Se ha demostrado que una diferenciación entre las distintas formas de intervención en el delito no puede ser obtenida en atención a las normas de comportamiento de las llamadas «teorías personales del injusto», ni en atención a la ejecución típica; especialmente inapropiado se mostró también el criterio del dominio del hecho; por el contrario se ha

---

(129) Véase supra V.2.

(130) Cfr. JAKOBS (not. 44), 21/61.

(131) LESCH (not. 22), p. 160.

demostrado la bondad de criterios cuantitativos: mientras que la responsabilidad según su fundamento es idéntica para todos los intervinientes, las cuotas de responsabilidad son distintas —en tanto en cuanto se amenaza con diferentes penas— (132). Por ello, en primer lugar, debe preguntarse en general siempre, quién debe responder, a quién le incumbe pues la ejecución, en definitiva, quién es miembro del colectivo. Ya en un segundo peldaño, debe determinarse en virtud de qué, responde cada componente del colectivo. Los tipos no describen —al menos en principio— al autor, sino que simplemente fijan en qué consiste una perturbación social (hecho penal) —que en su caso también puede ser realizado por varios intervinientes—. Autoría y participación se encuentran por tanto más allá de la teoría del tipo; no muestran algo parecido a dos formas diferentes de imputación ya desde un principio, sino la correspondiente cuota de responsabilidad como momento de la imputación. Se trata de consideraciones de concreción de la pena que están integradas en la imputación y tipificadas en las diferentes formas de intervención, las cuales se orientan respectivamente según el *quantum* de ésta (133).

## VI. *Sobre los delitos de organización y los de infracción de deber*

Imputación objetiva se basa en el quebrantamiento de los límites de un rol social. Según esto, se puede realizar una diferenciación entre delitos por competencia en un ámbito de organización y delitos por competencia institucional (134). La definición del riesgo típico depende de que clase de competencia se fundamente. Así, en principio, todos los delitos pueden ser llevados a cabo con base en una competencia organizativa (1) o institucional (2).

### 1. *Delitos de organización*

En este primer caso se trata del ámbito de la organización del comportamiento en general, del quebrantamiento o ruptura de un rol común. Las expectativas ligadas a tal rol son, según su fundamento, definidas sobre todo negativamente, esto es, de forma que una persona que tiene el derecho a la libre administración de su ámbito organizativo, configure

---

(132) En Alemania, se atenúa obligatoriamente la pena del cómplice (§ 27, 2.º párrafo StGB).

(133) LESCH (not. 22), pp. 198 y ss.; EL MISMO, GA 1994, p. 119.

(134) Aquí y en lo siguiente, JAKOBS (not. 44), 1/7 con más remisiones: EL MISMO, *La imputación objetiva en derecho penal*, Colección de Estudios n.º 1, Universidad Externado de Colombia (Trad. Cancio Meliá), pp. 61 y ss.; LESCH (not. 22), pp. 264 y ss.

éste de tal manera que no se produzcan determinados efectos no deseados, la mayoría de las veces, en el trato con bienes jurídicos. Esta clase de expectativas son indispensables, puesto que nadie puede administrar todos los ámbitos de organización conjuntamente y, por otra parte, y como consecuencia del derecho a la propia organización, tampoco nadie puede ejercitar las atribuciones conferidas a ámbitos de organización ajenos (135). La facultad de la persona de configurar el mundo libremente (libertad de organizar) es aquí el fundamento de la competencia sobre esa configuración (responsabilización por las consecuencias). Para evitar malentendidos: Aun cuando la mayoría de las veces el rol común, el ligado a la utilización de un ámbito organizativo, se refiere al trato con *bienes jurídicos*, lo único relevante desde el punto de vista *jurídico-penal* es siempre y tan sólo, el significado comunicador del suceso para la obligatoriedad de la norma, pero no per se, que el ámbito de organización no tenga como consecuencia un «output» que produzca la merma de bienes jurídicos (136).

La libertad de organizar engloba la facultad de actuar en forma de división de trabajo. Varias personas pueden por tanto armonizar entre sí sus organizaciones de comportamientos, de tal forma que, comportándose como una unidad organizativa colectiva, asuman una administración común, y también conjuntamente, como colectivo, respondan. El ámbito de la organización conjunta de comportamientos es pues el ámbito de la intervención accesoria.

## 2. Delitos de infracción de deber

En un segundo supuesto hablamos de delitos de *infracción de deber* (137). El garante que lesiona su deber asegurado institucionalmente, realiza un delito *autónomo*, esto es, ejecuta por sí mismo el tipo; esto no quiere decir que sea necesaria una realización de propia mano, todavía más, es posible también una ejecución en forma de división *fáctica* de trabajo con otros, pero en cualquier caso, se deja de lado la accesoriidad, y se entiende, según nuestro punto de partida *normativista*, que se ha producido una realización *inmediata*, esto es, el comportamiento ajeno se le imputa al especialmente obligado como si fuese causalidad natural y no como un actuar en forma accesoria de división de trabajo. Así pues, el garante no responde ni como consecuencia de una configuración defectuosa de su ámbito de organización, ni por la lesión de un bien a él encomendado, sino porque él ha rehusado la producción de un mun-

---

(135) JAKOBS (not. 44), 1/7; LESCH (not. 22), p. 264.

(136) Sobre esto, detalladamente, LESCH (not. 22), pp. 265 y ss.

(137) Detallado, JAKOBS (not. 44), 7/70 y ss., 21/115 y ss., 28/15, 29/106 y ss.; LESCH (not. 22), pp. 298 y ss.

do en común, de una relación positiva con el bien; o, formulado de distinta manera, porque ha lesionado su deber institucional. Dicho en palabras de *Jakobs*: «el verdadero obligado especial responde como tal no por lo que realiza con los otros intervinientes, sino, de forma inmediata, por lo que le debe al bien» (138). Sólo así se puede fundamentar que, en casos de división fáctica de trabajo, aportes cuantitativamente de menor significado conduzcan a la autoría. Nuevamente lo ya dicho: el obligado especial en los delitos de infracción de deber responde, no por su organización defectuosa —esto no podría fundamentar una autoría en el mencionado supuesto de cooperación con aportes relativamente pequeños—, sino que lo hace en virtud de la lesión de un deber institucional. El delito de infracción de deber es una forma de responsabilidad especial y autónoma; fundamenta un riesgo típico especial, autónomo.

El deber institucional es un deber *altamente personal*; se constituye por medio de un acto especial y altamente personal, por ejemplo, contraer matrimonio, convertirse en funcionario etc., y no puede ser disuelto de ninguna manera o sólo bajo condiciones especiales y, en cualquier caso, no puede ser transferido. Por ello la infracción del deber en estos delitos es una circunstancia altamente personal: infracción de deber y accesoriadad no son armonizables. El especialmente obligado, o bien es autor único, o bien no existe un delito de infracción de deber: una intervención del extraneus en un delito de infracción de deber no es posible (139). En los delitos de infracción de deber *no hay absolutamente ninguna* diferenciación de las distintas formas de intervenir en el delito, y así, ni cualitativa ni cuantitativa. Muy por el contrario rige el principio de autor único: todo quebrantamiento del deber, ya de propia mano, ya mediante aportes cuantitativamente preferentes o de poco valor, ya mediante un hacer positivo o por omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor.

Ahora bien, de lo dicho tampoco se deduce que no pueda haber en ningún caso una intervención accesoria entre el extraneus y el obligado especialmente. Pero el extraneus sólo puede adquirir esa unión con el especialmente obligado, per organización y no, qua lesión del deber. Que el intraneus lleve a cabo un delito de infracción de deber no quiere decir que no se haya podido también organizar algo. El especialmente obligado no es simplemente administrador de una relación institucional, sino también alguien que está obligado a configurar su ámbito de organización de forma no defectuosa. El portador de un rol fundado institucionalmente puede realizar, junto al delito de infracción de deber, también un delito de organización, accesorio y, desde el punto de vista normativista, común. Ejemplo: el padre que alcanza al asesino de su hijo

---

(138) JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), p. 758.

(139) Con ello me aparto de la opinión anteriormente sostenida por mí (LESCH [not. 22], pp. 300 y ss.).

un cuchillo, no es sólo autor de un delito de infracción de deber, sino a la vez cómplice en un delito de organización; hay pues en sí, *dos* delitos en los que el *intraneus* interviene. De todas formas, tal complicidad no merece en la mayoría de los casos ni tan siquiera ser mencionada: según indiscutibles reglas del concurso la complicidad queda desplazada por la autoría (140). Nuevamente: la relación institucional se encuentra definida mediante un *haz* de deberes, entre los que se hallan también los deberes de organización. Por ello, si el especialmente obligado no puede ser autor, porque no posee una característica típica especial, por ejemplo, porque le falte en el § 242 StGB el ánimo de lucro, será indicativo tan sólo, de que él no ejecuta un delito de infracción de deber, pero no, de que no haya podido organizar defectuosamente (141). Ejemplo: el padre que contrata a una niñera no le transfiere la completa relación institucional —paternofamiliar— (lo cual además, no sería posible), sino un deber de *organización* determinado que está contenido en el haz de deberes institucionales. Así, igual que la niñera *organiza* defectuosamente cuando no impide el hurto cometido en el patrimonio del niño, concurre también una organización defectuosa cuando el padre se hace cargo *personalmente* de cuidar el patrimonio del hijo y a pesar de ello no impide el hurto; en este caso, el padre interviene como cómplice en el hurto, pero no qua lesión del deber especial sino *qua organización*.

Como ya se mencionó, en principio todos los delitos pueden ser llevados a cabo como delitos de infracción de deber o como delitos de organización. Esto no rige sólo para delitos como lesiones (§ 223 StGB), homicidio (§ 212 StGB), daños en las cosas (§ 303 StGB) o hurto (§ 242 StGB), sino también para delitos especiales, en particular, para los delitos de funcionarios públicos. Estos no son, *per se*, delitos de infracción de deber, sino que también son interpretables como delitos de organización, a cuyo tipo sólo puede acceder un *extraneus* precisamente con ayuda de un *intraneus*. Como compensación pues de que el *extraneus* solamente en este caso responde, se le otorga el privilegio previsto en el § 28 StGB (142).

---

(140) Cfr. también, ROXIN (not. 95), pp. 483 y ss.

(141) De esto no me di cuenta en el ejemplo de mi artículo en la ZStW 105 (1993), p. 290, IV.2. al final (y que también ha sido traducido como segunda parte de este trabajo).

(142) § 28 StGB: «Características personales especiales. (1) Si le faltan al partícipe (instigador o cómplice) características personales especiales (§ 14 párrafo 1.º), que fundamentan la punibilidad del autor, la pena de aquél se disminuirá conforme al § 49 párrafo 1.º (2) Si la ley determina que características personales especiales aumentan, disminuyen o excluyen la pena, esto rige sólo para el interviniente (autor o partícipe) en el cual concurren». (N. del t.).

## VII. *La diferenciación cuantitativa entre autoría y participación*

Hemos visto ya, que el fundamento y objeto de la responsabilidad jurídico-penal de autor y partícipes es idéntico, siendo si acaso las cuotas de responsabilidad diferentes. Autoría, inducción y complicidad señalan por tanto fenómenos de determinación de la pena, que han sido integrados en la imputación y que han conducido a la tipificación de las diferentes formas de intervención en el delito. La diferencia entre estas formas de intervención es, de entrada, simplemente cuantitativa. Cuantitativa significa, que cada una de las cuotas de responsabilidad cuando el delito se organiza en forma de trabajo dividido se rige, al menos en principio (143), según la *envergadura* de la intervención.

En este sentido, para indagar el *quantum* determinante de la intervención, resulta evidente la relevancia de las teorías aquí desarrolladas: normativa del injusto y de la imputación objetiva. Lo que interesa al injusto penal debe ser diferenciado con exactitud de entre, por una parte, la manifestación delictiva —en otras palabras, la desautorización de la norma—, y por otra, del medio a través del cual esa información ha sido cifrada y transmitida (es decir, comunicada) —esto es, el suceso naturalista del mundo exterior—. Ya establecimos anteriormente, que el terreno que la teoría de la imputación objetiva ha de escrutar, es la indagación del «contenido específico», es decir, de la manifestación delictiva del suceso del mundo exterior (144). Puesto que las distintas formas de intervención son diferenciadas en el ámbito de la imputación objetiva, esa diferenciación debe deshacerse totalmente del curso causal externo, y desplazarse, en cambio, al plano comunicador-simbólico del *significado* de ese suceso para la obligatoriedad de la norma. La determinación por tanto de la cuota de responsabilidad no se rige, *per se*, según la configuración fáctica del suceso del mundo exterior por los intervinientes, sino según la dimensión de la relevancia comunicadora de dicha configuración en relación a la vigencia de la norma. Formulado de distinta manera: lo decisivo es el contorno en el cual el interviniente ha fijado el suceso concreto que ha desarrollado el tipo, y en verdad en su significado para la dimensión de la objetivación del quebrantamiento de la norma. Hablando en términos ejemplificativos: Si se quisiese medir el quantum del suceso de aquél, que simplemente apretando el botón pone en marcha una «maquinaria delictiva» que otro ha planeado y construido (145),

---

(143) Cfr. las excepciones en LESCH (not. 22), pp. 288 y ss. En el marco de esta exposición no pueden ser tratadas en detalle.

(144) *Supra* IV. *in fine*.

(145) Explicado de forma más concreta: A quiere perpetrar un atentado con explosivos contra un grupo de políticos. Él planea todo, construye la bomba, la instala en la sala de conferencias y alquila una vivienda en el edificio de enfrente. Para el momento fatídico se deja acompañar en la vivienda alquilada por B, lo cual en realidad no hubiese sido necesario, pero a cuyas instancias cede. A observa con unos prismáticos la sala de conferencias y grita a B ¡ahora!, cuando todos los políticos han llegado a la sala. B aprieta el botón y la bomba estalla.

tomando como medida su cooperación físico-causal —que en realidad es mínima—, seguro que tal *quantum* conduciría a una responsabilidad como partícipe (cómplice). Si se valora el aporte según su relevancia para la vigencia de la norma, ese quantum es enorme. En efecto, el quebrantamiento de la norma adquiere precisamente con la entrada del resultado una manifestación objetiva de especial importancia (146); el aporte de aquél que con la realización de su acto lleva a cabo el último acto y con ello, la decisión determinante para la producción del resultado, adquiere una significación sobresaliente para el daño a la vigencia de la norma. El dominio sobre la decisión, entendido en este sentido, puede por tanto llegar a tener un significado especial para la determinación del quantum, pero en ningún caso per se, sino exclusivamente mediante su relación con el daño a la vigencia de la norma.

En contraposición a los partícipes, los autores son aquellos intervinientes que configuran el delito de tal forma, que entre sus correspondientes quantums de intervención y los de los otros existe una diferencia significativa, esto es, relevante. En esta valoración no puede ni debe ser conseguida una exactitud matemática, puesto que la cuantificación no puede ser formulada en cifras. Los límites son en cambio graduables y fluidos. Por ello, tampoco es necesario que todos los (co-)autores configuren exactamente lo mismo, esto es, que tengan que prestar un aporte de la misma dimensión que los aportes de los otros (divergencias de poca importancia no son pues relevantes). Una diferenciación gradual-fluida entre autoría y participación no tropieza tampoco con dificultades relacionadas con el Estado de Derecho, puesto que no se trata de cuestiones relativas a la tipicidad o a la determinación de la zona de punibilidad, sino que se trata de una cuestión de determinación de la pena, y la determinación de la pena no es cosa de exactitud matemática.

Configuraciones son, por ejemplo —junto con la decisión sobre la entrada del resultado, como ya se vio ejemplificativamente—, la determinación de los que han de ejecutar, del objeto del hecho, de la intensidad de su lesión, del medio, del plan, y, eventualmente, otras circunstancias que pertenezcan al desarrollo concreto típico. La determinación puede tener lugar durante los períodos de preparación y tentativa, hasta la realización de la acción ejecutiva. Puesto que el *quantum* determinante de la intervención debe ser deducido del significado, que para la dimensión del daño a la vigencia de la norma, posea la fijación del suceso exterior causal, aportes, en los cuales la desautorización de la norma se lea de forma inmediata porque se encuentren cercanos a la entrada del resultado, deben ser considerados, por regla, con un mayor peso que aportes lejanos. En este sentido, la primitiva pretensión de Welzel de que un *minus* de cointervención objetiva en la fase ejecutiva debe ser compensado,

---

(146) LESCH (not. 22), pp. 97, 257 y ss., 286.

mediante el plus de la cointervención especial en la fase de planificación (147) es, en principio, correcta.

Digamos todavía algo del inductor, cuya punibilidad en Alemania es igual que la del autor, a saber, sin posibilidad de aminoración de la pena. El que, por un lado, crea la decisión en otro de cometer el hecho, y por otro, asume una parte igual a la de éste, en la configuración del suceso, por ejemplo, coopera de forma importante en la fase previa o incluso durante la ejecución, es siempre (co-)autor. El *quantum* de intervención del inductor se encuentra pues por debajo de el del autor; si se encontrasen al mismo nivel, ya no sería entonces inducción sino, precisamente, autoría. Así pues, por lo que respecta al *quantum*, el inductor es en sí un cómplice, de tal forma que entre el inductor y el cómplice la única diferencia que se puede establecer es cualitativa. La característica cualitativa diferenciadora debe formularse de forma restrictiva, teniendo en cuenta que la punibilidad del inductor es igual que la del autor, y que con ello, existe algo frente al cómplice que le pone de relieve. Según esto, el «determinar» a otro al hecho sólo puede fundamentar una sobrevaloración de complicidad a inducción, cuando el autor adquiere su determinación y la mantiene firme, en dependencia de la voluntad de aquél que le ha influido; es decir, cuando la influencia psíquica rebasa el simple estímulo, ayuda o «buen» consejo (148). Sólo teniendo en cuenta, que el inductor en definitiva ha suministrado el auténtico motivo por el cual se ha realizado el hecho, se puede justificar que la punibilidad del inductor sea igual que la del autor, a pesar de que el *quantum* de intervención de aquél es menor que el de éste.

### VIII. *Algunas consideraciones sobre la imprudencia*

En el campo de la imprudencia también se pueden efectuar sin mayores problemas diferenciaciones cuantitativas como las que acabamos de realizar; desde este punto de vista no se puede descartar, en principio, hablar de distintas formas de intervención en el ámbito del delito imprudente (149). Otra opinión sólo puede tener vigencia desde la perspectiva de una teoría de la acción final cimentada ontológicamente. Se ha sostenido, que la admisión de una inducción o complicidad imprudentes sería «excluida según la naturaleza de las cosas» (150); a esto cabría responder, que tampoco la imprudencia, *en general*, pudo ser explicada con el instrumental de la «naturaleza de las cosas» del finalismo, puesto que se

---

(147) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* (not. 68), p. 110.

(148) JAKOBS (not. 44), 22/22.

(149) LESCH, *GA* 1994, 119 y ss.

(150) Así por ejemplo, KÜPPER, *ZStW* 105 (1993), 299, citando a WELZEL (not. 33), p. 160; en contra ya ENGISCH, *FS Kohlrausch*, pp. 175 y ss.

trata de una construcción normativista que no existe en la Naturaleza (151), y nadie niega, sin embargo, la realidad de la ejecución imprudente del delito. Según esto, la posibilidad de una diferenciación entre autoría y participación en el campo de la imprudencia es ya reconocida en Alemania mayoritariamente. En efecto, quien sencillamente «ocasiona, facilita o favorece, imprudentemente» la autolesión o autopuesta en peligro autoresponsable de otro, no es punible, «cuando él en caso de haber ocasionado, facilitado o favorecido dolosamente, no hubiese sido punible» (152). De todas formas en los §§ 222 y 230 StGB (153) se reduce la realización típica como autor a aquel comportamiento que conlleva inmediatamente el resultado, esto es, a la realización de propia mano. Esta «excepción dogmáticamente absurda de la uniformidad del concepto extensivo de autor del delito imprudente» se contradice con que la concausación imprudente de un hecho imputable ejecutado de propia mano por otro, hoy en día se entiende, en la mayoría de las ocasiones, como autoría imprudente (154). Con ello se muestra, sin embargo, que se tiene por posible una diferenciación de las distintas formas de intervención en el delito también en el terreno de la imprudencia.

Si se fundamenta la intervención accesoria en el ámbito de la imputación objetiva, queda abierta también en el campo de la imprudencia la posibilidad de una intervención accesoria, puesto que entre el delito doloso y el imprudente, en relación a la imputación objetiva, no existen diferencias (155). Desde la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán llamada de «los sprays para cuero» se perfila un movimiento en el sentido aquí expuesto. En efecto, en este caso, el Tribunal Supremo vio en la responsabilidad común de varios directivos de empresa, un fundamento para reconocer las omisiones imprudentes como «aportes parciales» a un «conjunto de su comportamiento», esto es, reunidos en una acción uniforme (156); en otras palabras, valorando el comportamiento como una unidad y con ello, al fin y al cabo, reconociendo una

---

(151) REYES, *ZStW* 105 (1993), 115; EL MISMO, (not. 41), pp. 946 y ss.

(152) Véase *BGHSt* 32, 262, 264 y s. (con más referencias); 36, 1, 17; *BGH*, *NJW* 1991, 308; SPENDEL, *JuS* 1974, 749 y ss.; OTTO, *FS Spendel*, p. 276; SCHUMANN (not. 109), pp. 110 y ss.; ROXIN, *Strafrecht AT*, München 1991, 11/86 y ss.; EL MISMO (not. 95), pp. 545 y ss.

(153) § 222 StGB: «Homicidio imprudente: El que por imprudencia causa la muerte de un Hombre, será penado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa».

§ 230 StGB: «Lesión corporal imprudente. El que por imprudencia causa la lesión corporal a otro, será penado con pena privativa de libertad hasta tres años o con multa». (N. del t.).

(154) Cfr. WELP, *JR* 1972, 428; SPENDEL, *JuS* 1974, 750.

(155) Cfr. REYES ALVARADO, *ZStW* 105 (1993), 125; EL MISMO (not. 41) p. 956; STRATENWERTH (not. 68), not. marg. 337 y ss.; JAKOBS (not. 44), 7/1 y ss.

(156) *BGHSt* 37, 106, 130 y ss.

coautoría fundada de una forma meramente normativista, en el ámbito de la imprudencia (157).

## 2.<sup>a</sup> PARTE: El fundamento de la responsabilidad a título de coautoría, como momento de la imputación objetiva

El Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) (158) exige para la coautoría un acuerdo común, aprehendido en forma concluyente o expresa (159);

---

(157) Cfr. OTTO, *FS Spendel*, pp. 284 y ss. Una coautoría imprudente fue ya hace tiempo reconocida en la literatura, véase, por ejemplo, GOLTDAMMER, *GA* 15 (1867), 17; BINDING, *Grundriß des deutschen Strafrechts*, 8.<sup>a</sup> ed., 1913, p. 152; FRANK, *StGB-Kommentar*, 8.<sup>a</sup>-10.<sup>a</sup> ed., 1911, 47 III; EXNER, *Festgabe für Frank*, tomo I, pp. 569 y ss.; MEZGER (not. 34), p. 422; ROXIN (not. 95), pp. 531 y ss.; OTTO, *Jura* 1990, 47 y ss.; sobre la coautoría imprudente en Japón, MATSUMIYA, *Ritsumeikan Law Review*, número 9.<sup>o</sup>, 1994, pp. 17 y ss.

(158) BGH NJW 1991, 1068: La sentencia se ocupó de un asesinato en coautoría en el que uno de los intervinientes, no había tomado parte de propia mano en la ejecución: El comportamiento *externalizado*, que según la versión del BGH llevaría aquí a la admisión de un acuerdo común aprehendido en forma concluyente, y a la fundamentación de una responsabilidad como coautor, se limitó a una captación del acusado por el autor inmediato para la realización de delitos, a su alojamiento y equipamiento con dinero y una pistola, a un viaje conjunto de los «intervinientes» en un «automóvil casi como si estuviese pertrechado para la guerra», así como a que el procesado llamo la atención del otro sobre la presencia de un coche siguiéndoles, con los policías que después resultarían asesinados. Un acuerdo de palabra entre los intervinientes no se pudo probar. Recensiones a este sentencia: ROXIN, *JR* 1991, 206; PUPPE, *NSz* 1991, 571; HERZBERG, *JZ* 1991, 856; ERB, *JuS* 1992, 197.

(159) Del mismo modo BGH *NSz* 1985, 70, 71 con más referencias de la jurisprudencia y de la doctrina habitual; véase, por ejemplo, ROXIN, en: *LK*, 10.<sup>a</sup> ed. 1985, § 25 not. marg. 119; SAMSON, en: *SK StGB*, § 25 not. marg. 51; DREHER/TRÖNDLE, 45.<sup>a</sup> ed. 1991, § 25 not. marg. 6; LACKNER, *StGB*, 19.<sup>a</sup> ed. 1991, § 25 not. marg. 10; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> ed. 1969, p. 107; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 2.<sup>a</sup> ed. 1975, 14/17; SEELMANN, *JuS* 1980, p. 572. PUPPE (not. 1) se muestra restrictiva: Si bien es cierto que la coautoría exige un acuerdo en común, un «plan colectivo» que efectivamente se lleve a cabo, esto no podría ser fundamentado por medio de un comportamiento concluyente, así como tan poco podría serlo la complicidad psíquica. Según la opinión de PUPPE, no se trata «en las llamadas manifestaciones concluyentes mediante comportamientos en conjunto, de concluir la emisión de determinadas manifestaciones según las reglas de la comunicación, sino de suponerlas según las reglas de la buena fe del Derecho». La cuestión, continua PUPPE, de según que reglas de los negocios de buena fe habría que comprobar en que condiciones alguien aclara concluyentemente el acuerdo para un delito, sería empero en sí paradójico, porque el acuerdo de un delito precisamente no sería un negocio de buena fe. Por consiguiente, sólo el asentimiento expreso, mediante palabras o signos unívocos, de cometer un hecho en común con otro, permite una responsabilidad como coautor. En verdad el callar o el actual silencioso, que no pueda ya ser valorado según un código de validez general o uno especial acordado entre los interlocutores de la comunicación, como un convenio equivalente, podría, en principio, ser interpretado, también por razón de la situación, como asentimiento de la coautoría, pero esto sólo según las reglas generales de la comunicación. Por esta razón, debe haber tenido lugar en la concreta situación un inequívoco acuerdo sobre el intercambio de informaciones; formulado de otro modo: el comportamiento debe dirigirse, como información, inequívocamente al destinatario. En el caso concreto del BGH, y siempre según PUPPE, no sería el comportamiento que le fue probado al acusado, por faltar ya una situación de comunicación, un acuerdo del hecho mediante intercambio de signos.

según la doctrina tradicional, en la responsabilidad como coautor éste sería, en principio «causa et fundamentum» de la imputación recíproca de las contribuciones al hecho de los distintos intervinientes (160). Sin embargo, esta tesis se basa, como seguidamente va a ser demostrado, en un falso enfoque naturalista-psicologizante de la coautoría, que ya fue trazado especialmente en los sistemas de imputación de los hegelianos, y cuyas bases no han sido cuestionadas en serio desde entonces (161). Antes de que se aduzca el razonamiento que nos lleve a esta afirmación, es necesario un breve esbozo de la teoría del injusto que se toma como base en el concepto de coautoría que aquí se sostiene (162).

### I. Esbozo de la teoría del injusto

La pena presupone la realización del injusto típico. Para una teoría del injusto, genuinamente jurídico penal, y cimentada funcionalmente, se sobrentiende por tanto que se interprete el injusto penal en atención a las consecuencias jurídicas propias del derecho penal (163). En caso de que la pena deba ser algo más que una sucesión de un segundo mal (164), pena e injusto penal deben ser llevados al mismo plano (165),

(160) Véase, por ejemplo, BGHSt. 24, 286, 288; BGH NJW 1989, 2826; KÜPER, JZ 1979, 777, 786; M. E. MAYER, *Allg. Teil*, 1915, pp. 381 y ss., 384; H. MAYER, *Allg. Teil*, 1953, pp. 312 y ss.; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5.<sup>a</sup> ed. 1990, p. 285; WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 169; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, not. marg. 810 y ss.; JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 614; SEELMANN, *JuS* 1980, 571, 572; CRAMER, en: *Schönke/Schröder*, not. marg. 85 antes del § 25; BLOY, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 370, 371; GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 104.

(161) Véase, empero, JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/41 y ss.

(162) Detalladamente, LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 134 y ss., 232 y ss., 253 y ss.

(163) Por ello, una interpretación preventivo-policial del injusto penal, bajo la rúbrica defensa ante peligros (protección de bienes jurídicos) queda excluida (para la fundamentación, véase SCHWAN, *Verw Arch.* 70 [1979], p. 121: «El desencadenamiento de los efectos que deban producirse después de la entrada de un daño, en este caso, después de la comisión de un hecho delictivo, no puede ser jamás defensa ante peligros, sino siempre sólo, reparación, indemnización por daños y perjuicios, o precisamente persecución penal. Defensa ante peligros es siempre posible sólo hasta el momento de la entrada de un daño»). Respecto de la crítica a interpretaciones penales preventivo-policiales, detalladamente, LESCH (not. 5), pp. 232 y ss., así como —especialmente exacto y hasta hoy no desvirtuado— BINDING, *Grundriß zur Vorlesung über Gemeines Deutsches Strafrecht*, 1878, pp. 90-92; también del mismo, *ZSchr. f. d. Privat- und öff. Recht d. Gegenwart IV* (1877), pp. 420 y ss.

(164) Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp-Ausgabe (Red. Moldenhauer/Michel), 7.<sup>o</sup> tomo, § 99.

(165) Así pues, se debe investigar —en palabras de BINDING, *Zschr. f. d. Privat- und öff. Recht der Gegenwart IV* (1877), p. 421— el «nexo interno del injusto y de la pena». Ya ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1836, p. 3, recalcó la necesidad «[de los] conceptos de delito y pena (correlativos) referidos recíprocamente el uno al otro». Véase también SCHILD, en: *AK StGB*, 1990, not. marg. 66 antes del § 13.

esto es, entendidos como «discurso y respuesta» (166). A más tardar desde *Hegel*, es conocido que la reacción compensatoria a los daños (materiales) de bienes jurídicos causados por un delito, está reservada al derecho civil (167): la pena no puede, ni subsanar un daño producido a través del delito en el bien jurídico agredido, ni conceder las indemnizaciones por daños y perjuicios (168). El daño ante el cual el derecho penal reacciona con sus consecuencias jurídicas específicas, no es, por esta razón, daño de bienes, sino —en palabras de *Hegel*— la «lesión del Derecho en cuanto Derecho» (169). En la punición del delito, el Derecho consigue validez como Derecho universal, y se da realidad en y frente a «la voluntad particular» (170). Expresado en forma moderna: la pena quiere, desaprobando la acción contraria a la norma, corroborar la validez de la norma desautorizada por el autor, y estabilizar contrafácticamente la confianza general en la obligatoriedad de las normas garantizadas penalmente; la pena es una réplica demostrativo-simbólica frente al significado

---

(166) JAKOBS, *Allg. Teil*, 2.<sup>a</sup> ed. 1991, prólogo, p. VII. El principio de culpabilidad, interpretado correctamente, no indica otra cosa: «La pena, adecuada a la culpabilidad..., se refiere al pasado, a la *voluntad* contraria a Derecho, pero no *como tal*, sino en la forma en que ésta se ha evidenciado en el hecho delictivo, es decir, se refiere a la *acción*, no a algo *futuro*, p.ej. la prevención o la corrección etc.», ABEGG, (not. 8), p. 73. Por consiguiente, el hecho punible encuentra en la culpabilidad no sus fronteras, sino su fundamento, por lo que culpabilidad no caracteriza el interior del autor, es decir, no es un atributo que esta cerca y fuera del injusto del hecho, sino que caracteriza el hecho punible en conjunto; la realización antijurídica del tipo es, por tanto, parte de la culpabilidad; cfr. SCHILL, en: *AK StGB*, not. marg. 46 y 48 antes del § 13; JAKOBS, *Allg. Teil*, 17/2; STRATENWERTH, *Festschrift für Schaffstein*, 1975, p. 184; LESCH (not. 5), p. 234. La pena, entendida como compensación por culpabilidad significa, de este modo, la reacción (respuesta) al injusto sucedido, el arreglo de una perturbación social que ya se ha producido; cfr. también SEELMANN, *JuS* 1979, 691.

(167) HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), § 98; SCHÜTZE, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1874, p. 61; HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, tomo 1.<sup>o</sup>, 1881, p. 6; HOTH, *Vorlesungsnachschrift über G. W. F. Hegel, Die Philosophie des Rechts (1822/23)*, Ilting-Edition, tomo 3.<sup>o</sup>, p. 308; SCHILD, *ARSP* 70 (1984), pp. 92 y ss.; GANS, *Philosophische Schriften*, ed. por Schröder, 1971, p. 88; igualmente, WELCKER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, 1813, p. 251.

(168) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo 1.<sup>o</sup>, 1922, p. 374; HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, p. 75; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 215; JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/9; LESCH, *NJW* 1989, 2310.

(169) HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), § 83/adición, § 90/adición, § 95, § 97 y adición, § 99; HOTH (not. 10), pp. 308 y ss.; KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, p. 32; ABEGG (not. 8), pp. 4 y ss., 93, 96; SCHUTZE, *Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen*, 1867, pp. 64, 80; R. SCHMIDT, *Die «Rückkehr zu Hegel» und die strafrechtliche Verbrechenlehre*, 1913, p. 18.

(170) HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, Ilting-Edition, tomo 2.<sup>o</sup>, 1974, p. 201; EL MISMO, *Crundlinien* (not. 7), § 99 (p. 153), § 220 (p. 374); HOTH, (not. 10), pp. 310, 662 y ss.; cfr. también ABEGG (not. 8), pp. 4 y s., 72; Respecto de la teoría de la pena de *Hegel*, véase, por ejemplo, SEELMANN, *JuS* 1979, 687 y ss.; KLESZEWSKI, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1991; SCHILD, *ARSP* 70 (1984), pp. 88 y ss.; VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991, pp. 23 y ss.; LESCH (not. 5), pp. 137 y ss.

demostrativo-simbólico del hecho punible (171). De este modo, el injusto *penal* a neutralizar a través de la pena consiste en un esbozo individual del mundo realizado por el autor —en palabras de *Hegel*: en su «voluntad particular» (172)— concerniente a la validez de las normas, es decir, en un comportamiento mediante el cual el autor pone de manifiesto que la norma, para la situación de hecho, no marca la pauta. Pero las normas, como estructuras simbólicas generalizadas, no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación (173). El derecho penal hace frente, por tanto, a aquel conflicto que es suscitado por el lado comunicador del hecho. Para la explicación del injusto penal lo que interesa pues, no es la valoración de los sucesos del mundo exterior causal, sino sólo el significado para la validez de la norma de los sucesos del mundo exterior (174).

## II. La coautoría como realización colectiva del tipo

En los casos de división de trabajo con ejecución del hecho fraccionada, cualidad y entidad completa del daño para la validez de una determinada norma garantizada penalmente, (esto es, una realización del tipo completa), se infieren, ante todo, a través de que los aportes individuales, integrados los unos con los otros, son comunicados como suceso completo; es decir, son entendidos como información conjunta de los intervinientes sobre la obligatoriedad de esta norma. Objeto de referencia de la responsabilidad jurídico penal es, por tanto, no la propia intervención de cada uno (la propia cuota individual en el hecho), sino la realización del tipo *en conjunto*, llevada a cabo en forma de división de trabajo (175). Como el interviniente por sí mismo en la coautoría, «per definitionem», debe realizar menos que un autor único (176), a ninguno

---

(171) JAKOBS, *Allg. Teil*, 2/5; LESCH (not. 5), pp. 248 y ss.; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, not. marg. 656. Véase también VON GRIESHEIM, *Vorlesungsnachschrift über G. W. F. Hegel, Philosophie des Rechts (1924/25)*, ed. por Illing, Illing-Edition tomo 4.º, 1974, pp. 266, 550 y ss.

(172) HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie* (not. 13), p. 357, HOTHO (not. 10), p. 310; WANNENMANN, *Vorlesungsmitschrift über G. H. F. Hegel, Die Philosophie des Rechts (Heidelberg 1917/18)*, ed. por Illing, 1983, pp. 69 y ss.; VON GRIESHEIM (not. 14), p. 284; HALSCHNER (not. 10), pp. 6 y ss.; KÖSTLIN (not. 12), pp. 31 y ss.

(173) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3.ª ed. 1987, p. 55.

(174) JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/9, 2/5; EL MISMO, *ZStW* 104 (1992), pp. 83, 85; LESCH (not. 5), pp. 133, 160, 253, 255 y ss., 265 y ss., 269 y ss.; VEHLING (not. 13), pp. 24 y ss., 119; véase sobre esto ya HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), §§ 218, 220.

(175) M. E. MAYER, *Allg. Teil*, 1915, p. 381, hablaba en este sentido acertado de un «elemento sintético» de la coautoría. Véase también KÜPER, *JZ* 1979, 777, 783, 787.

(176) M. E. MAYER, *Allg. Teil*, 1915, p. 380 y s.; JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/34; LESCH (not. 5), pp. 117, 186; CRAMER, en: *Schönke/Schröder*, not. marg. 84 antes del § 25; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil* 2, 7.ª ed. 1989, 49/5.

de los intervinientes por sí solo les incumbe el todo; no hay, por tanto, un hecho propio de cada uno, sino sólo un hecho conjunto, es decir, un hecho a imputar a un colectivo (177).

Un ejemplo histórico para esta interpretación del delito organizado en coautoría, como hecho de un colectivo, esto es, como hecho de la comunidad de los intervinientes que cooperan, es, en primer lugar especialmente, la teoría de los coautores de *Köstlin* (178); según esta concepción, la unidad de propósito origina la unidad del hecho, y de esto se deduce también la responsabilidad solidaria del coautor: fundamento de la imputación (subjettiva) sería, no la respectiva voluntad individual de los coautores aislados, sino la «voluntad colectiva» de la comunidad de coautores. A una interpretación de la coautoría, en principio comparable, llegó más tarde también *Welzel*, bajo el recurso al concepto del «dominio final del hecho» (179): En el caso de la coautoría, éste no se encontraría como dominio del hecho sobre el hecho común delictivo en un único dominio, sino en varios en conjunto. Así como la acción contraria a derecho sería per se, una unidad de diferentes actos parciales entrelazados, basada en la ejecución final de la decisión del hecho, también la coautoría debería ser interpretada como una ejecución final, de una decisión del hecho conjunta alcanzada por todos, y consistente en la ejecución de actos parciales entrelazados, que se distribuye entre varias personas; el acto de cada interviniente, así *Welzel*, constituiría un todo común con los actos del resto a causa de la conexión final, fundamentada a través de la decisión del hecho conjunta: un interviniente cualquiera, no sería simplemente autor de una parte, —puesto que ésta carecería de función autónoma—, sino co-autor en el todo.

---

(177) Véase sobre esto, detallado, LESCH (not. 5), pp. 186 y ss., 272 y ss. Por ello es incorrecto, cuando a veces se afirma, que cada interviniente en el hecho, sólo podría ser enjuiciado según su injusto (así por ejemplo, LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, p. 482). Entonces, desde este punto de vista, debería ser definido como injusto también un comportamiento fuera de la perturbación social penalmente relevante (es decir, de la realización del tipo): no se respeta el principio del hecho (JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/8.<sup>a</sup>).

(178) KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, tomo 1.º, *Allg. Teil*, 1855, pp. 334 y ss. Es comparable en parte también con la teoría del complot de BERNER, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, 1847, pp. 393 y ss., y HÄLSCHNERS, *Das preußische Strafrecht, Zweiter Theil*, 1858, pp. 384 y ss.

(\*) En el texto original «Miturheberlehre» y no «Mittäterschaft», que es el término empleado hoy para la coautoría. El vocablo abarcaba algo distinto —más amplio— a lo que hoy se entiende por coautoría; sobre lo que se entendió bajo éste término, cfr., v. gr., PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Madrid 1990, pp. 150 y ss., 156 y ss. (N. del t.).

(179) WELZEL (not. 3), pp. 169 y ss. EL MISMO, *SJZ* 1947, 645 y ss. Parecida es la concepción de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil* 2, 49/5 y ss. y BOCKELMANN, *Allg. Teil*, 3.ª ed. 1979, pp. 187 y ss. A los paralelismos entre la teoría de la imputación de los hegelianos por un lado, y la teoría de la acción final y del dominio del hecho por otro, remite especialmente, VON BUBNOFF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, 1966, pp. 45 y ss., 50 y ss.

*Köstlin* y *Welzel* interpretaron, en su punto de partida, la coautoría correctamente: la unidad colectiva de coautores, esto es, la unidad de organización de las personas (180) vinculadas en la comunidad personal es, como tal, el sujeto de la acción (181) al que se le imputa el conflicto. Todos los intervinientes son, por tanto, competentes conjuntamente en su compenetración, de la acción y de la responsabilidad, esto es, es competencia del colectivo como comunidad personal.

### III. *El objetivo común como fundamento de la actividad única colectiva*

Elemento constitutivo de la comunidad personal es la persecución de un objetivo común supraindividual (no necesariamente fundado en reciprocidad), que consiste en la producción común y en trabajo dividido de un determinado delito (182). En tanto un delito esté constituido por fases aisladas, y las diferentes fases sean ejecutadas respectivamente por distintas personas a solas, estos responderán como coautores por el todo, sólo cuando se unan para lograr la consecución de lo común; en efecto, tan sólo el objetivo común define los aportes individuales como parte del todo (183).

#### 1. *Crítica a la interpretación psicologizante del objetivo común*

Ciertamente, el establecimiento del objetivo común no tiene lugar en absoluto como la creación de una sociedad de derecho civil, esto es, a través de la conclusión de un «contrato de sociedad» (184) en el

---

(180) Cfr. también RGSt. 15, 295, 303; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, not. marg. 807, 810; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil* 2, 49/5; JAKOBS, ZStW 104 (1992), pp. 94 y ss.; KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, p. 17, habla de una «sociedad cooperativa».

(181) Comparable a través de FLUME, *Allg. Teil des bürgerlichen Rechts*, tomo 1.º, 1.ª parte, 1977, pp. 55 y ss., 60 y ss., 68 y ss., es la concepción de la mano común en la sociedad de derecho civil. Véase también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (not. marg. 23); OTTO, *Festschrift für Lange*, 1976, p. 204.

(182) Véase ya, STÜBEL, *Ueber die Theilnahme mehrerer an einem Verbrechen*, 1828, p. 33: «...un complot es una sociedad. Una sociedad presupone ya un objetivo común o uno tal que todos los miembros lo compartan. Se fija la mirada en el siguiente objetivo. Este se refiere, en un complot, a la ejecución de un determinado delito».

(183) JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/42; WELZEL (not. 3), p. 169; KÖSTLIN (not. 21), p. 335; LESCH (not. 7), pp. 189 y ss., 272 y ss.

(184) HÄLSCHER (not. 21), p. 388, designa como «contrato» el convenio precedente de los partícipes para la formación de una conspiración. Igualmente, BERNER, *Theilnahme* (not. 21), p. 403. BOCKELMANN, *Allg. Teil*, p. 187, estableció la comparación con la «resolución de un comité».

sentido de un mutuo acuerdo (185); —el llamado «acuerdo común» no es, por tanto, ni base de la imputación, ni *per se*, indicio suficiente de responsabilidad como coautor—. Coautoría es realización del delito mediante la división de trabajo; y en la división de trabajo no se trata de la conformidad de voluntades (recíprocas), sino del reparto del trabajo que debe prestarse para la realización del tipo.

El equivocado enfoque naturalista-psicologizante de la concepción contraria —como ya se indicó— es ya trazado en la teoría subjetiva de la imputación de los hegelianos: Según estos, si la unión de los aportes individuales a una actividad única en las dos formas de coautoría (complot y coautoría ocasional) exige el establecimiento de una «voluntad común», y cuando, por otra parte, esta voluntad se constituye de los propósitos particulares y psíquico individuales de los intervinientes (186), entonces, como elemento de unión y fundamento de la imputación, *sólo* entra en consideración un acuerdo mutuo y aprehendido en forma común. En este sentido, ya no se entiende, sin embargo, la voluntad que es determinante para el fundamento del injusto, como expresión de sentido referida a la obligatoriedad de una norma —de distinta manera que todavía en *Hegel*—, sino —como más tarde en *Welzel*— como una realidad psíquica que determina de forma final el suceso exterior causal, es decir, como dolo del hecho en el sentido del § 16 StGB (187). Sin embargo, la voluntad de actuar, como estado psíquico individual, es *per se* insignificante para la obligatoriedad de una norma y con ello para el derecho penal en definitiva (188). Además, no debe tampoco ser equiparada la voluntad de actuar (dolo del hecho), que se refiere al suceso causal del mundo exterior, con la, tan sólo jurídico-penalmente relevante, expresión de sentido de la acción, esto es, con la toma de posición del interviniente sobre la obligatoriedad de la norma cifrada en el suceso.

---

(185) Véase sobre esto, JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/41 y ss.

(186) Cfr. KÖSTLIN (not. 21), pp. 334 y ss.; HÄLSCHNER (not. 21), pp. 375 y ss.; BERNER (not. 21), pp. 346 y ss.; SCHÜTZE (not. 10), pp. 145, 148 y ss.

(187) De forma ejemplar, KÜPER, *JZ* 1979, 777: La «voluntad colectiva», que constituye «la espina dorsal del hecho en conjuntos», y cuya objetivación fundamenta el injusto (y la tentativa), sería el acuerdo común del hecho. Sobre los paralelismos entre la interpretación psicologizante desarrollada desde el campo de la «moralidad» de la teoría jurídico penal de HEGEL, y la teoría final de la acción, véase en especial, VON BUBNOFF (not. 22); también E. A. WOLFF, *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 210 y ss.; ENGISCH, *Festschrift für Kohlrausch*, 1944, p. 149; MAIHOFFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, pp. 44 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 70 (1958), p. 167.

(\*) *El § 16 del código penal alemán dispone:*

«Error sobre las circunstancias de hecho.

(1) *El que en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia perteneciente al tipo, actúa sin dolo. La punibilidad por comisión culposa permanece inalterada.*

(2)...» (N. del t.).

(188) JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), pp. 756, 761.

## 2. Fundamentos de una interpretación normativista del objetivo común

El objetivo común, por tanto, *sólo* puede ser definido correctamente —con ayuda de la llamada «voluntad común» de los hegelianos— como motivo para la integración de aportes individuales a un todo solapado, si esa «voluntad común» se des-psicologiza y se entiende también en el sentido de *Hegel* (189). *Hegel* define la «voluntad» como el comportamiento práctico del espíritu, la determinación interior de la conciencia práctica (190). La conciencia práctica no es pasiva —en contraposición a la conciencia teórica—, sino una conciencia activa que se manifiesta: «Las determinaciones del yo no son sólo representación y pensamiento, sino que deben reflejarse en una existencia exterior». Esa objetivación se produce a través de la acción, a través de «las determinaciones prácticas se obtiene una exterioridad, es decir, una existencia exterior» (191).

También el delito es una acción, «esto es, un cambio en una existencia exterior; el delito produce alguna cosa» (192). Junto al «mero producto» de la acción delictiva (193) existe sin embargo todavía otro aspecto («lado intelectual»), que fija de manera decisiva la cualidad del delito, esto es, la «vigencia positiva» del delito (194), la existencia positiva de la voluntad particular (como de lesión de lo universal, del Derecho en sí): puesto que el delincuente es un ser racional, es su acción una

(189) Sobre la teoría del delito y de la imputación de HEGEL, y sobre una interpretación psicologizante de *Hegel* a través de la dogmática jurídico penal hegeliana (BERNER, KÖSTLIN, HÄLSCHNER), véase también la crítica en VEHLING (not. 13), pp. 23 y ss., 30 y ss.

(190) Véase sobre esto y en lo siguiente, HEGEL, *Nürnberger Schriften*, Suhrkamp-Ausgabe (Red. Moldenhauer/Michel), tomo 4.º, *I Texte zur Philosophischen Propädeutik*, 8. Rechts-, Pflichten-, und Religionslehre für die Unterklasse, Einleitung §§ 1-5 (pp. 204 y ss.).

(191) Véase también HEGEL, *Nürnberger Schriften* (not. 33), *I. Texte zur Philosophischen Propädeutik*, 1. *Philosophische Enzyklopädie für die Oberklasse*, § 175 (p. 57): «La voluntad como concepto determinado interiormente es esencialmente actividad y acción. Ella transforma sus determinaciones interiores en existencia exterior, para representarse como idea».

(192) WANNENMANN (not. 15), p. 70.

(193) WANNENMANN (not. 15), pp. 69 y ss., denomina los efectos lesivos externos del delito que son reparados con la restitución civil como «mero producto del delito».

(194) Todo delito es la imposición de la voluntad particular en contra de la universal, y en verdad en forma de que debe tener vigencia en esa particularidad. Quien comete un delito, quiere que ese delito tenga vigencia en vez de la generalidad. Ahí se encuentra la peligrosidad del delito impune para la Sociedad, puesto que lo vigente es visto como Derecho; el delito no castigado tiene vigencia, es reconocido como Derecho. Sobre este lado intelectual del delito, referido al fenómeno de la vigencia, véase HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), not. al § 96 (pp. 184 y ss.), § 99 (p. 187); VON GRIESHEIM (not. 14), pp. 280 y ss., 548 y ss.; GANS (not. 10), pp. 84, 86; HOTH (not. 10), pp. 662 y ss.

universal, a través de la cual formula lo universal, esto es, una ley contraria a la voluntad universal, que el reconoce en ella para sí: «Al matar, afirma como universal, que está permitido matar» (195). Si bien escribe *Wannenmann* en sus apuntes de las lecciones magistrales de Hegel en Heidelberg en 1817/18, que la acción como contraria a la voluntad general especialmente «se encuentra de forma esencial en el sujeto», o sea, persiste «un algo subjetivo» (196), sin embargo, de esto no puede inferirse, que la «voluntad particular» en *Hegel* sea reducible al significado de un estado existente simplemente psíquico-individual. Así, subjetividad debe ser entendido, más bien como antítesis de «objetividad» en el sentido de «universalidad» (197) (esto es, de vigencia universal) (198). Que el delito persista como «un algo subjetivo», no quiere decir por tanto nada distinto, a que el delito según *su forma* es un algo racional y universal (lo objetivo), según su contenido, sin embargo, «una única acción irracional» (199) (lo subjetivo); «la ley del delincuente es un algo universal, pero solamente él lo ha reconocido» (200). La «voluntad particular» tiene, por tanto, una existencia, en verdad «en sí misma nula», pero no obstante «exterior, positiva» (201); dicha existencia constituye ante todo la nocividad social del delito (202) y debe ser eliminada a través de la pena:

«La pena elimina la existencia del delito, el delito existe sólo en la voluntad, en la representación ...en tanto estamos aquí en la esfera de la representación, del derecho positivo, así se encuentra la voluntad del delito en el reino de la representación, en el reino de la vigencia social, en esa esfera en la que la voluntad tiene existencia interior...La existencia del delito en la sociedad civil es el derecho positivo en la

---

(195) WANNENMANN (not. 15), p. 70; HEGEL, *Nürnberger Schriften* (not. 33), Erster Abschnitt (Rechtslehre) § 20 (p. 244); EL MISMO, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III*, Suhrkamp-Ausgabe (ed. *Moldenhauer/Michel*) tomo 10.<sup>a</sup>, § 500 (p. 310); EL MISMO, *Grundlinien* (not. 7), § 100 (p. 190); HOMEYER, *Vorlesungsmitschrift über G. W. F. Hegel, Die Philosophie des Rechts* (Berlín 1818/19), hrsg. von *Iltig*, 1983, p. 238; VON GRIESHEIM (not. 14), p. 280; HOTH0 (not. 10), pp. 314 y ss., 318, 664.

(196) WANNENMANN (not. 15), p. 69.

(197) Sobre una equiparación, por ejemplo, HEGEL, *Nurnberger Schriften* (not. 33), aclaraciones a la introducción § 2 (p. 211).

(198) Sobre los diferentes significados de los conceptos «objetivo» y «subjetivo», cfr. también SCHILD, *Festschrift für Verdross*, 1980, p. 215, en especial pp. 216 y ss.

(199) HEGEL, *Nürnberger Schriften* (not. 33), Erster Abschnitt (Rechtslehre) § 20 (p. 244); HOTH0 (not. 10), p. 316.

(200) WANNENMANN (not. 15), p. 70.

(201) HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), §§ 97, 99; VON GRIESHEIM (not. 14), pp. 281, 284, 552. También ABEGG (not. 8), p. 72, denomina como «voluntad subjetiva» a la voluntad que «no hace caso» de la ley «y que la considera como no existente para ella», pero esta «voluntad subjetiva» da precisamente «a su carácter contrario a la ley mediante el hecho, una existencia en la apariencia exterior (igualmente, EL MISMO, *System der Criminal-Rechts- Wissenschaften*, 1826, p. 31).

(202) HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), nota al § 96 (pp. 184 y ss.); HOTH0, (not. 10), pp. 310, 662 y ss.; VON GRIESHEIM (not. 14), pp. 548 y ss.

representación, el delito no existe de una forma natural exterior, la representación es la base de su existencia. Esta determinación entra esencialmente en consideración en aquello que es delito. El delito es un ejemplo y se estatuye un ejemplo a través de la pena, es decir, ambos tienen su existencia en la representación» (203).

El significado nocivo-social-objetivo de «la voluntad particular» se encuentra, de este modo, en el plano de las condiciones de vigencia social del Derecho; aunque este significado es fundamentado por *Hegel* en una forma social psicológica (204) [digamos, en el sentido de la actual «teoría de la impresión» (205)] y no de una manera normativista sobre el plano proyectivo de un esperar expectativas (206), exige *Hegel* no obstante una intersubjetivación (comunicación) del esbozo individual del mundo. En cuanto a la «voluntad particular», no se trata por tanto de otra cosa, que de la desautorización de la norma por parte del autor objetivada en la acción. Formulado de otra forma: La «voluntad particular» no es, ni un estado psíquico-individual, ni una voluntad final de ejecución (dolo del hecho en el sentido del § 16 StGB) referida al «mero producto» de la acción (esto es, a las consecuencias causales exteriores, por ejemplo una lesión de bienes [objetos] jurídicos); Antes bien, «la voluntad particular» como existencia positiva, exterior, y como momento determinante del delito, expresa el significado para la vigencia de la norma que posee el suceso causal del mundo exterior (207).

---

(203) VON GRIESHEIM (not. 14), pp. 550 y ss.

(204) Cfr. también HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), § 218 (p. 372).

(205) Véase sobre ello, VEHLING (not. 13), pp. 59 y ss.

(206) Sobre esto, detallado, LESCH (not. 5), pp. 244 y ss., apoyándose en LUHMANN. Aquí se encuentra también un punto débil de la teoría de la pena de HEGEL: la «constatación del Derecho» mediante la pena (VON GRIESHEIM [not. 14], p. 266) es entendida *preventivamente*, digamos en el sentido de «ejercicio de confianza en el Derecho» (JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/15), y no puramente *represiva*, en el sentido de una estabilización contrafáctica de la norma, a través de la simple confirmación de su vigencia y de la muestra de la incorrección del esbozo del mundo realizado por parte del autor (véase LESCH [not. 5], pp. 246 y ss.). Con ello se abandona sencillamente la base de la culpa como compensación (LESCH [not. 5], pp. 233 y ss.) y se mezcla al autor entre los objetos del derecho de cosas (KANT, *Metaphysik der Sitten*, Vorländer-Ausgabe, 1945, primera parte, nota general al § 49, E I [pp. 158 y ss.]; véase también E. A. WOLFF, *ZStW* 97 [1985], pp. 796, 798, 802 y ss., 806 y ss.; H. MAYER, *Festschrift für Engisch*, 1969, pp. 64 y ss.; NAUCKE, en: *Hassemer/Lüderssen/Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, pp. 14 y ss.; ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 10; KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 14 y ss.). El mismo HEGEL ha reconocido sin problemas («penar el delito para otros, puede parecer injusto»; HOTHO [not. 10], p. 664), lo delicado de la parte teórico preventivo de su teoría de la pena (establecimiento de un ejemplo para combatir «el peligro de infección» del delito), hoy conocida bajo la rúbrica «prevención general positiva», y vio por tanto en este sentido el motivo de «una necesidad exterior de la pena —no interior—; HEGEL, *Grundlinien* (not. 7), nota al § 96 (p. 184); véase también, HÖSLE, *Hegels System*, tomo 2.º, 1987, p. 505.

(207) Esta interpretación es apoyada también mediante GANG (not. 10), pp. 87 y ss.: «La voluntad mala posee una exteriorización en la lesión. De la ejecución se deduce la voluntad (sic! —subrayado en el original—), aquélla da la medida para ésta».

El objetivo común, como elemento de la coautoría, decisivo y que integra los aportes individuales a una actividad única, se define pues con ayuda del «acuerdo común» de los hegelianos, pero éste debe ser despsicologizado y entendido en el sentido de *Hegel*. Por tanto, con el «acuerdo común» no es aludido un dolo común, sino solamente la «voluntad particular» —dirigida contra la que, en y para sí, es voluntad universal—, que se presenta en la realidad y que produce un daño a la vigencia de la norma.

La interpretación psicologizante de esa voluntad como dolo del hecho conduce inevitablemente a su relación con el suceso causal del mundo exterior (el «mero producto del delito») y con ello, conduce también inevitablemente al modelo de imputación de la dogmática penal naturalista tradicional. Sin embargo, —como ya se demostró—, el injusto penal no acontece, en el plano del curso exterior causal, sino en el de la vigencia de la norma. Respecto de «la voluntad común», no se trata pues sino de la —tan sólo penalmente relevante— expresión objetiva de sentido del suceso; esta expresión de sentido del suceso denota, como «voluntad particular» colectiva, el *significado* de una contradicción colectiva con la norma, esto es, de una contradicción con la norma organizada en división de trabajo en común. Dicho de otro modo: El fundamento de la responsabilidad por coautoría (y de toda responsabilidad accesoria) no es un problema de imputación subjetiva, ¡sino de imputación objetiva!

#### IV. *El fundamento del objetivo común como momento de la imputación objetiva*

El establecimiento del objetivo común, esto es, la definición de aportes organizada en división de trabajo conjunto, como ejecución de un delito completamente determinado, o dicho con otras palabras, la fijación del injusto realizado colectivamente, no exige, por tanto, una comunidad psíquica, sino una comunidad objetiva (208). Este establecimiento tiene lugar mediante una conexión comunicativamente relevante de los actos de organización de varios intervinientes, bajo un contexto planifi-

---

(208) Si lo establecido por MAIHOFER, *Festschrift für Rittler*, 1959, pp. 147 y ss., es cierto, esto es que «aquél» al que se dirigen los tipos como autor del hecho, no es el «sujeto, en su profundidad psíquica de la subjetividad como ser individual», sino que es el «sujeto, en la exterioridad sociológica de su objetividad como ser social», —y a favor de la veracidad de tal afirmación habla algo, y es, que en efecto, las expectativas normativas (cfr. LESCH [not. 5]. pp. 240 y ss., 259 y ss.) penalmente garantizadas (como norma de sanción) son expectativas de roles, y por tanto para la imputación reviste importancia, en primer lugar, aquello que se espera de otro en su rol (JAKOBS, *ZStW* 101 [1989], p. 518)—, entonces esto rige evidentemente no sólo para el autor único, sino igualmente también para el coautor-colectivo: los intervinientes no deben pues convertirse mediante mutua conformidad de voluntades en uña y carne, para poder ser sujeto idóneo de la acción típica.

cado supraindividual (esto es, que excede los diferentes aportes) y objetivo. Esta declaración no revela en sí ninguna peculiaridad puesto que, en general, el significado social del comportamiento no se lee en la persona del que actúa, sino que debe ser deducido de la parte externa (objetiva) (209), pero donde objetividad aquí no debe ser entendida, por ejemplo, como un fenómeno separado del sujeto de la acción, sino siempre como subjetividad objetivada, esto es, como expresión de sentido de una persona (210). El contexto social y normativo del suceso, así como los respectivos roles de los actuantes, nos dan la medida para una valoración —lo mismo que sucede en la imputación objetiva en general— (211). Comunidad objetiva, por tanto, puede ser fundada como comunidad normativa y organizada, o como comunidad tan sólo normativa.

### 1. Comunidad normativa y organizada

La comunidad normativa y organizada designa la «clásica» constelación de casos de división de trabajo, en los cuales el trabajo realmente se distribuye, y en verdad en la forma de que se llega a un «trabajo en equipo» de los actuantes en forma unilateral o recíproca. Determinante para la vinculación es aquí, en primer lugar, una relación objetivada del efecto, así como del objetivo que han de tener respectivamente los aportes (212); esta conexión pone de manifiesto la relación de un aporte sobre el otro y su orientación a la misma meta. Ejemplo típico es el caso del atraco bancario, en el que un actuante mantiene a raya al cajero con un arma, mientras que otro introduce los billetes de la caja en una bolsa:

---

(209) Véase JAKOBS, *Allg. Teil*, 6/73, 11/8; OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, 1959, p. 11.

(210) La responsabilidad del interviniente aislado, en el delito doloso, no alcanza por tanto en ningún caso más allá del contexto planificado por él conocido: La imputación subjetiva no puede, en verdad, fundamentar una responsabilidad accesoria, pero su exclusión conduce siempre a la exoneración. El concepto aquí desarrollado puede presentar, a primera vista, paralelismos seguros respecto de la teoría del injusto personal objetiva de MAIHOFFER, sin embargo, con ello no está en modo alguno ya prejuzgado, que la «cara externa social» del comportamiento constituya la totalidad del injusto, y que la «cara interna individual» pertenezca a la culpa en sentido estricto (cfr. empero MAIHOFFER, *Festschrift für Rittler*, 1957, pp. 142, 147 y ss., 150, 154, 164). Más bien, se trata aquí sólo, de efectuar en el campo de la imputación objetiva, el establecimiento de la comunidad como fundamento de la responsabilidad accesoria, en vez de dejarlo —el establecimiento de la comunidad— a las creaciones de sentido individuales de los intervinientes actuantes; no se trata en absoluto de limitar el injusto a una imputación objetiva.

(211) Véase, LESCH (not. 5), pp. 264 y ss.

(212) Sobre la finalidad objetiva y la tendencia objetiva, respectivamente, de una acción en el ámbito del injusto, cfr. H. MAYER, *Allg. Teil*, 1953, pp. 104 y ss., 281; SPENDEL, *Festschrift für Oehler*, 1985, pp. 203 y ss.; OEHLER (not. 52), pp. 11, 72, 111 y ss., 117, y passim; MAIHOFFER, *Festschrift für Rittler*, 1957, pp. 147 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 70 (1958), pp. 168 y ss.; EL MISMO, (not. 30), p. 46.

un objetivo común no se establece aquí «per se» mediante un eventual acuerdo, sino, ante todo, a través de que los dos actuantes cooperan de tal forma, que la ejecución de cada acción individual aisladamente considerada, esto es, sin su relación supraindividual efectuada a la otra acción, y sin la orientación a una meta común y realizada en división de trabajo coordinada, no admite una explicación social razonable.

Para la verificación de tal relación objetiva de los aportes hay que centrarse en el contexto completo del suceso, especialmente también en eventuales interacciones anteriores entre los actuantes (213). Así se trata tan sólo de un simple problema hermenéutico. *Ejemplo*: Cuando alguien golpea a otro dejándole sin conocimiento, y entonces —después de que aquél se haya alejado del lugar del suceso— llega un tercero de improviso y se guarda la cartera del que quedó sin conocimiento, no se puede verificar una relación objetiva y efectuada, de las acciones individuales. La valoración puede sin embargo cambiar, cuando los actuantes, por ejemplo, han buscado conjuntamente el lugar del hecho, y con ello, han coordinado previamente su comportamiento uno sobre otro. También aquí se produce la comunidad, pero tan sólo debido a la prestación de los aportes en un contexto que les acredita como referidos los unos a los otros, producidos colectivamente (214). En efecto, se debe llegar a una coordinación real de comportamientos, en el sentido de una organización de aportes integrados en la ejecución entrelazada: De un simple conocimiento, unilateral o recíproco, del plan o del comportamiento del otro actuante, no se deduce per se nada para la fundamentación de una comunidad penalmente relevante, al igual que no se deduce per se nada, del simple acuerdo. *Ejemplo*: Varios individuos, que habitualmente pintan con «spray» en las paredes, acuerdan que quieren encontrarse a una determinada hora en una estación de metro concreta, conocida dentro de la «escena» y preferida generalmente por estos, como punto de encuentro periódico; una vez allí, en la atmósfera inspiradora del lugar, cada uno para sí, sigue sus inclinaciones artístico individuales con el color, por él mismo traído; a pesar del acuerdo anterior y de la conexión físico-temporal, falta la comunidad, necesaria para la fundamentación de la

---

(213) De todas formas, el (potencial) autor no es simple sistema psicofísico, sino ciudadano, y con ello, a priori también definido mediante su derecho a un esfera privada libre de control (véase JAKOBS, *ZStW* 97 [1985], pp. 753 y ss.; TIMPE, *Die Nötigung*, 1989, p. 119; VEHLING [not. 13], pp. 97 y ss.), de forma que, preparaciones y planes delictivos, que el autor ejercita en la esfera civil privada (especialmente dentro de los contactos sociales libremente escogidos), no son perturbaciones sociales, y por ello en un estado de libertades no deben ser definidas como injusto penal. Pero de esto no se infiere, que un recurso a la esfera privada con objeto de interpretación, valoración e imputación de un comportamiento como perturbación social per se pueda denegarse: Comportamiento inadecuado al rol fundamenta un deber de explicación, y pierde por tanto el derecho (parcial) a ser tratado como asunto privado; cfr. VEHLING (not. 13), pp. 100 y ss.

(214) El problema de la accesoriadad cualitativa (ánimo de lucro) debe ser aquí dejado aparte; véase, detallado, LESCH (not. 5), pp. 288 y ss.

responsabilidad accesoria: No se puede establecer una relación objetiva de los aportes individuales en el sentido de un «trabajo en equipo» unilateral o recíproco (*ergo*: autoría paralela). Distinto es, cuando los aportes, que se reflejan en la ejecución, son referidos los unos a los otros en forma de una coordinación de comportamientos técnico-externa (por ejemplo: cada uno trae un «spray» de un determinado color, los «sprays» son entonces usados por todos en común), o en forma de una coordinación artístico-interna (así en el caso de un «writing group»: cada uno pinta una parte de una obra de arte colectiva homogénea; o: Una estación de metro, todavía en el gris sin imaginación del hormigón, es ornamentada con «graffiti» como un todo por varios, según lo acordado): la organización coordinada-entrelazada de los aportes conduce aquí al establecimiento de un objetivo común, y a la incumbencia accesoria de todos los actuantes respecto del todo (coautoría).

Por último, tampoco interesa una reciprocidad de la adaptación de los aportes. Esto se infiere ya, de que una prestación común se puede producir no sólo en forma de división de trabajo paralela, sino también en forma de división de trabajo sucesiva: Un aporte crea un presupuesto para la organización ulterior, el aporte subsiguiente se produce bajo el aprovechamiento de ese aporte. En caso de que al primer aporte le falte una relación objetiva respecto del segundo, puede también tener lugar —desde el punto de vista organizativo— una simple coordinación unilateral y una vinculación de los aportes por parte del segundo actuante. En cuanto la comunidad no es establecida a través de una adaptación de los aportes bilateral sino unilateral, la asociación de los aportes se extiende precisamente más, que el círculo de los que son responsables. *Ejemplo*: Cuando un leñador después del trabajo busca un restaurante y deja en el guardarropa su hacha, con la cual entonces otra persona, un poco después, mata a golpes a un tercero, existe simplemente una vinculación unilateral de los actos de organización por parte de aquél que usa el hacha para sus objetivos. En cambio, habría que afirmar una adaptación recíproca de los aportes, por ejemplo, cuando el leñador le alcanza al otro su hacha en una situación, en la cual éste se encuentra en una altercado violento con el tercero: Una explicación social razonable de esa acción no sería posible, sin su relación efectuada al comportamiento del otro, y su orientación al golpear del tercero, como producto de la acción realizada en forma de división de trabajo común.

Claro está, una adaptación unilateral puede tener lugar no simplemente por medio del segundo actuante, sino también al revés, a través del primer actuante, cuando éste, por ejemplo, mediante su comportamiento crea previamente las condiciones para la actividad del otro. *Ejemplo* (215): Alguien da un somnífero a la víctima, que durmiendo va

---

(215) Según JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/43.

a ser golpeado; abre asimismo la puerta al autor; prepara además un instrumento adecuado y listo para el hecho, y finalmente impide, antes de la ejecución, la entrada de molestas terceras personas. Todo ello lo realiza sin acuerdo con el que lo va a llevar a cabo. Tampoco aquí, el comportamiento del que no ejecuta por sí mismo, sin su relación con el comportamiento del otro y sin el homicidio de la víctima, es ya interpretable de forma socialmente razonable.

En efecto, el establecimiento penalmente relevante de la comunidad como coordinación no se encuentra sólo en una comunidad fundamentada simplemente en forma fáctica, sino también en forma normativista: al actuante individual le incumbe el todo, cuando también «es cosa» suya. Con ello se dice, que la vinculación fáctica de actos de organización, en cuanto conduce a responsabilidad accesoria, representa siempre un quebrantamiento de la prohibición de regreso (216). El aporte que ha sido integrado por un actuante en la «voluntad particular» colectiva debe significar, por tanto, expresión de una «conformidad» o bien de «un solidarizarse» con el quebrantamiento de la norma (217); no debe ser así objetivo en forma neutral, sino un indicador de una contradicción con la norma. Responsabilidad jurídico penal, como consecuencia de una comunidad normativa y organizada, comienza allí donde un comportamiento no permite otra explicación social razonable, a aquella consistente en que se quiere una asociación solidaria con los actos de organización de los otros para la desautorización de una norma totalmente determinada. Por el contrario, mientras que un comportamiento pueda ser interpretado todavía razonablemente como ubicado o bien como socialmente adecuado, y esto según su apariencia objetiva en atención al contexto social y a los roles de los actuantes, la externalización delictiva no concierne al que actúa: él no necesita dejarse importunar por el sentido lesivo a la norma del comportamiento de otro. *Ejemplo:* Cuando frente a una tienda de artículos de menaje tiene lugar una pelea, y entonces uno de los participantes entra precipitadamente, compra un cuchillo, y con éste acuchilla a uno de los intervinientes en la pelea, el vendedor permanece exento de una responsabilidad accesoria por esa acción: su comportamiento es explicable razonablemente de acuerdo con su rol, y esta referido a un comportamiento del autor, que es en sí legal, así como también permanece. sin acciones punibles subsiguientes, razonable de modo social e individual (218).

---

(216) Véase, JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), p. 1; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986; MEYER ARNDT, *wistra* 1989, 218; LESCH (not. 5), pp. 162 y ss., 278 y ss.

(217) Decisiva es la objetivación—se trata de imputación *objetiva*—, y no un estado psíquico cualquiera. Imputación subjetiva de esta forma también conduce no a gravar, sino a exonerar.

(218) Véase, LESCH (not. 5), p. 283 not. 2. La posibilidad de una responsabilidad por vulnerar la solidaridad mínima permanece de todas formas inalterada (§ 323 c StGB).

(\*) En el § 323 c del código penal alemán se encuentra regulada la omisión simple del deber de socorro. (N. del t.)

## 2. Comunidad tan sólo normativa

La conexión comunicativamente relevante de ámbitos de organización, necesaria para la fundamentación de responsabilidad colectiva, puede ser establecida, de todas formas, también sin la relación objetiva de los aportes ya descrita; esto es así, porque la medida valorativa en forma del contexto social del suceso, relevante para la imputación objetiva, se puede configurar también, siempre mediante un contexto normativista, o bien especialmente también a través de los roles de los actuantes. Es pensable por tanto, una comunidad tan sólo normativa a causa de la especial situación de deber de un interviniente, esto es, cuando él, como garante, independientemente de un aporte referido al objetivo, se convierte en co-incumbente de la ejecución del otro. Se trata, sobre todo, de los casos de deberes de seguridad (219) (un ejemplo es, v. gr., la participación accesorias de un vigilante nocturno que, en contra de su deber, no impide la ejecución de un tercero), pero además, se trata también de los casos de deberes de seguridad a causa de cosas o situaciones peligrosas (220). Deberes de seguridad por el uso de cosas peligrosas por parte de terceros existen por tanto, cuando a un ámbito de organización pertenecen objetos cuya libre disponibilidad general ya no se encuentra dentro del campo del riesgo permitido. *Ejemplo*: Un cazador entra en un restaurante y cuelga su escopeta en el guardarropa, de forma que otro después la puede tomar y disparar a un tercer cliente (221). Una conexión de ámbitos de organización comunicativamente relevante, a causa de la referida situación peligrosa, entra siempre en consideración, cuando el potencial a asegurar que debe ser protegido de daños de terceros, y a cuya existencia tiene derecho la víctima en potencia, es retenido o desconectado. *Ejemplo* (222): el autor impide a la víctima en broma cerrar la puerta y tampoco deja de hacerlo, cuando terceras personas penetran en la vivienda de la víctima.

A diferencia que para los —anteriormente discutidos— deberes de garante por competencia en un ámbito de organización, mediante deberes fundamentados en una institución (223) no puede ser constituida una comunidad normativa —que conlleva una responsabilidad accesorias—. En efecto, el portador de un rol enlazado a una institución comete

---

(219) Véase JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/46.

(220) Véase JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/34.

(221) Tal deber de garante no existe en el ejemplo paralelo del leñador arriba descrito: la libre disponibilidad general de un hacha —al contrario que de una escopeta— se encuentra dentro del campo del riesgo permitido.

(222) Según JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/34.

(223) Sobre los deberes, de garante en virtud de una competencia institucional, véase JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/57 y ss.; LESCH (not. 5), pp. 268 y ss., 298 y ss.

siempre un delito de infracción de deber (224), por tanto, responde por toda participación de forma inmediata y tan sólo en calidad de autor, y en verdad a causa de injusto propio (225). Puesto que aquí la responsabilidad del «intraeus» no es definida a través de un ámbito de organización, sino mediante un «status» altamente personal (226), y los roles de los actuantes permanecen por tanto separados, es totalmente imposible (227) una responsabilidad accesoria en forma de coautoría por injusto colectivo.

La responsabilidad del «intraeus» es por ello siempre problemática, cuando éste no puede ser autor, porque no reúne en su persona todas las características de la autoría, por ejemplo, porque le falta una tendencia interior extraordinaria. *Ejemplo* (228): Un padre no impide, sin tener él mismo ánimo de lucro, el hurto en la propiedad de su hijo menor de edad y sometido a su potestad. De todas formas, las características subjetivas típicas del delito, en la responsabilidad accesoria, no deben ser reunidas por todos los intervinientes en su persona (al contrario de lo que opina la concepción habitual), sino que sólo deben concurrir como tendencia supraindividual de la acción del colectivo; ello es así, porque en el campo de la organización de comportamientos mediante división de trabajo, el sujeto de la acción que se confronta con la descripción del delito recogida en la parte especial es la unidad organizativa colectiva de los intervinientes, y no precisamente cada unidad organizativa por separado (229). También le es imputado de forma inmediata al «intraeus» todo lo que por su quebrantamiento del deber es causado, siendo indiferente, que se trate de procesos naturales o de formas de comportamiento de terceros (230); por tanto, no se elimina *a priori* por ejemplo, la imputación de la sustracción de un «extraneus» con ánimo de lucro. Pero esta imputación simplemente fáctica de acciones ajenas, como complemento del injusto propio en el delito de infracción de deber, se diferencia, precisamente en sus bases, de las estructuras de la imputación de la intervención accesoria, en la cual todas las acciones son producidas para el colectivo, y son vinculadas a un injusto *colectivo*. La responsabilidad del portador de un rol ligado a una institución —como se dijo—, no es definida a través de un ámbito de organización, sino mediante un «status» altamente personal, debiéndose entender por «status», una madeja de relaciones entre el obligado y el bien en cuestión, de la cual el deber reforzado penalmente representa tan sólo una parte (231). Esto

---

(224) Fundamental para la teoría del delito de infracción de deber es ROXIN, (not. 3), pp. 352 y ss.

(225) LESCH (not. 5), p. 300.

(226) JAKOBS, *Allg. Teil*, 7/70; LESCH (not. 5), p. 299.

(227) JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/22.

(228) Según JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/107.

(229) Sobre esto, detallado, LESCH (not. 5), pp. 288 y ss.

(230) LESCH (not. 5), pp. 299 y ss.

(231) JAKOBS, *Allg. Teil*, 23/25.

significa, que la competencia, ante todo, sólo puede ser fundamentada a través de la lesión de un deber asegurado institucionalmente, pero siempre es fundamentada en la lesión de ese deber, deber que sólo atañe al titular de un determinado «status» (232). Con ello, la relación del «intra-neus» con la norma —y esto también significa: con el tipo— es siempre inmediata. Ya que todo obligado especial, como administrador de la institución en su rol, está frente a la respectiva norma, su propio comportamiento conduce siempre a un hecho *propio* y completo (233). En tanto el ánimo de lucro representa una característica tipificada de la autoría, el injusto propio del «intra-neus» que responde como autor de forma inmediata debe así estar también impregnado por este ánimo; de lo contrario, se trataría respecto del injusto por el que el «intra-neus» tiene que responder, en virtud de la lesión del deber, precisamente no del injusto de una apropiación, sino por él de un hurto de uso —y por tanto impune— (eventualmente también se trataría del injusto de una infidelidad patrimonial —administración desleal—) (234). El caso en el que falta una tendencia interior extraordinaria que caracteriza el delito, no se diferencia pues de aquella otra constelación, en la que un obligado especial no realiza por sí mismo la ejecución de un delito de propia mano: Una responsabilidad como autor, en caso de deberes por una competencia institucional, es siempre imposible, cuando el «intra-neus» no reúna en su persona todas las características de la autoría (235).

En efecto, también se discute para casos de esta clase una responsabilidad accesoria en forma de complicidad (236). Esta solución, de todas formas, puede ser aceptada tan sólo en parte. En primer lugar hay que constatar, que las estructuras de la imputación en la coautoría y en la complicidad, por principio, son idénticas; una responsabilidad accesoria, por tanto, se puede fundamentar de igual forma en ambos casos sólo por medio del colectivo (237). Puesto que deberes de garante en virtud de una competencia institucional —como ya se expuso—, a causa de lo altamente personal del «status», no pueden constituir una comunidad tan sólo normativa como fundamento de responsabilidad colectiva, queda excluida en absoluto toda responsabilidad accesoria, y en verdad no sólo en forma de coautoría, sino también de complicidad. Por deberes institucionales responde el obligado, precisamente no con base en la ac-

---

(232) JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/2.

(233) LESCH (not. 5), p. 299.

(234) Véase también ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2.<sup>a</sup> ed. 1988, p. 299.

(235) En el resultado igualmente, JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/107; ARMIN KAUFMANN (not. 77), p. 288.

(236) Cfr., por ejemplo, JAKOBS, *Allg. Teil*, 29/107; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, not. marg. 1079; RUDOLPHI en: *SK StGB*, § 13 not. marg. 41; ROXIN, en: *LK*, 10.<sup>a</sup> ed. 1985, § 25 not. marg. 150; EL MISMO (not. 3), p. 479 y ss.; ARMIN KAUFMANN (not. 77), p. 299, ha llamado a esta construcción en el campo de la intervención omisiva un «parche inapropiado».

(237) Sobre esto, detallado, LESCH (not. 5), pp. 195 y ss., 274 y ss.

cesoriedad, sino porque él mismo ha denegado el establecimiento o mantenimiento respectivamente de un mundo en común con la víctima (al menos parcialmente). En cualquier caso, la fundamentación de un deber de garante en virtud de una competencia institucional no excluye la existencia de otros deberes —esto es: aquéllos en virtud de un ámbito de organización—. Dicho de otro modo: también el titular de un rol ligado a una institución mantiene frente al bien cuyo cuidado le incumbe, la tan sólo negativa relación de la prohibición de dañar, vinculada con su rol común, que le obliga a una configuración de su ámbito de organización sin defectos (238); esta obligación, de todas formas, se superpone en general a través de sus deberes fundados institucionalmente. En tanto —pero sólo en tanto— puede ser el titular de un rol ligado a una institución cómplice o coautor de un tercero; en este caso, el establecimiento del objetivo común sigue las reglas generales. Así, si el padre, en el último ejemplo, infringiese también sus deberes de organización frente a la propiedad de su hijo, por ejemplo, porque ayudase al ladrón en la apropiación en forma de división de trabajo, o porque eliminase un mecanismo de protección al que el niño tiene derecho, estaría fundamentada una intervención accesoria en el hurto. Pero si se queda tan sólo en la lesión del deber institucional, por ejemplo, porque el padre simplemente no impide el hurto en la propiedad de su hijo, faltando el ánimo de lucro, no está fundamentada una responsabilidad accesoria, y en verdad, tampoco en forma de complicidad (omisiva).

### 3. *Coautoría en el caso de la acción de ejecución en varios actos*

Un problema especial en el establecimiento del objetivo común ha quedado de todas formas hasta ahora sin discutir. Se trata de la fijación del injusto realizado colectivamente, esto es, de la cualidad de la contradicción (en común) con la norma, cuando el hecho conjunto produce un delito que se constituye de fases de la acción de ejecución aisladas, y las diversas fases son ejecutadas por diferentes personas cada una por separado. En la mayoría de los tipos penales compuestos de más de un acto, el establecimiento del objetivo común correspondiente exige la anticipación de la secuencia de actos en el primer acto, de la futura ejecución conjunta: ya el primer acto debe haber sido realizado con relación al objetivo y a los otros actos; por ejemplo, en el robo (§ 249 StGB), la coacción con el objetivo de la ruptura de la tenencia, y ésta de nuevo con el objetivo del establecimiento de una nueva

---

(238) Véase JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/7. Aquí es referido el campo que normalmente es denominado con el concepto «delitos de dominio».

tenencia (239). Tratándose de actos aislados que en su expresión de sentido relevante jurídico penalmente están ya concluidos (esto es, tampoco son ya reversibles), es pues absolutamente imposible una posterior vinculación a un objetivo común que supere el correspondiente sentido de esos diversos actos (240). Tales delitos pueden, por tanto, ser cometidos sólo mediante el establecimiento de una comunidad normativo-organizativa: Con la relación objetiva del primer acto con el ulterior suceso, es siempre satisfecha la necesaria anticipación de la sucesión de actos.

En cualquier caso, son también pensables delitos que no exigen una relación objetiva anticipada de los diversos actos, sino en los cuales el segundo acto describe un simple aprovecharse de la situación creada mediante el primer acto. Si una anticipación de la sucesión de actos no está tipificada, puede ser constituido un objetivo común, también en la forma de que el primer acto fundamente la competencia para el segundo (esto es, comunidad tan sólo normativa), mientras que el segundo acto establece la conexión con el primer ámbito de organización, el cual es gravado con el deber de la eliminación de la situación también en relación a la ejecución del segundo acto. *Ejemplo*: sin transfondo sexual pero empleando fuerza, alguien lleva a una mujer a la casa —situada en zona retirada— de un tercero, conocedor de la situación; el tercero, que cuando llega a la casa se encuentra a la mujer atada, practica con ella acciones sexuales, con lo cual había contado desde un principio el raptor. Aquí se ha realizado para el raptor el injusto colectivo de un rapto contra la voluntad de la raptada (§ 237 StGB). En efecto, el § 237 StGB no tipifica un delito de propia mano, de forma que el rapto y la práctica de acciones sexuales fuera del matrimonio no necesitan ser llevadas a cabo por la misma persona; por tanto, una realización del tipo en división de trabajo es posible, por principio, también en la forma de que una persona rapte y otra abuse (241). Además, una —*a priori*— dirección del objetivo del rapto es superflua: puesto que el injusto del § 237 StGB se compone de un rapto y de un aprovechamiento de la situación originada a

---

(239) Otros ejemplos son, v. gr., los §§ 177, 178. 202 párrafo 2.º, 239a y 239b del código penal alemán.

(\*) *Los mencionados parágrafos de la parte especial del código penal alemán se refieren a los siguientes delitos: § 177 (= violación), § 178 (= coacción sexual), § 202 2.º (= violación del secreto de la correspondencia), 239a (= detención ilegal para extorsionar a la víctima o a un tercero), 239b (= toma de rehén).* (N. del t.).

(240) LESCH (not. 5), p. 277.

(241) Cfr. MAURACH/SCHROEDER/MATWALD, *Bes. Teil 1*, 7.ª ed. 1988, 18/54 mit 18/20; DREHER/TRÖNDLE, § 237 not. marg. 6; VÖGLER, en: *LK*, 10.ª ed. 1989, § 237 not. marg. 19; otro punto de vista, HORN en: *SK StGB*, § 237 not. marg. 12.

(\*) *El § 237 del código penal alemán dispone: «Rapto contra la voluntad de la raptada. El que rapte a una mujer contra su voluntad, mediante astucia, amenaza, o fuerza, especialmente llevándola con un vehículo a otro lugar, y aproveche la situación de desamparo para la mujer, originada a causa de esto, para practicar con ella acciones sexuales extramatrimoniales (§ 184c), será penado con pena privativa de libertad hasta cinco años, o con multa».* (N. del t.)

causa de éste (242), puede ser fundamentada la comunidad también sin relación objetiva del primer acto sobre el segundo. Al raptor aquí, a causa de la situación peligrosa creada por él, le co-incumbe accesoriamente la práctica de acciones sexuales del tercero. Por el contrario, no tiene que responder el tercero del injusto colectivo del § 237 StGB, porque allí interviene la prohibición de regreso: si bien es cierto que él ajusta de forma meramente fáctica su acción en una situación cuya remoción, ahora como antes, le incumbe al raptor (243), no es menos cierto que no son asunto de él tanto el origen, como el mantenimiento de esa situación.

## V. Conclusiones

Como conclusión se tiene que constatar, que la coautoría no presupone acuerdo de ejecución común, y en verdad ni en forma expresa ni en forma concluyente. Responsabilidad accesoria no es sobre todo consecuencia ni de una efectiva comunicación real, ni de un acuerdo efectivo de voluntades entre los intervinientes (244), sino muy por el contrario el producto de la imputación objetiva, esto es, el significado social-normativo del suceso. La interpretación contraria encuentra su fundamento en una reliquia todavía generalizada de la dogmática jurídico penal naturalista, esto es, en la reducida interpretación del injusto penal como suceso causal del mundo exterior, con lo que sencillamente se escamotea el contenido comunicador específico-jurídico-penal del significado del hecho, como contradicción con la norma (245). Especialmente *Welzel* ha proporcionado la concepción —estableciéndola— de que la realidad que sirve de base al Derecho, como mundo de la existencia social, es un mundo del sentido, del significado (246); por tanto, la acción como objeto del Derecho penal debe ser entendida como un fenómeno razonable y socialmente significativo (247). Puesto que un suceso causal del mundo exterior, sin embargo, se encuentra per se vacío de sentido (248), se necesita un factor creador de sentido, si es que deben ser vinculados cursos aislados a un suceso en común colectivo supraindividual. Pero aquí se atiene totalmente la doctrina convencional a la tradición del con-

---

(242) BGHSt. 24, 90; 29, 233, 235 y ss.; VOGLER, en: *LK*, § 237 not. marg. 18; GÖSSEL, *Bes. Teil*, tomo 1.º, 1987, 24/58.

(243) El rapto es un delito continuado, en tanto la mujer permanezca en el poder de disposición efectivo del raptor; VOGLER, en: *LK*, § 237 not. marg. 20.ª; ESER, en: *Schönke/Schröder*, § 237 not. marg. 18.ª; LACKNER, *StGB*, § 237 not. marg. 7.ª.

(244) En este sentido, esto se opone también a la opinión expuesta de PUPPE (not. 2).

(245) Véase JAKOBS, *ZStW* 104 (1992), p. 85; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, not. marg. 656.

(246) WELZEL (not. 3), pp. 124, 153.

(247) WELZEL (not. 3), pp. 124 y ss., 130, 141, 151.

(248) WELZEL (not. 3), pp. 95, 107; ZIELINSKI (not. 11), p. 26; OEHLER (not. 52), pp. 12 y ss.; ROXIN (not. 49), p. 91; véase también ya BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 17, quien denominaba al concepto de acción de los causalistas «espectro exangüe».

cepto final de acción, reducido a su dimensión psicologizante: según esta, el factor creador de sentido no es el hecho por sí mismo, como hecho con contenido expresivo (249), con un concreto significado comunicador, esto es, social, sino la voluntad del que actúa, el cual dirige finalmente el suceso causal exterior (250); y en la actuación en común de varios depende la interpretación del suceso precisamente también de la creación de sentido individual de los actuantes intervinientes, la cual, según la opinión habitual, se lleva a cabo mediante el acuerdo común (plan del hecho). Abreviadamente: Según esta opinión, el injusto penal no se debe determinar a través del sentido social de los sujetos que actúan, sino del individual (251). Mientras que, por tanto, el finalismo reducido a la subjetivación del concepto de acción, hoy se tiene por anticuado (252) [porque en este sentido el finalismo no ha superado el naturalismo sino que sólo lo ha modificado (253); la acción no interesa de ninguna manera en derecho penal como fenómeno causal naturalista, ni tampoco como fenómeno dirigido finalmente, sino —lo cual Welzel en un comienzo acertadamente reconoció (254)— en primer

(249) Así, la acertada formulación de JAKOBS, *Allg. Teil*, p. VII (prólogo).

(250) WELZEL (not. 3), pp. 4 y ss., 11 y ss., 94, 108; EL MISMO, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed. 1969, pp. 33 y ss.; cfr. también OEHLER (not. 52), pp. 12 y ss. Véase, especial para el caso de la coautoría, GALLAS (not. 3), p. 103: lo que hace a uno coautor, es «el sentido material de su comportamiento. Este se infiere claro está, en primer lugar de un punto de vista, que aplica las medidas valorativas “dominio del hecho” y “autor” no a concatenaciones de causas, sino en actos finales».

(251) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4.ª ed. 1954, p. 47, expresó esto de forma plástica cuando dijo que el autor «a través del contenido de su voluntad del hecho estampa su sello». Especialmente llamativo ARMIN KAUFMANN, *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 403: «en consecuencia aplicación del concepto de injusto personal, (...) decide sólo el sentido que el autor da mediante el dolo de su hecho, el substrato valorativo del juicio contrario a la norma». Críticas a esto, por ejemplo, MAIHOFER, *Festschrift für Rittler*, 1957, p. 145; EL MISMO (not. 30), pp. 44 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 70 (1958), p. 166; JAKOBS, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 273 y ss., 279.

(252) ROXIN, *Allg. Teil I*, 1992, 8/18; SCHMIDHÄUSER, *JZ* 1986, 116; SCHÜNE-MANN, *Festschrift für R. Schmitt*, 1992, pp. 123 y ss. En los delitos imprudentes y en los omisivos los finalistas no supieron de todos modos que decir: En todo caso, en este sentido el significado del suceso no puede ser averiguado a causa de la creación de sentido individual del que actúa, sino —de acuerdo con la teoría social del injusto— sólo en el campo de la imputación objetiva, especialmente bajo el recurso al rol social del que actúa; cfr. KRAUß, *ZStW* 76 (1964), pp. 43 y ss.

(253) MAIHOFER, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 160.

(254) WELZEL denominó en principio a la acción no sólo siempre como un «fenómeno social», sino además con la teoría de la adecuación social en su versión originaria (WELZEL [not. 3] pp. 149 y ss.) introdujo el pensamiento del sentido social también en el tipo (vease KRAUß, *ZStW* 76 [1964], pp. 47 y ss.; también MAIHOFER, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 182 not. 60, alude a la cercanía del primer WELZEL a la teoría social del injusto y a la teoría de la imputación objetiva; cfr. también ROXIN [not. 49], pp. 90 y ss.). Con esto es aludido a la vez un momento esencial del sistema jurídico-penal de WELZEL, el cual, hasta ahora, ha sido relegado en exceso a un segundo plano, frente a la estructura final de la acción, fundamentada presuntamente de forma ontológica como momento subjetivo de su sistema. Se trata de la superación del dogma de la lesión de bienes jurídicos, es decir de que el delito con el cambio de la función inmediata de garantía del derecho penal, desde los bienes jurídicos hasta las valoraciones ético-morales del acto del sentimiento jurídico, ya no debe ser interpretado como lesión de un bien jurídico, sino como le-

lugar en su significado social (comunicador) como contradicción con la norma (255)], le es todavía concedida relevancia en la interpretación de la coautoría. Pero también la acción conjunta es una acción social y como tal no se deja a la creación de sentido individual del sujeto que actúa: se trata aquí, —para insistir de nuevo en ello— sólo del contenido de significado social, que debe ser deducido del suceso causal del mundo exterior (256), o —formulado de distinta manera— de un problema de imputación objetiva (257).

---

sión de elementales valores ético-social del acto, esto es, como *lesión de un deber* (cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1947, p. 3), o —dicho de otra manera—, como ataque a la vigencia de la norma (cfr. sobre el delito como infracción del deber, LESCH [not. 5], pp. 134 y ss.). Sobre este aspecto de la dogmática de WELZEL (superador de la simple subjetivación del injusto) se vuelve de nuevo en el concepto aquí sostenido.

(255) Aquellas variantes de la «teoría social del injusto y de la acción» fundada por EB. SCHMIDT (V. *Liszt-/Schmidt, Strafrecht*, 26.<sup>a</sup> ed. 1932, p. 153; EB. SCHMIDT, *Festschrift für Engisch*, 1969, pp. 339 y ss.; MAIHOFFER, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 156 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 70 [1958], p. 166 y ss.; EL MISMO, *Festschrift für Rittler*, 1957, pp. 147 y ss.), que en cambio identifican la perturbación social jurídicamente relevante con el suceso causal del mundo exterior de una lesión de un bien (objeto) jurídico (así por ejemplo V. LISZT/SCHMIDT, cit., p. 157; MAIHOFFER [not. 30], p. 72; JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 210), permanecen, en este sentido, presas del naturalismo.

(256) Esto puede ser aclarado mediante un ejemplo: una esfera de cuero blanca y negra, llena de aire, que es pateada por una persona y a causa de ese desarrollo de energía mecánica (finalmente dirigida) acaba en una red colgada entre un marco de aluminio, no tiene, como hecho naturalista, como realidad óptica, el más mínimo significado social. Una interpretación social razonable de esa realidad, como gol en un partido de fútbol, se deduce tan sólo del contexto social del suceso, del conocimiento de las reglas que regulan el suceso como partido de fútbol, así como de la comunicación del suceso.

(257) Para el caso citado del Tribunal Supremo Federal Alemán, supra not. 58, se deduce del concepto aquí expuesto la siguiente solución: en contra de la opinión sostenida por PUPPE en su recensión (not. 58), el comportamiento de los intervinientes es como comportamiento social de importancia, comunicativamente relevante. El verdadero problema no se encuentra por tanto, en *si* al comportamiento del procesado se le concede un significado comunicador, sino *cuál*: Si bien es cierto que el comportamiento ha rebasado el marco de lo ubicuo y de lo socialmente adecuado, no está objetivado más que un solidarizarse difuso, general y abstracto para la ejecución en común de hechos delictivos, y falta una concreta relación delictiva. Tampoco de la simple advertencia sobre los policías que les seguían, y de la circunstancia de que el procesado después no cesó su solidarizarse abstracto con el otro mediante su presencia, no se puede todavía, incluso teniendo en cuenta el contexto en conjunto, hacer la lectura de la existencia objetiva de un objetivo relacionado a los disparos mortales efectuados más tarde. Con ello queda excluida —en cualquier caso, en el estado de circunstancias descritas por el Tribunal Supremo Federal Alemán— la fundamentación de una comunidad normativa-organizada para la realización colectiva del injusto de homicidio. Pero tampoco entra en este sentido en consideración, una comunidad tan sólo normativa, porque el procesado en cuanto a los disparos mortales, ni estaba obligado a un aseguramiento a causa del uso de cosas peligrosas, ni a causa de un retener o desconectar del potencial protector, es decir, a causa de una situación peligrosa. Al margen se debe apuntar, que por falta de una vinculación comunicativamente relevante de los ámbitos de organización, queda eliminada en absoluto una responsabilidad accesoria del procesado por el homicidio, esto es, tampoco en forma de complicidad: la imputación del hecho se fundamenta de igual modo sobre el colectivo, debido a la identidad de las estructuras de imputación en la coautoría y en la complicidad, exige, por tanto, en *ambos* casos el establecimiento de un objetivo común; sobre esto, detallado, LESCH (not. 5), pp. 195 y ss., 274 y ss.

# SECCIÓN LEGISLATIVA

## Disposiciones

M.<sup>a</sup> DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

**SUMARIO:** —Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. —Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de Abolición de la Pena de Muerte en Tiempo de Guerra. —Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual. —Ley 36/1995, de 11 de diciembre, sobre la creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados. —Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. —Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre, sobre modificación de la Ley Orgánica General Penitenciaria. —Corrección de erratas del Real Decreto 25/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

**Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (BOE de 17 de noviembre de 1995).**

### EXPOSICION DE MOTIVOS

En la sesión celebrada el 11 de mayo de 1995 por el Pleno del Congreso de los Diputados se aprobó la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, si bien no se incorporaron a su texto las enmiendas aprobadas por el Senado, dado el resultado obtenido por la votación de conjunto, que significó el rechazo de aquellas enmiendas, a pesar de que previamente habían sido muy favorablemente valoradas y casi unánimemente aceptadas por el Pleno del Congreso.

En razón a esta valoración y aceptación previas, se considera oportuno el introducir ahora en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado las modificaciones precisas que ade-

cúen su contenido al de las enmiendas en su momento formuladas por el Senado y que, dado el alcance de las mismas, sin duda contribuirán a regular de una forma más precisa y eficaz la institución que mediante dicha Ley Orgánica se pone en funcionamiento.

### Artículo primero.

La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, queda modificada en los términos siguientes:

1. En la Exposición de Motivos II, párrafo cuarto, se modifica la expresión «el futuro legislador» por «el legislador en el futuro».
2. En la Exposición de Motivos III, apartado 2, letra a), párrafo segundo, se modifica la frase «previa confirmación de su verosimilitud», por «previa valoración de su verosimilitud».
3. En la Exposición de Motivos V, apartado 1, párrafo sexto, se modifica la frase «sólo es posible», por «sólo es susceptible».
4. En la Exposición de Motivos V, apartado 1, letra f), se sustituye la expresión «a medio de la oportuna audiencia», por «mediando la oportuna audiencia».
5. Se suprime el apartado 1 de la Exposición de Motivos VII, con el consiguiente desplazamiento del resto.
6. Los apartados 1 y 2 del artículo 1 quedan redactados como sigue:

«1. El Tribunal del Jurado, como institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, tendrá competencia para el enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento y fallo por ésta u otra Ley respecto de los contenidos en las siguientes rúbricas:

- a) Delitos contra las personas.
- b) Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.
- c) Delitos contra el honor.
- d) Delitos contra la libertad y la seguridad.
- e) Delitos de incendios.
2. Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal:
  - a) Artículo 405 (parricidio).
  - b) Artículo 406 (asesinato).
  - c) Artículo 407 (homicidio).
  - d) Artículo 409 (auxilio o inducción al suicidio).
  - e) Artículo 410 (infanticidio).
  - f) Artículos 362 y 363 (infidelidad en la custodia de presos).
  - g) Artículos 364 a 366, ambos inclusive (infidelidad en la custodia de documentos).
  - h) Artículos 385 a 393, ambos inclusive (cohecho).
  - i) Artículos 394 a 396, ambos inclusive (malversación de caudales públicos).
  - j) Artículos 400 a 403, ambos inclusive (fraudes y exacciones ilegales).
  - k) Artículo 404 (negociaciones prohibidas a funcionarios públicos).
  - l) Artículos 404 bis a) a 404 bis c), ambos inclusive (tráfico de influencias).
  - m) Artículo 489 ter (omisión del deber de socorro).
  - n) Artículos 490 a 492 bis, ambos inclusive (allanamiento de morada).
  - ñ) Artículo 493.1.º (amenazas).
  - o) Artículos 553 bis a) a 553 bis c), ambos inclusive (incendios forestales).»

7. En el apartado 3 del artículo 1 se modifica el término «corresponda» por «correspondan».

8. El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 2 queda redactado de la siguiente forma:

«Si, por razón del aforamiento del acusado, el juicio del Jurado debe celebrarse en el ámbito del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado será un Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, respectivamente.»

9. El apartado 4 del artículo 3 queda redactado de la siguiente forma:

«4. Los jurados que en el ejercicio de su función se consideren inquietados o perturbados en su independencia, en los términos del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrán dirigirse al Magistrado-Presidente para que les ampare en el desempeño de su cargo.»

10. En el apartado 1 del artículo 5 se suprime la expresión «a la pena en abstracto que corresponda».

11. El párrafo segundo del apartado 2 del artículo 5 queda redactado de la siguiente forma:

«No obstante lo anterior, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1 de la presente Ley, en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación, así como aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa.»

12. El apartado 5 del artículo 8 queda redactado de la siguiente forma:

«5. No estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de Jurado.»

13. En el apartado 7 del artículo 10 se suprime la expresión «y los Agentes de la Administración de Justicia».

14. El apartado 8 del artículo 10 queda redactado de la siguiente forma:

«8. Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, en las Autonomías de Ceuta y Melilla, los Delegados insulares del Gobierno y los Gobernadores civiles.»

15. El apartado 9 del artículo 10 queda redactado de la siguiente forma:

«Los letrados en activo al servicio de los órganos constitucionales y de las Administraciones públicas o de cualesquiera Tribunales, y los abogados y procuradores en ejercicio. Los profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal.»

16. El apartado 3 del artículo 11 queda redactado de la siguiente forma:

«3. Tenga con el Magistrado-Presidente del Tribunal, miembro del Ministerio Fiscal o Secretario Judicial que intervenga en la causa o, con los abogados o procuradores el vínculo de parentesco o relación a que se refieren los apartados 1, 2, 3, 4, 7, 8 y 11 del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

17. En el artículo 18 se sustituye su título por el de «Designación de candidatos a jurados para cada causa» y se sustituye, en su texto, la expresión «habiendo citado al Ministerio Fiscal y representantes de las partes» por la de «habiendo citado a las partes», así como la expresión «36 jurados» por la de «36 candidatos a jurados».

18. En el artículo 19 se sustituye su título por el de «Citación de los candidatos a jurados designados para una causa» y se sustituye, en su apartado 1, la expresión «notificación a los jurados» por la de «notificación a los candidatos a jurados», y en su apartado 2, el término «jurados» por la expresión «candidatos a jurados designados».

19. Se suprime el apartado 4 del artículo 19.

20. El artículo 20 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 20. *Devolución del cuestionario.*

Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del cuestionario, los candidatos a jurados designados lo devolverán, por correo con franqueo oficial, debidamente cumplimentado y acompañado de las justificaciones documentales que estimen oportunas, al Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado.»

21. El párrafo primero del artículo 21 queda redactado de la siguiente forma:

«El Ministerio Fiscal y las demás partes, a quienes se ha debido entregar previamente el cuestionario cumplimentado por los candidatos a jurados, podrán formular recusación, dentro de los cinco días siguientes al de dicha entrega, por concurrir falta de requisitos o cualquiera de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición previstas en esta Ley. También propondrán la prueba de que intenten valerse»

22. El artículo 22 queda redactado de la siguiente forma:

«El Magistrado-Presidente señalará día para la vista de la excusa, advertencia o recusación presentada, citando a las partes y a quienes hayan expresado advertencia o excusa. Practicadas en el acto las diligencias propuestas, resolverá dentro de los tres días siguientes.»

23. En el artículo 23 se sustituye su título por el de «Nuevo sorteo para completar la lista de candidatos a jurados designados para una causa», y se sustituye en su apartado 1, la expresión «jurados de la causa» por la de «candidatos a jurados designados para una causa», y la expresión «jurados necesarios» por la de «candidatos a jurados necesarios». Asimismo en el apartado 2, se sustituye el término «jurados» por la expresión «candidatos a jurados».

24. En el apartado 1 del artículo 24 se sustituye la expresión «previa confirmación de su verosimilitud» por la de «previa valoración de su verosimilitud».

25. En el segundo inciso del apartado 1 del artículo 25 se sustituye la expresión «A tal efecto» por la de «Con objeto de concretar la imputación».

26. El apartado 1 del artículo 26 queda redactado de la siguiente forma:

«1. Oídas las partes, el Juez de Instrucción decidirá la continuación del procedimiento, o el sobreseimiento, si hubiera causa para ello, conforme a lo dispuesto en los artículos 637 ó 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»

27. El apartado 1 del artículo 27 queda redactado de la siguiente forma:

«1. Si el Juez de Instrucción acordase la continuación del procedimiento, resolverá sobre la pertinencia de las diligencias solicitadas por las partes, ordenando practicar o practicando por sí solamente las que considere imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral y no pudiesen practicarse directamente en la audiencia preliminar prevista en la presente Ley.»

28. En el apartado 2 del artículo 27 se suprime la expresión «el Ministerio Fiscal y» y se sustituye la expresión «tres días» por la de «cinco días».

29. El apartado 3 del artículo 27 queda redactado de la siguiente forma:

«3. Además podrá el Juez ordenar, como complemento de las solicitadas por las partes, las diligencias que estime necesarias, limitadas a la comprobación del hecho justiciable y respecto de las personas objeto de imputación por las partes acusadoras.»

30. Se sustituye el apartado 4 del artículo 27 por un nuevo apartado 4, con la siguiente redacción:

«4. Si el Juez considerase improcedentes las solicitadas y no ordenase ninguna de oficio, conferirá nuevo traslado a las partes a fin de que insten, en el plazo de cinco días lo que estimen oportuno respecto a la apertura del juicio oral, formulando escrito de conclusiones provisionales. Lo mismo mandará el Juez cuando estime innecesaria la práctica de más diligencias, aun cuando no haya finalizado la práctica de las ya ordenadas.»

31. El artículo 28 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 28. *Indicios de distinto delito.*

Si de las diligencias practicadas resultaren indicios racionales de delito distinto del que es objeto de procedimiento o la participación de personas distintas de las inicialmente imputadas, se actuará en la forma establecida en el artículo 25 de esta Ley o, en su caso, se incoará el procedimiento que corresponda si el delito no fuese de los atribuidos al Tribunal del Jurado.»

32. El párrafo primero del apartado 5 del artículo 29 queda redactado de la siguiente forma:

«5. Las partes, cuando entiendan que todos los hechos delictivos objeto de acusación no son de los que tienen atribuido su enjuiciamiento al Tribunal del Jurado, instarán en sus respectivos escritos de solicitud de juicio oral la pertinente adecuación del procedimiento.»

33. En el apartado 1 del artículo 30 se sustituye la expresión «Inmediatamente que el Ministerio Fiscal o una parte acusadora insten en los términos del artículo anterior la apertura del juicio oral», por la de «Una vez presentado el escrito de calificación de la defensa».

34. La letra c) del artículo 33 queda redactada de la siguiente forma:

«c) La fundamentación de la procedencia de la apertura del juicio con indicación de las disposiciones legales aplicables.»

35. El párrafo primero del apartado 1 del artículo 34 queda redactado de la siguiente forma:

«1. En la misma resolución, el Juez acordará que se deduzca testimonio de:»

36. Se añade una nueva letra c) al artículo 37, con el siguiente contenido:

«c) A continuación, determinará el delito o delitos que dichos hechos constituyan.»

Los actuales contenidos de las letras c) y d) pasan a designarse con las letras d) y e), respectivamente.

37. En el título y apartados 1 y 2 del artículo 38 se sustituye el término «jurados» por «candidatos a jurados». Asimismo, en el apartado 2 de dicho precepto se añade la expresión «falta de requisitos» después de la expresión «por si en ellos concurriera».

38. En el título y apartados 1 y 3 del artículo 39 se sustituye el término «jurados» por el de «candidatos a jurados». Igualmente, en el apartado 2 de dicho artículo se sustituye el término «jurado» por el de «candidato a jurado». En el párrafo segundo del apartado 2 se sustituye «les advertirá» por «acordará que se les advierta».

39. En los apartados 1, 2 y 3 del artículo 40 se sustituye el término «jurados» por el de «candidatos a jurados».

40. En el apartado 1 del artículo 40 se añade el término «jurados» después de la palabra «nueve».

41. En el primer párrafo del apartado 3 del artículo 40 se sustituye el término «designado» por «nombrado», y las expresiones «hasta tres» y «otros tres» por «hasta cuatro» y «otros cuatro», respectivamente.

42. Los apartados 1 y 3 del artículo 41 quedan redactados de la siguiente forma:

«1. Una vez que el Tribunal se haya constituido, se procederá a recibir juramento o promesa a los seleccionados para actuar como jurados. Puestos en pie el Magistrado-Presidente dirá:

“¿Juran o prometen desempeñar bien y fielmente la función del jurado, con imparcialidad, sin odio ni afecto, examinando la acusación, apreciando las pruebas y resolviendo si son culpables o no culpables de los delitos objeto del procedimiento los acusados..., así como guardar secreto de las deliberaciones?”»

«3. El Magistrado-Presidente, cuando todos hayan jurado o prometido, mandará comenzar la audiencia pública.»

43. En el párrafo primero del artículo 44 se modifican los términos «prioridad ante» por «prioridad frente a».

44. El primer párrafo de la letra g) del apartado 1 del artículo 52 queda redactado de la siguiente forma:

«El Magistrado-Presidente; a la vista del resultado de la prueba, podrá añadir hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado siempre que no impliquen una variación sustancial del hecho justiciable, ni ocasionen indefensión.»

45. El apartado 2 del artículo 52 queda redactado de la siguiente forma:

«2. Asimismo el Magistrado-Presidente recabará, en su caso, el criterio del jurado sobre la aplicación de los beneficios de remisión condicional de la pena y la petición o no de indulto en la propia sentencia.»

46. Al final del apartado 2 del artículo 54 quedan suprimidos los términos «y delitos».

47. En el apartado 2 del artículo 56 se sustituyen los términos «por si» por «de oficio».

48. En el apartado 1 del artículo 60 y en el primer párrafo de la letra c) del apartado 1 del artículo 61 se sustituye el término «delito» por «hecho delictivo».

49. En la disposición final cuarta se introduce como título el de «Futuras reformas procesales».

50. Se modifica con carácter general en todo el texto de la Ley 5/1995 Orgánica del Tribunal del Jurado el término «Magistrado-presidente» por «Magistrado-Presidente».

## Artículo segundo.

Los artículos que a continuación se relacionan de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducidos por la disposición final segunda de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, quedan modificados en los términos siguientes:

1. El primer párrafo del artículo 504 bis 2 queda redactado de la siguiente forma:

«Desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decrete su libertad provisional sin fianza, convocará a audiencia, dentro de las setenta y dos horas siguientes, al Ministerio Fiscal, demás partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio. El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su letrado, tendrán obligación de comparecer.»

2. En el párrafo segundo del artículo 846 bis a) se suprime la siguiente frase: «cuando acuerden el sobreseimiento, cualquiera que sea su clase, y los».

3. En el artículo 846 bis b) se añade un segundo párrafo, con el siguiente contenido:

«También podrá recurrir el declarado exento de responsabilidad criminal si se le impusiere una medida de seguridad o se declarase su responsabilidad civil conforme a lo dispuesto en el Código Penal.»

El contenido del actual párrafo segundo de dicho precepto pasa a integrar un tercer párrafo del mismo.

4. En el artículo 846 bis f) se sustituye la referencia al «art. 846 bis 3» por la del «art. 846 bis c».

5. El apartado b) del artículo 847 queda redactado de la siguiente forma:

«b) Las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia.»

#### DISPOSICION FINAL UNICA.

1. Los apartados 24 a 43, ambos inclusive, del artículo primero y los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo segundo tienen el carácter de Ley Orgánica.

2. La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

### **Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra (BOE de 28 de noviembre de 1995).**

#### EXPOSICION DE MOTIVOS

El artículo 15 de la Constitución española proclama que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral y dispone la abolición de la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra. Tal excepción para determinados delitos cometidos en tiempo de guerra ha sido materializada por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar. No obstante, como tal excepción constitucional, no resulta obligada e imperativa sino que el legislador dispone de plena libertad para abolirla.

Conforme a ello, a la propia pauta de las legislaciones de los Estados modernos en los últimos años y al espíritu y propósito del segundo Protocolo facultativo al Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos, de la Resolución 1044 y de la Recomendación 1246 adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el 4 de octubre de 1994, la presente Ley declara abolida la pena de muerte en el Código Penal Militar, único texto legal que la contempla como pena alternativa a determinados delitos cometidos en tiempo de guerra, y suprime todas las referencias legales a la misma haciéndola desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico.

#### **Artículo primero. Objeto y fin.**

Queda abolida la pena de muerte establecida para tiempo de guerra.

**Artículo segundo.** *Modificaciones de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar.*

1. Se suprime el inciso del párrafo sexto del Preámbulo de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, cuyo texto es el siguiente:

«Por imperativo constitucional únicamente se prevé la posibilidad de pena de muerte para tiempos de guerra, estableciéndose en todo caso como alternativa y no como pena única.»

2. El artículo 25 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, queda sin contenido.

3. Se suprimen, de los artículos que se enumeran a continuación de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, las siguientes expresiones:

- Artículo 24: «Muerte, en tiempo de guerra».
  - Artículo 28: «de muerte y la».
  - Artículo 29: «de muerte y la».
  - Artículo 40: «La pena inferior a la de muerte será la de veinte a treinta años de prisión».
  - Artículo 45: «Pena de muerte o».
  - Artículo 46: «La de muerte y».
  - Artículo 49: «pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra».
  - Artículo 50: «pudiendo imponerse la de muerte».
  - Artículo 52: «pudiendo imponerse la de muerte».
  - Artículo 57: «pudiendo imponerse la de muerte».
  - Artículo 69: «pudiendo imponerse la de muerte».
  - Artículo 70: «pudiendo imponerse la pena de muerte».
  - Artículo 71: «pudiendo imponerse la de muerte».
  - Artículo 76: «pudiendo imponerse la de muerte».
  - Artículo 79: «pudiendo imponerse la pena de muerte».
  - Artículo 85: «pudiendo imponerse la de muerte».
  - Artículo 86: «pudiendo imponerse la de muerte».
  - Artículo 87: «pudiendo imponerse la de muerte».
  - Artículo 91: «pudiendo imponerse la pena de muerte a todos los autores de este delito en tiempo de guerra».
  - Artículo 98: «pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra».
  - Artículo 102: «pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra».
  - Artículo 104: «pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra».
  - Artículo 107: «pudiendo imponerse la pena de muerte en tiempo de guerra».
  - Artículo 109: «pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra».
  - Artículo 111: «pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra».
  - Artículo 130: «pudiendo imponerse la de muerte».
  - Artículo 144: «pudiendo imponerse la de muerte».
  - Artículo 146: «pudiendo imponerse la de muerte».
  - Artículo 147: «pudiendo imponerse la de muerte».
  - Artículo 165: «En ambos casos se podrá imponer la muerte en tiempo de guerra».
4. El párrafo segundo del artículo 98 queda, en su inciso inicial, redactado así: «La misma pena...».

**Artículo tercero.** *Modificaciones de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencias y Organización de la Jurisdicción Militar.*

1. El segundo párrafo del artículo 162 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, queda suprimido.

2. El tercer párrafo del artículo 162 de la citada Ley Orgánica queda redactado del modo siguiente: «El Vocal Militar tendrá carácter permanente y será designado por el Ministro de Defensa».

**Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (BOE de 12 de diciembre de 1995).**

**EXPOSICION DE MOTIVOS**

**I**

La víctima del delito ha padecido un cierto abandono desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional, ecuánime y desapasionada, para resolver los conflictos generados por la infracción de la ley penal. Pero, desde una perspectiva más global, la pretensión punitiva del Estado debe acercarse al problema social y comunitario en que el delito consiste para prevenirlo y recuperar al infractor, desde luego, pero además, para reparar en lo posible el daño padecido por la víctima. En muchas ocasiones, el abandono social de la víctima a su suerte tras el delito, su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones a que se ve sometida la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, etc., producen efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito.

En esta línea, desde hace ya bastantes años la ciencia penal pone su atención en la persona de la víctima, reclamando una intervención positiva del Estado dirigida a restaurar la situación en que se encontraba antes de padecer el delito o al menos a paliar los efectos que el delito ha producido sobre ella.

En el caso de los delitos violentos, las víctimas sufren, además las consecuencias de una alteración grave e imprevista de su vida habitual, evaluable en términos económicos. En el supuesto de que la víctima haya sufrido lesiones corporales graves, la pérdida de ingresos y la necesidad de afrontar gastos extraordinarios acentúan los perjuicios del propio hecho delictivo. Si se ha producido la muerte, las personas dependientes del fallecido se ven abocadas a situaciones de dificultad económica, a menudo severa. Estas consecuencias económicas del delito golpean con especial dureza a las capas sociales más desfavorecidas y a las personas con mayores dificultades para insertarse plenamente en el tejido laboral y social.

**II**

La preocupación por la situación de las víctimas de los delitos registra ya importantes manifestaciones normativas tanto en Convenios y Recomendaciones de organismos internacionales como en la legislación comparada.

Debe destacarse el Convenio número 116, del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos. Su entrada en vigor se produjo en 1988 y aunque no firmado aún por España, constituye un referente jurídico de primer orden en el tratamiento de esta materia, al lado de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 28 de

junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal.

En el ámbito de la legislación comparada, aunque iniciándose en primer lugar en el área anglosajona, se ha ido extendiendo la protección a las víctimas por los países de nuestro entorno geográfico, a raíz de la aprobación del citado Convenio del Consejo de Europa.

Por otra parte, en el ámbito interno, el fenómeno de la victimización ha encontrado eco en los programas de partidos políticos y en iniciativas parlamentarias desde hace una década.

### III

La Ley regula, por una parte, las ayudas de contenido económico a las víctimas de delitos violentos y, por otra parte, la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos.

El concepto legal de ayudas públicas contemplado en esta Ley debe distinguirse de figuras afines y, señaladamente, de la indemnización. No cabe admitir que la prestación económica que el Estado asume sea una indemnización ya que éste no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable del delito ni, desde otra perspectiva, es razonable incluir el daño moral provocado por el delito. La Ley, por el contrario, se construye sobre el concepto de ayudas públicas —plenamente recogido en nuestro Ordenamiento— referido directamente al principio de solidaridad en que se inspira.

La presente Ley contempla los delitos violentos y dolosos cometidos en España. El concepto de dolo excluye de entrada los delitos de imprudencia cuya admisión haría inviable económicamente esta iniciativa legislativa. Por otra parte, tanto el Convenio del Consejo de Europa como el grueso de la legislación comparada aluden únicamente a los delitos intencionales es decir, dolosos.

Los delitos susceptibles de generar ayudas públicas serán aquéllos cuyo resultado sea la muerte, lesiones corporales graves o daños graves en la salud física o mental. Por lo que respecta a la gravedad de las lesiones o los daños en la salud, la Ley se remite a efectos de su valoración a la legislación de la Seguridad Social.

De esta forma se opta por acotar aquellos delitos violentos con resultado de máxima gravedad con el propósito de avanzar de forma rigurosa aunque selectiva cubriendo inicialmente los daños de carácter más grave pero afianzando la convicción social de que esta función debe ser paulatinamente ejercida por el Estado.

El concepto de beneficiario se ha construido atendiendo a considerar como víctimas tanto a quien sufre directamente las lesiones corporales o daños en su salud como a las personas que dependieran del fallecido en los supuestos con resultado de muerte.

La cuantificación de las ayudas es un aspecto central del sistema. Se parte de la fijación de cuantías máximas correspondientes a cada una de las clases de incapacidad contempladas por la legislación de la Seguridad Social. Sobre estos importes máximos la ayuda a percibir se establecerá aplicando coeficientes correctores en atención a la situación económica de la víctima, al número de personas que dependieran económicamente de ella y al grado de afectación o menoscabo sufrido. Igual criterio se sigue en el supuesto de muerte: fijación de una cuantía máxima de ayuda y aplicación sobre ella de coeficientes correctores.

La ayuda económica se declara incompatible con la percepción de las indemnizaciones de los perjuicios y daños causados por el delito que se establezcan mediante sentencia judicial. El círculo se cierra declarando la subrogación del Estado en los derechos que asistan a la víctima contra el autor del delito y hasta el total importe de la ayuda concedida.

La gestión de este sistema de ayudas se confía al Ministerio de Economía y Hacienda, con objeto de no crear una nueva estructura administrativa.

La revisión en vía administrativa de las resoluciones de dicho Departamento se encomienda a una Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos

Violentos y contra la Libertad Sexual, creada al amparo de las previsiones del artículo 107.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se considera que un procedimiento de impugnación ante una Comisión integrada por representantes de distintos Departamentos y, eventualmente, por representantes de organizaciones o sectores sociales especialmente vinculados a este tema permitirá una actuación más ajustada que la vía clásica del recurso administrativo ante el órgano superior jerárquico.

La concesión de la ayuda se condiciona, como regla general, a que se haya producido la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal. Los plazos con los que trabaja la Justicia penal hacen que esta solución sea insatisfactoria en aquellos casos en los que la precaria situación de la víctima reclame una ayuda económica desde el momento en que se ha cometido el delito. La Ley contempla la concesión de ayudas provisionales, atendiendo a la precaria situación de la víctima del delito.

Un punto particularmente sensible es el de la confluencia de este nuevo sistema de ayudas con el régimen de resarcimientos vigente para las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas.

Elementales razones de prudencia financiera impiden en estos momentos establecer un sistema de ayudas a las víctimas de los delitos violentos equiparable al de las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, tanto en la cuantía de las ayudas como en la cobertura de los daños materiales. Por otra parte, una confluencia de regímenes que supusiera menor las cuantías percibidas por las víctimas de delitos terroristas sería sin duda inaceptable para la actual sensibilidad política y social.

Se ha optado por una solución intermedia basada en dos elementos. Por una parte, se deslegaliza por completo el régimen de resarcimientos por daños a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas. Por otra parte, se prevé la confluencia de ambos regímenes en sus aspectos procedimentales en el momento en que se apruebe el Reglamento de desarrollo de la presente Ley.

En cuanto a la asistencia a las víctimas, se contempla en la Ley como concepto diferenciado de las estrictas ayudas económicas a las víctimas de delitos violentos.

Con ello pretende generalizar la atención psicológica y social a las víctimas de delitos de todo tipo, a través de la red de Oficinas de asistencia a las víctimas, que canalizarán sus primeras necesidades atendiendo a las más perentorias que se produzcan como consecuencia del delito, generalizando las experiencias surgidas ya en varios puntos de la geografía española con resultado muy positivo.

## CAPITULO I

### Ayudas públicas

#### Artículo 1. *Objeto.*

1. Se establece un sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos, cometidos en España, con el resultado de muerte, o de lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental.

2. Se beneficiarán asimismo de las ayudas contempladas por esta Ley las víctimas de los delitos contra la libertad sexual aun cuando éstos se perpetraran sin violencia.

#### Artículo 2. *Beneficiarios.*

1. Podrán acceder a estas ayudas quienes, en el momento de perpetrarse el delito, sean españoles o nacionales de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o quie-

nes, no siéndolo, residan habitualmente en España o sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio.

En el caso de fallecimiento, lo previsto en el párrafo anterior será exigible respecto de los beneficiarios a título de víctimas indirectas, con independencia de la nacionalidad o residencia habitual del fallecido.

2. Podrán acceder a estas ayudas, a título de víctimas directas, las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia directa del delito.

3. Son beneficiarios a título de víctimas indirectas, en el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta, las personas que reúnan las condiciones que se indican a continuación:

a) El cónyuge del fallecido, si no estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

b) Los hijos del fallecido, siempre que dependieran económicamente de él, con independencia de su filiación y edad, o de su condición de póstumos.

c) Los hijos que, no siéndolo del fallecido, lo fueran de las personas contempladas en el párrafo a) anterior, siempre que dependieran económicamente de aquél.

d) En defecto de las personas contempladas por los párrafos a), b) y c) anteriores, serán beneficiarios los padres de la persona fallecida si dependieran económicamente de ella.

4. De concurrir varios beneficiarios a título de víctimas indirectas, la distribución de la cantidad a que ascienda la ayuda se efectuará de la siguiente forma:

a) La cantidad se dividirá en dos mitades. Corresponderá una al cónyuge o a la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido en los términos del párrafo a) del apartado anterior. Corresponderá la otra mitad a los hijos contemplados por los párrafos b) y c) del apartado anterior, y se distribuirá entre todos ellos por partes iguales.

b) De resultar beneficiarios los padres del fallecido, la cantidad a que ascienda la ayuda se repartirá entre ellos por partes iguales.

5. Serán también beneficiarios a título de víctimas indirectas los padres del menor que fallezca a consecuencia directa del delito.

### Artículo 3. *Supuestos especiales de denegación o limitación.*

1. Se podrá denegar la ayuda pública o reducir su importe cuando su concesión total o parcial fuera contraria a la equidad o al orden público atendidas las siguientes circunstancias declaradas por sentencia:

a) El comportamiento del beneficiario si hubiera contribuido, directa o indirectamente, a la comisión del delito, o al agravamiento de sus perjuicios.

b) Las relaciones del beneficiario con el autor del delito, o su pertenencia a una organización dedicada a las acciones delictivas violentas.

2. Si el fallecido a consecuencia del delito estuviera incurrido en alguna de las causas de denegación o limitación de las ayudas contempladas en el apartado anterior, podrán acceder a las mismas los beneficiarios a título de víctimas indirectas, si quedaran en situación de desamparo económico.

### Artículo 4. *Concepto de lesiones y daños.*

1. A los efectos de la presente Ley, son lesiones graves aquéllas que menoscaban la integridad corporal o la salud física o mental y que incapaciten con carácter temporal o permanente a la persona que las hubiera sufrido.

No se considerará incapacidad permanente aquélla que no suponga un grado de minusvalía de, al menos, el 33 por 100.

2. Las lesiones corporales o los daños a la salud física o mental habrán de tener entidad suficiente como para que, conforme a la legislación de la Seguridad Social, tuviera lugar una declaración de invalidez permanente en cualquiera de sus grados o una situación de incapacidad temporal superior a seis meses.

3. Reglamentariamente se determinarán el procedimiento y el órgano competente para la calificación de las lesiones o daños a la salud.

#### Artículo 5. *Incompatibilidades.*

1. La percepción de las ayudas reguladas en la presente Ley no será compatible con la percepción de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el delito, que se establezcan mediante sentencia.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, procederá el eventual abono de toda o parte de la ayuda regulada en la presente Ley y normas de desarrollo cuando el culpable del delito haya sido declarado en situación de insolvencia parcial, sin que en ningún caso pueda percibirse por ambos conceptos importe mayor del fijado en la resolución judicial.

2. Asimismo, las ayudas contempladas en esta Ley serán incompatibles con las indemnizaciones o ayudas económicas a que el beneficiario de las mismas tuviera derecho a través de un sistema de seguro privado, así como, en el supuesto de incapacidad temporal de la víctima, con el subsidio que pudiera corresponder por tal incapacidad en un régimen público de Seguridad Social.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, procedería el eventual abono de la ayuda regulada en la presente Ley y normas de desarrollo, al beneficiario de un seguro privado cuando el importe de la indemnización a percibir en virtud del mismo fuera inferior a la fijada en la sentencia sin que la diferencia a pagar pueda superar el baremo fijado.

3. En los supuestos de lesiones o daños determinantes de la incapacidad permanente o muerte de la víctima, la percepción de las ayudas será compatible con la de cualquier pensión pública que el beneficiario tuviera derecho a percibir.

4. Las ayudas por incapacidad permanente serán compatibles con las de incapacidad temporal.

#### Artículo 6. *Criterios para determinar el importe de las ayudas.*

1. El importe de las ayudas no podrá superar en ningún caso la indemnización fijada en la sentencia. Tal importe se determinará mediante la aplicación de las siguientes reglas, en cuanto no supere la cuantía citada:

a) De producirse situación de incapacidad temporal, la cantidad a percibir será la equivalente al duplo del salario mínimo interprofesional diario vigente, durante el tiempo en que el afectado se encuentre en tal situación después de transcurridos los seis primeros meses.

b) De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a percibir como máximo se referirá al salario mínimo interprofesional mensual vigente en la fecha en que se consoliden las lesiones o daños a la salud y dependerá del grado de incapacitación de acuerdo con la siguiente escala:

Incapacidad permanente parcial: cuarenta mensualidades.

Incapacidad permanente total: sesenta mensualidades.

Incapacidad permanente absoluta: noventa mensualidades.

Gran invalidez: ciento treinta mensualidades.

c) En los casos de muerte la ayuda máxima a percibir será de ciento veinte mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente en la fecha en que se produzca el fallecimiento.

2. El importe de la ayuda se establecerá mediante la aplicación de coeficientes correctores sobre las cuantías máximas previstas en el apartado anterior, en la forma que reglamentariamente se determine y en atención a:

a) La situación económica de la víctima y del beneficiario.

b) El número de personas que dependieran económicamente de la víctima y del beneficiario.

c) El grado de afectación o menoscabo que sufriera la víctima dentro de los límites de aquella situación que le correspondiera de entre las previstas por el artículo 6.1.b) de esta Ley.

3. En el supuesto contemplado por el artículo 2.5 de esta Ley, la ayuda consistirá únicamente en el resarcimiento de los gastos funerarios que hubieran satisfecho efectivamente los padres o tutores del menor fallecido, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine.

4. En los supuestos de delitos contra la libertad sexual que causaren a la víctima daños en su salud mental, el importe de la ayuda sufragará los gastos del tratamiento terapéutico libremente elegido por ella, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine.

Será procedente la concesión de esta ayuda aun cuando las lesiones o daños sufridos por la víctima no sean determinantes de incapacidad temporal.

En cualquier caso, la ayuda prevista por este apartado será compatible con la que correspondiera a la víctima si las lesiones o daños sufridos produjeran incapacidad temporal o lesiones invalidantes.

#### Artículo 7. *Prescripción de la acción.*

1. La acción para solicitar las ayudas prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado desde la fecha en que se produjo el hecho delictivo. El plazo de prescripción quedará suspendido desde que se inicie el proceso penal por dichos hechos, volviendo a correr una vez recaiga resolución judicial firme que ponga fin provisional o definitivamente al proceso y le haya sido notificada personalmente a la víctima.

2. En los supuestos en que a consecuencia directa de las lesiones corporales o daños en la salud se produjese el fallecimiento, se abrirá un nuevo plazo de igual duración para solicitar la ayuda o, en su caso, la diferencia que procediese entre la cuantía satisfecha por tales lesiones o daños y la que corresponda por el fallecimiento; lo mismo se observará cuando, como consecuencia directa de las lesiones o daños, se produjese una situación de mayor gravedad a la que corresponda una cantidad superior.

Reglamentariamente se determinará el procedimiento para comprobar el nexo causal en los supuestos contemplados por este apartado.

#### Artículo 8. *Competencias.*

1. Las solicitudes de ayuda presentadas al amparo de la presente Ley serán tramitadas y resueltas por el Ministerio de Economía y Hacienda.

2. Sus resoluciones y actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión, podrán ser impugnadas por los interesados ante la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, creada por el artículo 11 de esta Ley.

Este procedimiento de impugnación tendrá carácter sustitutivo del recurso ordinario, en los términos del artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

#### Artículo 9. *Procedimiento.*

1. Las solicitudes de las ayudas, dirigidas al Ministerio de Economía y Hacienda, se podrán presentar por el interesado o por su representante en cualquiera de las formas previstas por 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, y contendrán los extremos a que se refiere el artículo 70.1 de dicha Ley.

2. Las solicitudes de ayuda que se formulen deberán contener además, los siguientes datos:

a) Acreditación documental del fallecimiento, en su caso, y de la condición de beneficiario a título de víctima indirecta.

b) Descripción de las circunstancias en que se hubiera cometido el hecho que presente caracteres de delito doloso violento, con indicación de la fecha y el lugar de su comisión.

c) Acreditación de que los hechos fueron denunciados ante la autoridad pública.

d) Declaración sobre las indemnizaciones y ayudas percibidas por el interesado o de los medios de que dispone para obtener cualquier tipo de indemnización o ayuda por dichos hechos.

e) Copia de la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, ya sea sentencia auto de rebeldía o que declare el archivo por fallecimiento del culpable, o declare el sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 641.2.º ó 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente.

3. El Ministerio de Economía y Hacienda podrá solicitar a las autoridades policiales, al Ministerio Fiscal o a los Juzgados o Tribunales la información que necesite para resolver sobre las solicitudes de ayuda. Podrá proceder, u ordenar que se proceda, a cualquier clase de investigación pertinente a sus propios fines.

4. El Ministerio de Economía y Hacienda podrá también recabar de cualquier persona física o jurídica, entidad o Administración pública, la aportación de informes sobre la situación profesional, financiera, social o fiscal del autor del hecho delictivo y de la víctima, siempre que tal información resulte necesaria para la tramitación y resolución de los expedientes de concesión de ayudas, o el ejercicio de las acciones de subrogación o repetición. Podrá igualmente ordenar las investigaciones periciales precisas con vistas a la determinación de la duración y gravedad de las lesiones o daños a la salud producidas a la víctima. La información así obtenida no podrá ser utilizada para otros fines que los de la instrucción del expediente de solicitud de ayuda, quedando prohibida su divulgación.

A fin de que el órgano concedente de la ayuda constate con carácter previo el cumplimiento de las obligaciones fiscales a que se refiere el apartado anterior, aquél solicitará al órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria información sobre ello en relación con los beneficiarios de la correspondiente ayuda.

5. La resolución será adoptada tras oír las alegaciones del interesado en trámite de audiencia y conocer el informe del Servicio Jurídico del Estado, que intervendrá siempre en la tramitación de los expedientes.

#### Artículo 10. *Concesión de ayudas provisionales.*

1. Podrán concederse ayudas provisionales con anterioridad a que recaiga resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, siempre que quede acreditada la precaria situación económica en que hubiese quedado la víctima o sus beneficiarios.

Reglamentariamente se determinarán los criterios en virtud de los cuales se considerará precaria la situación económica de la víctima del delito, a los efectos de poder acceder a la concesión de ayudas provisionales.

2. Podrá solicitarse la ayuda provisional una vez que la víctima haya denunciado los hechos ante las autoridades competentes o cuando se siga de oficio proceso penal por los mismos.

3. La solicitud de ayuda provisional deberá contener, además de los extremos a que se refiere el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los siguientes datos:

a) La calificación de las lesiones o daños a la salud, realizada por el órgano y mediante el procedimiento que se determine reglamentariamente.

b) Acreditación documental del fallecimiento en su caso y de la condición de beneficiario a título de víctima indirecta.

c) Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios razonables para suponer que el fallecimiento, las lesiones o los daños se han producido por un hecho con caracteres de delito violento y doloso.

4. La ayuda provisional no podrá ser superior al 80 por 100 del importe máximo de ayuda establecido por esta Ley para los supuestos de muerte, lesiones corporales graves o daños graves en la salud, según corresponda.

Su cuantía se establecerá mediante la aplicación de los coeficientes correctores a los que se refiere el artículo 6.2.

5. La ayuda provisional podrá ser satisfecha de una sola vez o mediante abonos periódicos, que se suspenderán de producirse alguno de los supuestos previstos por el artículo 14 de esta Ley.

#### Artículo 11. *Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.*

1. Se crea la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, que será competente para resolver los procedimientos de impugnación de las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda en materia de las ayudas reguladas por esta Ley.

La Comisión Nacional no estará sometida a instrucciones jerárquicas y resolverá los procedimientos de impugnación de las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda, así como los recursos extraordinarios de revisión contra sus propios acuerdos con respecto a los principios, garantías y plazos que las leyes reconocen a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

2. El Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia e Interior y de Economía y Hacienda, establecerá la composición y el régimen de funcionamiento de la Comisión Nacional. Estará presidida por un Magistrado del Tribunal Supremo, nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, e integrada por representantes de la Administración General del Estado y, en su caso, de las organizaciones vinculadas a la asistencia y defensa de las víctimas. En cualquier caso, corresponderá una de sus vocalías a un representante del Ministerio Fiscal, nombrado a propuesta del Fiscal General del Estado.

3. Los acuerdos de la Comisión Nacional, al resolver los procedimientos de impugnación previstos por la presente Ley, pondrán fin a la vía administrativa.

#### Artículo 12. *Procedimiento de impugnación.*

1. Los interesados podrán impugnar las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda en materia de las ayudas reguladas por esta Ley ante la Comisión Nacional en el plazo de un mes desde su notificación personal a los interesados.

Transcurrido dicho plazo sin haberse impugnado la resolución, ésta será firme a todos los efectos, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión ante el Ministerio de Economía y Hacienda.

2. La impugnación podrá fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los vicios y defectos que hagan anulable el acto no podrán ser alegados por los causantes de los mismos.

3. La impugnación podrá formularse ante el Ministerio de Economía y Hacienda o ante la Comisión Nacional.

De formularse ante el Ministerio de Economía y Hacienda, éste deberá remitirla a la Comisión Nacional en el plazo de diez días con su informe y una copia completa y ordenada del expediente.

4. Transcurridos tres meses desde la formulación de la impugnación sin que se adopte acuerdo por la Comisión Nacional, se podrá entender desestimada la impugnación, salvo en el supuesto previsto por el artículo 43.3.b) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y quedará expedita la vía del recurso contencioso-administrativo.

#### Artículo 13. *Acción de subrogación del Estado.*

El Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el total importe de la ayuda provisional o definitiva satisfecha a la víctima o beneficiarios en los derechos que asistan a los mismos contra el obligado civilmente por el hecho delictivo. La repetición del importe de la ayuda contra el obligado civilmente por el hecho delictivo se realizará, en su caso, mediante el procedimiento administrativo de apremio previsto en el Reglamento General de Recaudación.

El Estado podrá mostrarse parte en el proceso penal o civil que se siga, sin perjuicio de la acción civil que ejercite el Ministerio Fiscal.

#### Artículo 14. *Acción de repetición del Estado.*

El Estado podrá exigir el reembolso total o parcial de la ayuda concedida, por el procedimiento previsto en el Reglamento General de Recaudación, en los siguientes casos:

a) Cuando por resolución judicial firme se declare la inexistencia de delito a que se refiere la presente Ley.

b) Cuando con posterioridad a su abono, la víctima o sus beneficiarios obtuvieran por cualquier concepto la reparación total o parcial del perjuicio sufrido en los tres años siguientes a la concesión de la ayuda, en los términos establecidos en el artículo 5 de esta Ley.

c) Cuando la ayuda se hubiera obtenido en base a la aportación de datos falsos o deliberadamente incompletos o a través de cualquier otra forma fraudulenta, así como la omisión deliberada de circunstancias que determinaran la denegación o reducción de la ayuda solicitada.

d) Cuando la indemnización reconocida en la sentencia sea inferior a la ayuda provisional.

## CAPITULO II

## Asistencia a las víctimas

Artículo 15. *Deberes de información.*

1. Los Jueces y Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal, autoridades y funcionarios públicos que intervengan por razón de su cargo en la investigación de hechos que presenten caracteres de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, informarán a las presuntas víctimas sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en esta Ley.

2. Las autoridades policiales encargadas de la investigación de hechos que presenten caracteres de delito recogerán en los atestados que instruyan todos los datos precisos de identificación de las víctimas y de las lesiones que se les aprecien. Asimismo, tienen la obligación de informar a la víctima sobre el curso de sus investigaciones, salvo que con ello se ponga en peligro su resultado.

3. En todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

4. La víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, deberá ser informada en términos claros de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita. Igualmente, deberá ser informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y le será notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso.

5. El Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal.

Artículo 16. *Oficinas de asistencia a las víctimas.*

1. El Ministerio de Justicia e Interior procederá, de conformidad con las previsiones presupuestarias, a la implantación de Oficinas de asistencia a las víctimas en todas aquellas sedes de Juzgados y Tribunales o en todas aquellas Fiscalías en las que las necesidades lo exijan.

2. En relación con las actividades desarrolladas por estas Oficinas, el Ministerio de Justicia e Interior podrá establecer convenios para la encomienda de gestión con las Comunidades Autónomas y con las Corporaciones locales.

## DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA.

El Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia e Interior y de Economía y Hacienda, podrá revisar las cuantías contempladas en la presente Ley.

DISPOSICION ADICIONAL SEGUNDA.

1. La percepción de las ayudas contempladas en esta Ley no será compatible en ningún caso con los resarcimientos por daños a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas.

2. Con el fin de homogeneizar paulatinamente el régimen jurídico de las víctimas de los delitos, se habilita al Gobierno para modificar el régimen de resarcimientos por daños a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, contemplado por el artículo 64 de la Ley 33/1987, con las modificaciones introducidas en dicho precepto por la disposición adicional decimosexta de la Ley 4/1990, y por la disposición adicional decimonovena de la Ley 31/1991, todo ello sin perjuicio de las especialidades propias de este último sistema.

3. El Reglamento que se dicte para el desarrollo y aplicación de la presente Ley contemplará que la tramitación, resolución e impugnación de los expedientes de resarcimientos por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas se sustanciarán por los órganos contemplados por esta Ley.

DISPOSICION ADICIONAL TERCERA.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los daños y perjuicios contemplados por la Ley 52/1984, de 26 de diciembre, de protección de medios de transporte por carretera que se hallen en territorio español realizando viajes de carácter internacional, cuya indemnización se resolverá mediante la aplicación de su legislación especial.

DISPOSICION TRANSITORIA UNICA.

El Gobierno depositará el instrumento de ratificación del Convenio 116 del Consejo de Europa de 1983 en el plazo de seis meses, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley.

DISPOSICION FINAL PRIMERA.

El Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia e Interior y de Economía y Hacienda, aprobará en el plazo máximo de seis meses las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

DISPOSICION FINAL SEGUNDA

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**Ley 36/1995, de 11 de diciembre, sobre la creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados (BOE de 12 de diciembre de 1995).**

**EXPOSICION DE MOTIVOS**

La Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas estableció en su artículo segundo una nueva redacción del artículo 344 bis, e) del Código Penal vigente, en cuyo apartado 3.º se dispone que «los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado».

Por otra parte, la Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, de la que España forma parte, dispone en su artículo 5.5, a) que «la parte que haya decomisado el producto o los bienes, conforme a los párrafos 1 ó 4 del presente artículo, dispondrá de ellos en la forma prevista por su derecho interno y sus procedimientos administrativos».

Asimismo, en la disposición adicional tercera de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, ya se establece que «los créditos presupuestarios destinados a la prevención o represión del tráfico ilícito de drogas tendrán la consideración de ampliables en función del ingreso previsto para el Estado de la enajenación de los bienes, efectos e instrumentos decomisados a los que se refiere el artículo 344 bis, e) del Código Penal». Por otra parte, el artículo 546 bis, f) del Código Penal vigente dispone, para el delito de receptación, que «serán aplicables a los supuestos contemplados en este precepto las disposiciones contenidas en el artículo 344 bis, e) del presente Código».

La existencia de las anteriores disposiciones y la especificación de fines a los que pueda ser dedicado el producto de estos bienes, efectos e instrumentos, que, habiendo sido decomisados por sentencia dictada en procedimientos por delitos relacionados con el tráfico de drogas, se adjudiquen definitivamente al Estado, justifican la necesidad de proceder a regular su destino.

En el momento de establecer esa regulación, parece necesario tener presente los diversos aspectos relacionados con aquella actividad criminal. Por un lado, la necesidad de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los servicios y organismos competentes encargados en la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas incrementen las dotaciones que faciliten las investigaciones de las organizaciones de narcotraficantes; y, por otro, no debe desconocerse tampoco que las personas con drogodependencias son los grandes perjudicados por ese tipo de delincuencia. Por ello, al regularse el destino del producto de los bienes decomisados a los narcotraficantes, no puede prescindirse de la conveniencia de que también pueda invertirse en beneficio de los programas de prevención, rehabilitación e inserción social de drogodependientes y toxicómanos.

La aprobación por el Gobierno del Plan Nacional sobre Drogas, que se articula a través de una actuación coordinada de todos los departamentos implicados más directamente en este tema, llevó a la creación por Real Decreto 1677/1985, de 11 de septiembre, de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas a la que se atribuye, entre otras funciones, la de «ejercer la coordinación y dirección funcional, cuando proceda, de los distintos Departamentos ministeriales, otros organismos y Administraciones públicas, en este ámbito». La necesidad de proseguir esta actuación coordinada en la materia objeto de la Ley queda también, por ello, justificada.

En conclusión, la Ley se propone fijar los criterios para la enajenación de los bienes que hubiesen sido decomisados por sentencia judicial y asignados al Estado teniendo en cuenta las anteriores finalidades, así como establecer el procedimiento para llevar

a cabo la determinación anual de este destino y la utilización del producto de dichos bienes, que hará de este modo más eficaz la lucha contra la droga.

#### Artículo 1. *Ambito de aplicación.*

La presente Ley tiene por objeto:

1. Regular el destino de los bienes, efectos e instrumentos que sean objeto de comiso en aplicación de los artículos 344 bis, e) y 546 bis, f) del Código Penal, y que por sentencia firme se adjudiquen definitivamente al Estado.

2. La creación de un Fondo de titularidad estatal que se nutrirá con el producto, de aquellos bienes, sus rentas e intereses, efectos e instrumentos contemplados en el apartado anterior que sean líquidos o que se enajenen y liquiden, según las previsiones de la presente Ley.

Los recursos obtenidos se aplicarán al Presupuesto de Ingresos del Estado para su ulterior distribución en los términos previstos en esta Ley.

#### Artículo 2. *Fines.*

Los fines a los que se destinará este Fondo serán los siguientes:

1. Programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de los mismos.

2. Intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere esta Ley, incluyendo:

a) Los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación de los delitos citados en el artículo 1.

b) Adquisición de medios materiales para los órganos competentes en la represión de los mismos delitos.

c) El reembolso de los gastos en que lícitamente hayan podido incurrir los particulares o los servicios de las Administraciones públicas que hubiesen colaborado con los órganos competentes en la investigación de estos delitos.

3. La cooperación internacional en la materia.

#### Artículo 3. *Destinatarios y beneficiarios.*

1. Podrán ser destinatarios y beneficiarios del producto de los bienes, efectos e instrumentos decomisados a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, los siguientes organismos e instituciones:

a) La Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas.

b) Las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, en los siguientes supuestos:

— Para el desarrollo y ejecución de los Planes sobre Drogas de acuerdo con las previsiones de los respectivos Planes Regionales o Autonómicos.

— Para la dotación de medios a las respectivas policías con competencia en la prevención, investigación, persecución y represión de los delitos previstos en esta Ley.

— Para las organizaciones no gubernamentales o entidades privadas sin ánimo de lucro que desarrollen programas cuyo ámbito no supere el de la respectiva Comunidad Autónoma.

c) Las organizaciones no gubernamentales o entidades privadas sin ánimo de lucro, de ámbito estatal cuya labor se desarrolle total o parcialmente en materia de drogodependencias de acuerdo con los programas de distribución y las subvenciones determinadas por la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas.

- d) Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado con competencias en materia de narcotráfico.
- e) El Servicio de Vigilancia Aduanera de acuerdo con sus competencias específicas.
- f) La Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.
- g) Otros organismos o entidades públicas de la Administración General del Estado para el desarrollo de programas concretos y de acuerdo con los objetivos prioritarios marcados por los órganos del Plan Nacional sobre Drogas.
- h) Los organismos internacionales para el desarrollo de programas en la materia establecidos de acuerdo con los instrumentos internacionales suscritos por el Gobierno, a través de los órganos competentes del Ministerio de Asuntos Exteriores.

2. Los bienes, efectos e instrumentos que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 344 bis, e) del Código Penal, hubiesen sido utilizados provisionalmente por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o por el Servicio de Vigilancia Aduanera al ser adjudicados al Estado, podrán quedar definitivamente adscritos a los mismos.

3. Del producto de los bienes, efectos e instrumentos no adscritos según lo previsto en el apartado anterior, se destinará al menos un 50 por 100 a programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de los mismos.

#### Artículo 4. *Destino de los bienes y efectos decomisados.*

1. Los bienes y efectos decomisados serán liquidados o enajenados de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente, y su producto se ingresará en el Fondo.

2. En casos determinados, y de forma motivada, los bienes inmuebles se podrán destinar a la instalación, ampliación o reubicación de dispositivos dedicados a la prevención, asistencia e inserción social y laboral de drogodependientes, así como a la mejora de la ejecución de los servicios de represión, investigación y persecución de los delitos previstos en los artículos 344 y siguientes del Código Penal, de acuerdo con lo que determine la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones.

En este caso, la titularidad de dichos bienes inmuebles será del Estado, si bien cuando su uso pueda ser destinado a centros cuya gestión corresponda a una Comunidad Autónoma u organización no gubernamental de ámbito estatal o supraautonómico, podrá cederse dicho uso en los términos que se establezcan mediante convenio.

Las Comunidades Autónomas podrán proponer ceder el uso de los mismos a los entes locales radicados en su territorio o a las organizaciones no gubernamentales que desarrollen actividades en su ámbito territorial. Dicha cesión deberá aprobarse mediante la firma de un convenio al efecto.

Las mencionadas cesiones se realizarán de acuerdo con el procedimiento previsto en la Ley del Patrimonio del Estado.

3. Los créditos presupuestarios de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas a los que se confiera el carácter de ampliables en virtud de lo establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio correspondiente, serán ampliados hasta el límite de los ingresos que constituyen el Fondo previsto en el apartado 2 del artículo 1, en cada ejercicio anual.

Distribuidos los fondos por la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones conforme a los criterios que, anualmente acuerde el Consejo de Ministros a iniciativa de dicha Mesa, se efectuarán con cargo a los créditos citados en el párrafo anterior, las transferencias de crédito oportunas a favor de los distintos beneficiarios.

**Artículo 5.**

Quando se decreta la firmeza de una sentencia derivada del enjuiciamiento de cualquiera de los delitos a que se refiere el apartado 1 del artículo 1 de esta Ley, el órgano judicial competente cursará la correspondiente orden de transferencia para que sean ingresadas en el Tesoro Público las cantidades oportunas, especificando en cada caso que el ingreso deriva del decomiso de dichos bienes.

Asimismo, el órgano judicial adoptará las previsiones oportunas a fin de que pueda ser debidamente identificado el producto de dichos bienes, así como sus intereses y rentas en aquellas causas relacionadas con los delitos a que se refiere el apartado 1 del artículo 1 de esta Ley.

**Artículo 6. Mesa de Coordinación de Adjudicaciones.**

Se crea una Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, con capacidad jurídica para enajenar de acuerdo con la legislación vigente, compuesta por el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, que la presidirá, tres representantes del Ministerio de Justicia e Interior y tres representantes del Ministerio de Economía y Hacienda, cuyas funciones serán las siguientes:

1. Identificar, inventariar y enajenar los bienes y efectos afectados por la presente norma, así como su cuantía.
2. Determinar la aptitud de los bienes muebles e inmuebles adjudicados al Estado para el cumplimiento de los fines establecidos en esta Ley.
3. Concretar los beneficiarios y destinatarios de los bienes a los que se refiere el apartado 2 del artículo 4 y, en su caso, su uso y destino.
4. Distribuir los fondos obtenidos entre los beneficiarios a los que se refiere el artículo 3.

La distribución se realizará de acuerdo con los criterios que, anualmente, acuerde el Consejo de Ministros a iniciativa de la Mesa y a propuesta conjunta de los Ministros de Justicia e Interior y de Economía y Hacienda.

**Artículo 7. Control de la actividad del Fondo.**

1. Dentro del primer trimestre de cada ejercicio, se remitirá a las Cortes Generales un informe completo sobre la actividad del Fondo en donde se recogerá tanto el detalle de las principales operaciones como los datos económicos más destacados que permitan conocer el alcance de sus actuaciones en relación a los fines legalmente atribuidos.

2. Con independencia de lo previsto en el apartado anterior, el Fondo estará sometido al control propio de la Intervención General del Estado, en el ámbito de sus competencias, y al del Tribunal de Cuentas.

**DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA. Gastos de funcionamiento de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones.**

1. La constitución y funcionamiento ordinario de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones no supondrá en ningún caso incremento del gasto ni asignación presupuestaria específica.

2. En el presupuesto de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas se habilitarán, financiados con ingresos procedentes del Fondo, los créditos necesarios para atender, a propuesta de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, los gastos originados por la propia administración y gestión del Fondo.

**DISPOSICION ADICIONAL SEGUNDA.** *Legislación supletoria.*

En todo lo no previsto en la presente Ley será de aplicación al régimen jurídico de los bienes, efectos y ganancias en materia de enajenación y cesión de los mismos el texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, y su normativa reglamentaria de desarrollo.

**DISPOSICION ADICIONAL TERCERA.** *Bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español.*

En el supuesto de que los bienes contemplados por el artículo 1 de la presente Ley estuvieran comprendidos en el artículo primero, apartado 3, de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, se estará a lo dispuesto en la normativa reguladora del citado Patrimonio Histórico a los efectos de determinar el destino definitivo de dichos bienes.

**DISPOSICION TRANSITORIA UNICA.** *Normativa aplicable a los bienes adjudicados al Estado antes de la entrada en vigor.*

1. Será régimen jurídico aplicable a los bienes, efectos y ganancias adjudicadas al Estado en virtud de sentencia firme notificada a la Hacienda Pública con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley y cuya forma de explotación hubiese sido ya determinada antes de dicha fecha, lo establecido en los capítulos III, IV, V, VI, y VII del Título primero del texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, y las disposiciones reglamentarias de las mismas que desarrollen los aspectos regulados en aquellos capítulos.

2. Los bienes, efectos y ganancias adjudicados al Estado en virtud de sentencia firme notificada a la Hacienda Pública con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley y cuya forma de explotación no hubiese sido determinada antes de dicha fecha, se regirán por las disposiciones contenidas en la misma.

**DISPOSICION FINAL PRIMERA.** *Habilitación al Gobierno.*

Se habilita al Gobierno para que dicte las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente Ley.

**DISPOSICION FINAL SEGUNDA.** *Funcionamiento de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones.*

En el plazo de tres meses el Gobierno aprobará el Reglamento de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones. El funcionamiento de la misma se ajustará a lo establecido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para los órganos colegiados.

**DISPOSICION FINAL TERCERA.** *Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando  
(BOE de 13 de diciembre de 1995).**

EXPOSICION DE MOTIVOS

1. *Necesidad de la norma*

En los últimos años la aduana española ha pasado por un período de cambio sin precedentes. La configuración de la Unión Europea como un mercado interior establecida en el Acta Unica Europea ha traído consigo la libertad de circulación de mercancías sin que queden sometidas éstas a controles como consecuencia del cruce de las fronteras interiores. Esta nueva situación hace necesaria una modificación de la normativa referente a la circulación intracomunitaria de mercancías, que respondía a un modelo basado, precisamente, en la imposición y el control fronterizos, lo que aconseja, a su vez, a proceder a una adecuación de la legislación conducente a reprimir la introducción ilícita de mercancías en el territorio aduanero.

Con la consagración del mercado único la aduana española ha dejado de actuar como frontera fiscal para el tráfico con otros Estados miembros de la Unión Europea. El desafío fundamental del mercado único en este campo consiste en compatibilizar las facilidades dadas al libre movimiento de mercancías con la necesidad de mantener la efectividad del esfuerzo en la represión del contrabando.

Al mismo tiempo parece oportuno proceder a una revisión de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modifica la legislación vigente en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en la materia, tras trece años de vigencia para, entre otras finalidades, actualizar el valor límite que en la misma se fijó de 1.000.000 de pesetas para la distinción entre delito e infracción administrativa de contrabando, incluir las operaciones ilícitas con algunas mercancías no recogidas anteriormente, como las especies de flora y fauna amenazadas de extinción y los precursores de drogas, y, por fin, colmar algunas lagunas que la experiencia ha puesto de manifiesto, así como tomar en consideración la nueva situación producida tras la incorporación de la Comunidad Autónoma Canaria al territorio aduanero comunitario, no obstante no formar parte del sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido.

2. *Ámbito de la reforma*

Como novedad respecto a la Ley precedente se incluyen en la nueva ciertas definiciones con el fin de delimitar su ámbito de aplicación habida cuenta la puesta en marcha del mercado único comunitario.

Se incrementa la cuantía del valor de las mercancías para la tipificación del delito hasta 3.000.000 de pesetas no sólo para actualizar la equivalencia real del valor de la peseta, sino también para aliviar la carga que pesa sobre el orden jurisdiccional penal.

El impacto social, económico y recaudatorio del comercio ilegítimo de labores del tabaco obliga a intensificar la reacción jurídica frente a este ilícito. A tal fin, se considerarán géneros estancados, a efectos de la nueva Ley, las labores del tabaco, aunque se trate de mercancías comunitarias.

Como se ha indicado ya, la entrada en vigor del mercado interior comunitario el 1 de enero de 1993 supuso la supresión de los controles fronterizos entre los Estados miembros lo que ha dado lugar a un abuso de las facilidades ofrecidas al comercio regular al amparo de los regímenes de tránsito y ocasionado desviaciones ilícitas de mercancías. Ello ha aconsejado que se penalicen los ilícitos que suponen el incumplimiento de

la normativa reguladora del tránsito aduanero, recogida en el Reglamento (CEE) número 2913/1992, del Consejo, de fecha 12 de octubre, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario, y en sus normas de aplicación, así como en el Convenio TIR.

La nueva Ley consagra la existencia de contrabando en los casos de salida del territorio nacional de bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, incluso si su destino es otro Estado miembro de la Unión. Esta inclusión se hace posible en virtud de lo prevenido en la Directiva 93/7/CEE, relativa a la restitución de bienes culturales, que deja libertad a cada Estado miembro para ejercer las acciones civiles y penales oportunas. Por otra parte, la nueva Ley tipifica como contrabando las operaciones realizadas con especímenes de la fauna y flora silvestres al tratarse de un comercio prohibido en ciertos casos, y en aplicación del Convenio de Washington de 3 de marzo de 1973 y del correspondiente Reglamento comunitario.

Entre los supuestos constitutivos de delito de contrabando se ha incluido la exportación de material de defensa o material de doble uso, en el sentido que desarrolla el artículo 1. Ambos conceptos estaban ya considerados como contrabando en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1992, de 30 de abril.

En cuanto a las penas, la nueva Ley mantiene la pena de prisión menor para el delito de contrabando y eleva la cuantía de la multa para el mismo, dada la alarma social que entraña la comisión repetida de estos ilícitos.

Como productos económicos generados por el contrabando susceptibles de comiso se incluyen las ganancias obtenidas del delito, lo que se corresponde con el artículo 344 bis, e) del Código Penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre.

El Título II de la Ley define y regula las infracciones administrativas de contrabando. Al propio tiempo eleva las cuantías hasta las que se consideren como infracciones administrativas y a partir de las cuales las conductas tipificadas constituyen delito de contrabando.

Como novedad respecto al texto de la Ley 7/1982, de 13 de julio, se incrementa el importe de las multas por infracciones administrativas de contrabando y se precisa el momento en que comienza el plazo de prescripción tanto para las propias infracciones como para las sanciones que de ellas se deriven.

La nueva Ley faculta a los órganos de la Administración aduanera para autorizar la salida de mercancías de los recintos aduaneros, como entrega vigilada, a fin de facilitar las investigaciones encaminadas al descubrimiento del contrabando, y autoriza a los organismos y servicios encargados de la persecución del contrabando para establecer contactos e intercambiar información con otros servicios homólogos.

Por último, dado su contenido, parte de la Ley tiene el carácter de Ley ordinaria.

## TITULO PRELIMINAR

### Disposiciones generales

#### Artículo 1. *Definiciones.*

A los efectos de la presente Ley se entenderá por:

1. «Importación»: la entrada de mercancías no comunitarias en el territorio español comprendido en el territorio aduanero de la Unión Europea, así como la entrada de mercancías, cualquiera que sea su procedencia, en el ámbito territorial de Ceuta y Melilla. Se asimila a la importación la entrada de mercancías desde las áreas exentas.

2. «Exportación»: la salida de mercancías del territorio español. No se considerará exportación la salida de mercancías comunitarias del territorio español comprendido en el territorio aduanero de la Unión Europea, con destino al resto de dicho territorio aduanero.

3. «Áreas exentas»: las zonas y depósitos francos y los depósitos aduaneros definidos en los artículos 166 y 98, apartado 2, del Reglamento (CEE) número 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario.

4. «Mercancías comunitarias»: las mercancías definidas como tales en el apartado 7 del artículo 4 del Reglamento (CEE) número 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario.

5. «Mercancías no comunitarias»: las mercancías definidas como tales en el apartado 8 del artículo 4 del Reglamento (CEE) número 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario.

6. «Géneros o efectos estancados»: los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del tabaco y todos aquéllos a los que por ley se otorgue dicha condición.

7. «Géneros prohibidos»: todos aquéllos cuya importación, exportación, circulación, tenencia, comercio o producción esté prohibida expresamente por disposición con rango de ley o por reglamento de la Unión Europea. El carácter de prohibido se limitará para cada género a la realización de la actividad o actividades que de modo expreso se determine en la norma que establezca la prohibición y por el tiempo que la misma señale.

8. «Material de defensa»: el armamento y todos los productos y tecnologías concebidos específicamente o modificados para uso militar como instrumento de fuerza, información o protección en conflictos armados, así como los destinados a la producción, ensayo o utilización de aquéllos y que se encuentren incluidos en el Real Decreto 824/1993 de 28 de mayo, o disposiciones que lo sustituyan.

9. «Material de doble uso»: los productos y tecnologías de habitual utilización civil que puedan ser aplicados a algunos de los usos enumerados en el apartado anterior y que se encuentren incluidos en el Real Decreto 824/1993, de 28 de mayo, o disposiciones que los sustituyan.

10. «Precursores»: las sustancias y productos susceptibles de ser utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o en otros futuros Convenios ratificados por España.

11. «Deuda aduanera»: la obligación definida como tal en el apartado 9 del artículo 4 del Reglamento (CEE) número 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario.

## TITULO I

### Delito de contrabando

#### Artículo 2. *Tipificación del delito.*

1. Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas, los que:

a) Importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera.

La ocultación o sustracción dolosa de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados equivaldrá a la no presentación.

b) Realicen operaciones de comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio sin cumplir los requisitos legalmente establecidos para acreditar su lícita importación.

c) Destinen al consumo las mercancías en tránsito con incumplimiento de la normativa reguladora de este régimen aduanero, establecida en los artículos 91 a 97 y 163 a 165 de Reglamento (CEE) número 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre, y sus disposiciones de aplicación y en el Convenio TIR de 14 de noviembre de 1975.

d) Realicen operaciones de importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados o prohibidos, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes.

e) Saquen del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria.

f) Realicen, sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia o circulación de especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, y en el Reglamento (CEE) número 3626/82, del Consejo, de 3 de diciembre de 1982.

g) Obtengan, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el despacho aduanero de géneros estancados o prohibidos o mercancías de lícito comercio o la autorización para los actos a que se refieren los apartados anteriores.

h) Conduzcan en buque de porte menor que el permitido por los reglamentos, salvo autorización para ello, mercancías no comunitarias o géneros estancados o prohibidos, en cualquier puerto o lugar de las costas no habilitado a efectos aduaneros o en cualquier punto de las aguas interiores o del mar territorial español.

i) Alijen o transborden de un buque clandestinamente cualquier clase de mercancías, géneros o efectos dentro de las aguas interiores o del mar territorial español o en las circunstancias previstas por el artículo 23 de la Convención de Ginebra sobre alta mar de 29 de abril de 1958.

j) Exporten material de defensa o material de doble uso sin autorización o habiéndola obtenido mediante declaración falsa o incompleta en relación con la naturaleza o el destino último de los mismos o de cualquier otro modo ilícito.

2. También comete delito de contrabando el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones u omisiones constitutivas aisladamente consideradas, de infracciones administrativas de contrabando, siempre que el valor acumulado de los bienes, mercancías, géneros o efectos en cuestión sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas.

3. Cometten asimismo delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en el apartado 1 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando el objeto del contrabando sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores, armas, explosivos o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito o cuando el contrabando se realice a través de una organización, aunque el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea inferior a 3.000.000 de pesetas.

b) Cuando se trate de labores del tabaco cuyo valor sea igual o superior a 1.000.000 de pesetas.

### Artículo 3. *Penalidad.*

1. Los que cometieren el delito de contrabando serán castigados con las penas de prisión menor y multa del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos.

En los casos previstos en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 2, las penas se impondrán en su grado mínimo y en los restantes en grado medio o máximo.

2. Los Jueces o Tribunales impondrán la pena correspondiente en su grado máximo cuando el delito se cometa por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo.

### Artículo 4. *Responsabilidad civil.*

La responsabilidad civil que proceda declarar a favor del Estado derivada de los delitos de contrabando se extenderá en su caso al importe de la deuda aduanera y tributaria defraudada.

### Artículo 5. *Comiso.*

1. Toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los siguientes bienes, efectos e instrumentos:

- a) Las mercancías que constituyan el objeto del delito.
- b) Los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos.
- c) Los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en éste, y el Juez o el Tribunal competente estimen que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe de las mercancías objeto del contrabando.
- d) Las ganancias obtenidas del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.
- e) Cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito.

2. No se procederá al comiso de los bienes, efectos e instrumentos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.

3. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado.

### Artículo 6. *Intervención de bienes no monopolizados.*

1. El Juez o Tribunal acordarán la intervención de los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el artículo anterior, a resultas de lo que se decida en la resolución que ponga término al proceso.

2. La autoridad judicial, en atención a las circunstancias del hecho y a las de sus presuntos responsables, podrá designar a éstos como depositarios de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos, con prestación, en su caso de la garantía que se establezca.

3. La autoridad judicial podrá acordar, asimismo, que, mientras se sustancia el proceso, los bienes, efectos e instrumentos intervenidos se utilicen provisionalmente por las fuerzas o servicios encargados de la persecución del contrabando.

#### Artículo 7. *Enajenación anticipada.*

1. Los bienes, efectos e instrumentos intervenidos podrán ser enajenados, si éste fuere su destino final procedente, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo en los siguientes casos:

a) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.

b) Cuando la autoridad judicial estime que su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública o dar lugar a disminución importante de su valor. Se entenderán comprendidos en este apartado las mercancías, géneros o efectos que sin sufrir deterioro material se deprecian por el transcurso del tiempo.

2. La enajenación a la que se refiere este artículo será ordenada por la autoridad judicial. A tal efecto se procederá a la valoración de las mercancías, géneros o efectos, cuando ésta no estuviere practicada, en la forma prevista en esta Ley.

3. El importe de la enajenación, deducidos los gastos ocasionados, quedará en depósito a resultados del correspondiente proceso penal.

#### Artículo 8. *Adscripción de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos.*

El uso de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos que no sean enajenables quedarán adscritos a las fuerzas o servicios encargados de la persecución del contrabando de acuerdo con lo que prevea la legislación específica aplicable a esta materia.

#### Artículo 9. *Mercancías de monopolio.*

1. Cuando las mercancías aprehendidas sean de las comprendidas en los monopolios públicos, la autoridad judicial a cuya disposición se hayan colocado procederá en la forma que indiquen las disposiciones reguladoras de dichos monopolios.

2. La autoridad judicial podrá autorizar la realización de actos de disposición por parte de las compañías gestoras de los monopolios respecto a las mercancías o géneros que hayan sido aprehendidos a reserva de la pertinente indemnización, si hubiese lugar a ella, según el contenido de la sentencia firme.

#### Artículo 10. *Valoración de los bienes.*

La fijación del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de contrabando se hará conforme a las siguientes reglas:

1. Si se trata de géneros estancados, por el precio máximo de venta al público. De no estar señalado dicho precio se adoptará la valoración establecida para la clase más similar. Si no fuera posible la asimilación, el juez fijará la valoración, previa tasación pericial.

2. Si se trata de mercancías no comunitarias, por aplicación de las normas que regulan la valoración en aduana. El valor resultante se incrementará con el importe de los tributos exigibles a su importación.

3. Respecto a las mercancías comunitarias, se estará a los precios oficiales, si los hubiere, o, en su defecto, a los precios medios del mercado señalados en ambos casos para mayoristas.

4. Para la valoración de los bienes, géneros y efectos comprendidos en las letras e) y f) del apartado 1 del artículo 2 de la presente Ley, así como para la de los de ilícito comercio, el juez recabará de los servicios competentes los asesoramientos e informes que estime necesarios.

## TITULO II

### **Infracciones administrativas de contrabando**

#### *Artículo 11. Tipificación de las infracciones.*

Incurrirán en infracción administrativa de contrabando los que lleven a cabo las conductas enumeradas en el apartado 1 del artículo 2 de la presente Ley cuando el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de las mismas sea inferior a 3.000.000 de pesetas y no concurren las circunstancias previstas en el apartado 3 de dicho artículo.

#### *Artículo 12. Sanciones.*

1. Los responsables de las infracciones administrativas de contrabando serán sancionados con multa del tanto al triple del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos.
2. En lo que respecta a las labores de tabaco las personas responsables de las infracciones administrativas de contrabando serán sancionadas:
  - a) Con multa del doble al triple del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos, que ascenderán a un mínimo de 100.000 pesetas.
  - b) Con el cierre de los establecimientos de los que los infractores sean titulares. El cierre podrá ser temporal, por un período mínimo de tres meses y máximo de un año, o definitivo, en el caso de infracciones reiteradas.

#### *Artículo 13. Competencia, procedimiento y recursos.*

1. Serán competentes para conocer de las infracciones de contrabando los órganos de la Administración aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en la forma en que se disponga reglamentariamente.
2. Las resoluciones de los órganos administrativos aludidos en el punto anterior que resuelvan o pongan fin al expediente administrativo de contrabando podrán ser objeto de impugnación ante la vía económico-administrativa y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

#### *Artículo 14. Medidas complementarias.*

Se aplicará a las infracciones administrativas de contrabando lo dispuesto en el artículo 5, artículo 6, números 1 y 2, y en los artículos 7, 8 y 9 de la presente Ley.

#### *Artículo 15. Prescripción.*

1. Las infracciones administrativas de contrabando prescriben a los cinco años a contar desde el día de su comisión.
2. Las sanciones impuestas por infracciones administrativas de contrabando prescriben a los cinco años, a contar desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

Artículo 16. *Competencias en materia de reconocimiento y registro de los servicios de aduanas.*

En los recintos aduaneros, los servicios de aduanas podrán efectuar el reconocimiento y registro de cualquier vehículo, caravana, paquete o bulto.

DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA. *Organización funcional.*

1. Las autoridades, los funcionarios y fuerzas a quienes está encomendada la persecución y el descubrimiento del contrabando continuarán desempeñando sus cometidos, con los derechos y facultades que, para la investigación, persecución y represión de estas conductas, han venido ostentando desde su creación.

El Servicio de Vigilancia Aduanera, en la investigación, persecución y represión de los delitos de contrabando actuará en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y tendrá, a todos los efectos legales, carácter colaborador de los mismos.

2. Los órganos de la Administración aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a requerimiento de los organismos y servicios encargados de la persecución del contrabando, podrán autorizar, sin interferencias obstativas, la salida de mercancías de los recintos o lugares habilitados por la Administración aduanera a fin de facilitar las investigaciones encaminadas al descubrimiento del contrabando.

3. Con idéntico fin los organismos y servicios encargados de la persecución del contrabando podrán establecer contactos e intercambiar información con otros servicios homólogos nacionales o internacionales.

DISPOSICION ADICIONAL SEGUNDA. *Presupuestos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.*

1. La Agencia Estatal de Administración Tributaria podrá consignar en sus presupuestos partidas específicamente destinadas a operaciones confidenciales relacionadas con la persecución del contrabando.

2. La fiscalización y control de estas partidas se llevará a cabo mediante el procedimiento que establezca la Intervención General de la Administración del Estado, en el que se regulará en todo caso la confidencialidad antes indicada.

Del resultado de la fiscalización y control referidos se dará traslado al Tribunal de Cuentas.

DISPOSICION TRANSITORIA UNICA. *Retroactividad.*

1. Los preceptos contenidos en la presente Ley tendrán efectos retroactivos, en cuanto favorezcan a los responsables de los actos constitutivos de contrabando a que la misma se refiere, en los términos establecidos en el Código Penal.

2. Igual eficacia retroactiva tendrán las disposiciones sancionadoras previstas en esta Ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**DISPOSICION DEROGATORIA UNICA.**

1. Quedan derogados la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modifica la legislación vigente en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en la materia; el artículo primero de la Ley Orgánica 3/1992, de 30 de abril, que establece supuestos de contrabando en materia de exportación de material de defensa o de doble uso, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley.

2. En tanto que por el Gobierno no se aprueben las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la presente Ley el Real Decreto 971/1983, de 16 de febrero, que desarrolla el Título II de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, continuará en vigor en todo aquello que no se oponga a la presente Ley.

**DISPOSICION FINAL PRIMERA. Normativa supletoria.**

1. En lo no previsto en el Título I de la presente Ley se aplicará supletoriamente el Código Penal.

2. En lo no previsto en el Título II de la presente Ley se aplicarán supletoriamente las disposiciones reguladoras del régimen tributario general y, en concreto, la Ley General Tributaria, así como subsidiariamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**DISPOSICION FINAL SEGUNDA. Carácter de la Ley.**

El artículo 4 del Título I, los preceptos contenidos en el Título II, así como los apartados 2 y 3 de la disposición adicional primera, el apartado 2 de la disposición transitoria única y el apartado 2 de la disposición final primera de la presente Ley tienen el carácter de Ley ordinaria.

**DISPOSICION FINAL TERCERA. Entrada en vigor.**

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre, sobre modificación  
de la Ley Orgánica General Penitenciaria  
(BOE de 19 de diciembre de 1995).**

**EXPOSICION DE MOTIVOS**

El artículo 38.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria prevé que las internas puedan conservar consigo a sus hijos hasta alcanzada la edad de escolarización obligatoria.

En los últimos años se ha incrementado el número de mujeres reclusas, pasando entre 1980-1994 de 487 a 3.997, lo que representa un incremento del 800 por 100. La mayoría de estas mujeres tienen entre veintiuno y treinta y cinco años de edad, siendo la media de treinta y dos años, lo cual aumenta la posibilidad de que haya niños en prisión.

En la actualidad permanecen con sus madres reclusas 221 niños, de ellos el 83 por 100 menores de tres años y sólo el 17 por 100 de más edad.

El legislador hizo en su momento un esfuerzo importante para facilitar la vida de los niños en las prisiones. Sin embargo, esta posibilidad de permanencia del niño en el interior del centro hasta la edad de seis años puede llegar a comportar graves disfuncionalidades en su desarrollo emocional y psicológico, dado que se hace consciente de la privación de libertad que afecta a su madre y vincula la conformación de su personalidad inicial a tal hecho.

Cierto es que, lejos de cualquier confrontación, debe buscarse un sistema de equilibrio que permita la correlación de los derechos de la madre y los del hijo, pero no menos cierto resulta que ha de darse -en último caso- una prevalencia natural de los inherentes a la parte más débil, por cuanto que sobre ésta el ordenamiento jurídico debe ejercer una especial protección. Por otra parte, los cambios en la organización del sistema educativo permiten la escolarización de los niños a partir de los tres años y los servicios sociales de atención a la infancia abren la posibilidad de formas de vida más adecuadas para su desarrollo. Por todas estas razones los países de nuestro entorno han reducido ya el tiempo de permanencia de los niños con sus madres presas.

Estas consideraciones, junto con el ya experimentado incremento de la población penitenciaria femenina y la previsible evolución de la misma en los próximos años, aconsejan impulsar una reforma del citado precepto tendente a reducir el tiempo máximo de permanencia del niño en el establecimiento penitenciario, demanda ésta que viene siendo requerida de modo coincidente desde ámbitos amplios y diversos.

Igualmente, parece conveniente incluir una expresa orientación para que la Administración penitenciaria promueva los convenios necesarios con entidades públicas y privadas a fin de dotar de un mejor soporte institucional y social a las internas con hijos y de facilitar el mejor desenvolvimiento de la relación materno-filial dentro de las especiales circunstancias que se derivan del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Por último, los cambios en la protección por maternidad hacen necesario que las internas embarazadas puedan disfrutar del mismo período de descanso que el resto de las mujeres. De ahí que se proponga la ampliación del tiempo en que se las exime del trabajo a lo previsto en la legislación laboral.

### **Artículo primero.**

La letra e) del apartado uno del artículo 29 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, quedará redactada como sigue:

«e) Las mujeres embarazadas durante dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. El período de excepción se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.»

### **Artículo segundo.**

El apartado dos del artículo 38 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, quedará redactado como sigue:

«Dos. Las internas podrán tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación. En aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas con hijos existirá un local habilitado para guardería infantil.

La Administración penitenciaria celebrará los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad.»

Se añade un apartado tres al artículo 38 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, con la siguiente redacción:

«Tres. Reglamentariamente se establecerá un régimen específico de visitas para los menores que no superen los diez años y no convivan con la madre en el centro penitenciario. Estas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad y su duración y horario se ajustará a la organización regimental de los establecimientos.»

El anterior apartado tres de este artículo pasa a ser el apartado cuatro.

**Corrección de erratas del Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención de capitales (BOE de 31 de octubre de 1995).**

Advertidas erratas en el texto del Real Decreto 925/1995, de 9 de junio por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» número 160, de 6 de julio de 1995, se procede a efectuar las oportunas rectificaciones:

En la página 20521, segunda columna, artículo único, segunda línea, donde dice: «... de 18 de diciembre,...», debe decir: «... de 28 de diciembre,...».

En la página 20523, primera columna, artículo 4, apartado 2, párrafo d), tercera línea, donde dice: «... deba ser adecuado,...», debe decir: «... deba ser adeudado...».

En la página 20523, segunda columna, artículo 6, apartado 1, segundo párrafo, sexta línea, donde dice: «... conforme los artículos 5, 3 y 7,...», debe decir: «... conforme los artículos 5, apartado 3, y 7,...».

En la página 20523, segunda columna, artículo 7, apartado 1, séptima línea, donde dice: «... operaciones que se produzcan...», debe decir: «... operaciones que se produzca...».

En la página 20524, segunda columna, artículo 11, apartado 3, párrafo segundo, primera línea, donde dice: «... comunicaciones deberán quedar...», debe decir: «... comunicaciones deberá quedar...».

En la página 20525 primera columna, artículo 12, apartado 3, párrafo b), segunda línea, donde dice: «... que les cualifiquen como personas...», debe decir: «... que les cualifique como personas...».

En la página 20526, primera columna, artículo 16, párrafo d), primera línea, donde dice: «d) En todos los demás...», debe decir: «d) En todo lo demás...».

En la página 20526, primera columna, el título del capítulo IV, donde dice: «Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias», debe decir: «Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias».

En la página 20526, segunda columna, el título del artículo 21, donde dice: «Comité permanente», debe decir: «Comité Permanente».

En la página 20527, primera columna, artículo 24, apartado 3, tercer párrafo, tercera línea, donde dice: «... para el ejercido en otras...», debe decir: «... para el ejercicio de otras...».

En la página 20527, primera columna, artículo 25, apartado 2, novena línea, donde dice: «... que se corresponden...», debe decir: «... que le corresponden...».

En la página 20527, segunda columna, artículo 27, apartado 3, séptima línea, donde dice: «... federativa,...», debe decir «... fedataria,...».

# 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

### Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿Concurso de leyes o concurso de delitos?

(Comentario a la STS de 12 de noviembre de 1994. Ponente Sr. Carrero Ramos)

SERGI CARDENAL MONTRAVETA

Prof. Titular Interino E. U. de Derecho Penal.

Universidad de Barcelona.

#### 1. INTRODUCCIÓN.

La realización dolosa de un delito contra la vida humana independiente que ha quedado en fase de imperfecta ejecución puede dar lugar, entre otras, a tres situaciones básicas: A) puede ser que la conducta homicida sólo produzca la puesta en peligro de la vida del sujeto contra el que aquélla se dirigía; B) también es posible que, además de dicha puesta en peligro de la vida, se produzca la puesta en peligro o la lesión de otros bienes jurídicos que pertenezcan al mismo sujeto pasivo; y C) finalmente, puede ser que la conducta homicida produzca la puesta en peligro o la lesión de uno o varios bienes jurídicos pertenecientes a

un sujeto distinto de aquél contra el que el autor dirigía su acción homicida.

Todos estos casos tienen en común una «desviación del riesgo»: no se ha realizado el riesgo principal que debía lesionar la vida, sino, en su caso, otros riesgos también creados por la conducta homicida del autor (1). Cuando alguno de estos riesgos se realiza en un resultado, desde una perspectiva estructural debe distinguirse entre los supuestos de desviación del curso causal y los de *aberratio ictus* (2). Desde una perspectiva subjetiva, cuando tales riesgos se realizan en resultados objetivamente imputables, pero no han sido abarcados por el dolo del sujeto, la doctrina estudia estas hipótesis entre los supuestos de error de tipo (existe un error en la ejecución), regulados con carácter general en el artículo 14 CP 1995; en cambio, cuando tales riesgos sí han sido abarcados por el dolo del sujeto, la doctrina distingue entre los supuestos de dolo alternativo y dolo cumulativo.

---

(1) En todos los supuestos de tentativa acabada se produce una «desviación del riesgo», en el sentido de que el riesgo principal creado dolosamente por el autor no se realiza finalmente en el resultado (o no se realiza de forma objetiva y/o subjetivamente imputable), sino que, en su caso, se realiza otro u otros riesgos también creados por el autor con su conducta. En un sentido similar, entre otras, la STS de 10 de oct. de 1994, citando las SSTS de 23 de jun. de 1986 y 2 de marzo de 1987, define como casos de «aberratio» las hipótesis de disociación entre el elemento culpabilístico y el resultado objetivamente producido y, en concreto, los supuestos en los que existe dolo de matar, por un lado, y mera originación de unas lesiones, por otro. Casi en los mismos términos que las sentencias citadas se expresan RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 17.<sup>a</sup> Ed., Madrid, 1994, p. 154. Sobre los diversos riesgos que una conducta puede contener, vid. SILVA SÁNCHEZ, «*Aberratio ictus*» e imputación objetiva, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), 1984, pp. 369 y ss., BALDÓ LAVILLA, *Sobre las desviaciones causales: «consumación anticipada» y «dolus generalis»*, Comentario a la STS de 6 de junio de 1994, en ADPCP 1995, pp. 345 y ss., también sobre la base del análisis de los riesgos típicos.

(2) En la *aberratio ictus* el objeto sobre el que se realiza uno de los riesgos (distinto del riesgo principal) es distinto del objeto amenazado por el riesgo principal, mientras que en los supuestos de desviación del curso causal, son idénticos el objeto amenazado por el riesgo principal y aquél sobre el que se realiza otro de los riesgos creado por la conducta del sujeto. Vid. SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1984, pp. 347, 359 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 3.<sup>a</sup> Ed., Barcelona, 1990, p. 276; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, 2.<sup>a</sup> Ed., Madrid, 1986, p. 154; GRACIA MARTÍN, en Díez Ripollés-Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, 1993, p. 50; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 4.<sup>a</sup> Ed., Madrid, 1994, pp. 383-384 y 385, nota 95.

Es importante destacar también que un mismo objeto de la acción puede servir de base a bienes jurídicos distintos, por lo que, en los supuestos de desviación del curso causal, la identidad de objeto de la acción no supone necesariamente identidad entre el bien jurídico amenazado por el riesgo principal y el bien jurídico lesionado por el riesgo (distinto) que se ha realizado en un resultado. Sobre la distinción entre los conceptos objeto material de la acción y bien jurídico, vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit. p. 215; JOSHI JUBERT, *Unidad de hecho y concurso medial de delitos*, ADPCP 1992, p. 620-621.

Aquí no estudiaremos las situaciones enumeradas en tercer lugar (C), sino la diferencia valorativa entre las situaciones enumeradas en primer y segundo lugar (A y B). Basándonos en los hechos y consideraciones jurídicas contenidas en la STS de 12 de noviembre de 1994, nos ocuparemos de los supuestos en los que el delito contra la vida ha quedado en grado de imperfecta ejecución, pero se han producido unas lesiones consumadas (3) (situaciones clasificadas en la letra B). A continuación analizaremos si existe una diferencia valorativa entre estos supuestos y aquéllos en los que el ataque doloso contra la vida que ha quedado en fase de imperfecta ejecución no ha dado lugar a lesión alguna (situaciones clasificadas en la letra A). Finalmente, caso de entenderse que existe una diferencia valorativa entre ambos grupos de casos, analizaremos sus consecuencias en la calificación jurídico-penal y/o en la determinación de la pena. Así, estudiaremos, por una parte, si en las situaciones clasificadas con la letra B concurre un único delito, un concurso de leyes o, incluso, un concurso de delitos y, por otra parte, si en el caso de entenderse que existe un único delito de homicidio intentado debe rebajarse la pena del mismo en uno o dos grados, si la aceptación de un concurso de leyes implica unos límites mínimos al marco penal del delito que resulta aplicable (principio de combinación), o si lo correcto es imponer la pena del delito más grave en su mitad superior, por existir un concurso ideal de delitos entre el homicidio intentado y las lesiones dolosas consumadas.

Los hechos probados en la STS de 12 de noviembre de 1994 son los siguientes: El procesado, Evaristo E., venía explotando en la localidad de Tomelloso (Ciudad Real) una empresa de ambulancias conducidas por él y sus hijos. Cuando ocurrieron los hechos, a Evaristo le había sido retirado un concierto con el INSALUD, lo que implicaba que el procesado fuera avisado por los organismos públicos de salud para el traslado de enfermos sólo cuando el empresario titular del concierto no pudiera prestar el servicio. Al propio tiempo, en Tomelloso existía y existe una dotación de la Cruz Roja que se encargaba de trasladar a enfermos en sus ambulancias cuando ningún empresario privado podía realizar ese servicio, si bien tanto el procesado como sus hijos entendían que la Cruz Roja estaba quitándoles traslados, con la consiguiente pérdida económica.

El día 15 de julio de 1988 Evaristo E. acudió sobre las 8,00 horas al Ambulatorio de la Seguridad Social de Tomelloso, conduciendo la ambulancia de su propiedad, marca Simca 1200, que dejó aparcada en la calle Concordia, en el mismo lado en que se halla el Ambulatorio. El acusado esperó por las inmediaciones del Ambulatorio con intención que no consta acreditada, pasando al bar Mario, situado frente al Ambu-

---

(3) Naturalmente, estas lesiones consumadas pueden tener una gravedad muy diversa, con las consecuencias que más adelante se analizarán.

latorio, donde consumió un café y una copa, y sobre las 9,00 salió a la calle, en cuyo momento vio salir del Centro Sanitario a Víctor B. (Teniente de la Cruz Roja que prestaba servicios como A.T.S. en el Ambulatorio), mirándose ambos, ante lo cual, subió a la ambulancia, y viendo que aquél cogía su motocicleta marca Vespa y que encaraba la calle Concordia en dirección contraria a aquélla en que estaba la ambulancia, *arrancó el procesado su automóvil y con intención de causar al Sr. Bolós un daño físico, sin descartar que incluso fuera la muerte, imprimió un gran acelerón a la ambulancia dirigiéndose directamente hacia donde estaba Víctor Bolós, para lo cual cruzó en diagonal la calle, siguiendo una trayectoria de unos 15 metros impactando violentamente con la vespa, cuyo ocupante, habiendo observado la dirección del otro vehículo, se agarró fuertemente al manillar de la motocicleta y ladeó ésta hacia su derecha. A consecuencia de la colisión el Sr. Víctor B. salió lanzado por el aire, para caer al suelo, donde quedó tendido. En el pavimento quedaron reflejadas huellas de aceleración con una longitud de 9 metros y de frenada, con una longitud de 2,3 metros, correspondientes a la ambulancia. El procesado bajó de la ambulancia y se acercó al atropellado, y sin más volvió al automóvil y marcha atrás lo dejó en el mismo lugar en que estaba previamente aparcado. Enseguida auxiliaron al herido las personas que se hallaban en las inmediaciones.*

A consecuencia del atropello, Víctor B. sufrió, aparte de policontusión, fractura conminuta de platillo tibial externo de rodilla derecha y fractura de cabeza de peroné derecho, complicadas con flebitis y osteoporosis, quedándole diversas secuelas que evolucionarían hasta llegar a la invalidez total del miembro inferior derecho.

En lo que aquí interesa, la Audiencia Provincial absolvió a Evaristo E. del delito de asesinato frustrado y le condenó como autor de un delito de homicidio frustrado sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años y un día de prisión mayor y las accesorias.

Notificada la sentencia a las partes, Evaristo E. presentó recurso de casación. En el primer motivo del recurso alegaba infracción de ley por aplicación indebida del artículo 407 en relación con el número 2 del artículo 3 CP, postulando la existencia de una mera falta del artículo 586 bis y pena de multa de 50.000 pesetas. En el segundo motivo del recurso también se alegaba infracción de ley, esta vez por aplicación indebida del párrafo 2.º del artículo 3 CP, postulando la apreciación del desistimiento voluntario de la tentativa y consiguiente absolución o, alternativamente, aplicación del artículo 52 número 1.º para la rebaja en dos grados de la pena.

En el recurso de casación interpuesto por Evaristo E. se plantean los problemas más comunes en el ámbito de las relaciones entre los delitos dolosos contra la vida humana independiente y los delitos de lesiones

que recaen sobre un mismo sujeto pasivo (4): por una parte, aunque de forma indirecta, la distinción ente el dolo de matar, *animus necandi* y el dolo de lesionar, *animus laedendi*; por otra parte, la distinción entre las fases de tentativa y frustración en los delitos contra la vida (5); finalmente, la concurrencia de una tentativa cualificada, esto es, la existencia de un desistimiento voluntario que provocaría la impunidad respecto del delito doloso intentando contra la vida y plantearía la posibilidad de aplicar el tipo de las lesiones dolosas consumadas efectivamente producidas.

El Tribunal Supremo desestimó los dos motivos del recurso y confirmó la condena por el *delito frustrado de homicidio* y la *pena de seis años y un día de prisión mayor*. De la calificación de los hechos y la determinación de la pena puede deducirse que el Tribunal Supremo no otorga ninguna relevancia penal al desvalor del delito de lesiones consumadas del artículo 421.2.º CP 1973 efectivamente producidas (pérdida de un miembro o haber quedado impedido de él) (6). Por lo tanto, según el Tribunal Supremo, la calificación jurídica y la pena impuestas deberían ser idénticas en el caso de que, por ejemplo, la víctima hubiera esquivado el golpe y el homicidio frustrado no hubiera provocado lesión alguna. De aquí podemos obtener una primera conclusión: *aparentemente, para la jurisprudencia española es penalmente irrelevante que el homicidio doloso que ha quedado en fase de imperfecta ejecución (punible, por no existir desistimiento voluntario) haya producido lesiones consumadas en el sujeto pasivo contra el que se dirige el ataque o no las haya producido y, naturalmente, también es indiferente la gravedad de las lesiones, en el caso de que éstas se hayan producido. Penalmente no existe ninguna diferencia valorativa entre ambos grupos de casos*. Estos son los resultados a los que llega la jurisprudencia, pero debemos analizar las razones que le conducen a tales resultados.

Como trataremos de demostrar a lo largo de este comentario, la correcta delimitación, planteamiento y solución de los tres problemas básicos antes mencionados que se presentan respecto de las relaciones entre los delitos contra la vida humana independiente y los delitos de lesiones, están íntimamente relacionadas con la cuestión de cuál es la relevancia penal del desvalor del delito de lesiones dolosas consumadas en los supuestos de delitos dolosos contra la vida que quedan en fase de

---

(4) Ya hemos dicho que excluíamos de nuestro análisis los supuestos en los que las lesiones recaen sobre un sujeto pasivo distinto, antes clasificados con la letra C.

(5) El nuevo Código penal (en adelante, CP 1995) prescinde de la distinción entre tentativa y frustración, pero el grado de ejecución alcanzado sigue siendo uno de los criterios que el Juez debe tener en cuenta al determinar la pena del delito intentado de homicidio. También la forma del desistimiento voluntario dependerá de si ya se han realizado o no todos los actos ejecutivos. Cfr. artículos 15, 16 y 62 CP 1995.

(6) La aplicación del artículo 418 CP 1973 es más discutible, al exigir este precepto la concurrencia del elemento «de propósito». Con arreglo al CP 1995, las lesiones que se han producido en el supuesto de hecho de la STS de 12 de noviembre de 1994 serían subsumibles en el artículo 149.

imperfecta ejecución. Para abordar esta problemática debe tenerse presente algo que ya hemos apuntado: que no en todos los supuestos de delitos dolosos contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución se producen también unas lesiones consumadas (7); además, en el caso de que éstas efectivamente se produzcan, su gravedad puede ser muy diversa. Pasemos ahora al estudio del tratamiento jurisprudencial y doctrinal de los tres problemas antes enunciados. Analizaremos después la corrección de este tratamiento y su coherencia con respecto al tema de la relevancia penal del desvalor del delito de lesiones consumadas en los supuestos de delitos contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución.

## 2. LA IDENTIFICACIÓN DEL DOLO DE MATAR (*ANIMUS NECANDI*) Y SU RELACIÓN CON EL DOLO DE LESIONAR (*ANIMUS LAEDENDI*) (8).

En el primer motivo del recurso de casación presentado por Evaristo y que dio lugar a la STS de 12 de noviembre de 1994 que comentamos, el recurrente negaba tanto la existencia de dolo de matar, como de dolo de lesionar. El Tribunal Supremo considera, sin embargo, que la sentencia recurrida «ha motivado razonadamente conforme a reglas de sana crítica y experiencia su inferencia de la intencionalidad homicida del acusado»; en este sentido, «aparece la idoneidad del medio empleado ... y la forma de usarlo ... El medio y el golpe eran idóneos». «En resumen, aparece el dolo específico del delito calificado, al menos como eventual». En definitiva, el Alto Tribunal acude a dos de los criterios que emplea normalmente para la identificación del dolo de matar y la distinción entre éste y el dolo de lesionar (9), (10).

---

(7) Piénsese en los supuestos en los que el ataque no da en el blanco porque no iba bien dirigido, porque la víctima lo esquiva, o porque terceros impiden que el autor cause lesión alguna: la presencia de terceros provoca la huida del autor, o lo agarran cuando sólo ha realizado un navajazo que causa daños.

(8) Ambas cuestiones: la identificación del dolo de matar y las relaciones entre éste y el dolo de lesionar, aunque pueden presentar conexiones, son distintas y deben separarse nítidamente. Aquí nos interesa fundamentalmente la segunda.

(9) Sobre los criterios que emplea la jurisprudencia (de modo reiterante y constante como afirma el propio Tribunal Supremo en algunas sentencias) para la identificación del dolo y para la distinción entre el dolo de matar y el de lesionar, vid., entre otras, las SSTS de 20 de sept. de 1993; 20 de sept. de 1994; 28 de sept. de 1994; 10 de oct. de 1994, 19 de enero de 1995; 17 de feb. de 1995; 5 de mayo de 1995 con referencias jurisprudenciales las tres últimas; 16 de mayo de 1995; 7 de jul. de 1995; 6 de oct. de 1995 (ponente: Conde-Pumpido Tourón); 6 de oct. de 1995 (ponente: De Vega Ruiz); 16 de oct. de 1995 y 24 de nov. de 1995.

(10) En la doctrina, sobre esta problemática, vid. DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal español (Parte Especial)* «Delitos contra las personas»,

Aunque ahora el recurso de casación no se había planteado exactamente en estos términos (el recurrente negaba tanto el dolo de matar como el de lesionar), cuando el Tribunal Supremo debe pronunciarse sobre la existencia de un delito doloso contra la vida en fase de imperfecta ejecución o de un delito doloso de lesiones consumadas contra el mismo sujeto pasivo (11), nuestro Alto Tribunal no niega la concurrencia objetiva de éstas, pero considera que lo decisivo para la calificación jurídico-penal es el elemento subjetivo: dolo de matar o dolo de lesionar, y plantea ambas calificaciones con carácter alternativo y excluyente: o concurre un homicidio doloso en fase de imperfecta ejecución, o concurren unas lesiones dolosas consumadas. En este sentido, pueden citarse a título de ejemplo, la STS de 20 de dic. de 1993 que afirma, con carácter general, que la distinción entre los atentados a la vida humana independiente y los que sólo agreden a la integridad corporal o la salud personal radica en la intención o «animus» del sujeto agente: «animus necandi», cuando de privar de la vida se trata; «animus laedendi» cuando lo que se pretende es sólo producir lesiones a la víctima; la STS de 20 de sept. de 1993, en la que se afirma expresamente que el «animus necandi» excluye el «animus laedendi»; o la STS de 10 de oct. de 1994, que afirma que el elemento subjetivo de la voluntad del agente ha de jugar papel decisivo; habrá que descubrir el auténtico «animus» del culpable,

---

Madrid, 1962, pp. 151, 152, 438 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, vol. I. Infracciones contra las personas en su realidad física*, 2.ª Ed. puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1972, p. 110; GIMBERNAT ORDEIG, *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)*, en ADPCP 1990, pp. 426 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, 2.ª Ed., Madrid, 1991, pp. 40-41, donde afirma que los criterios empleados de forma constante por nuestra jurisprudencia son utilizados de forma similar en la jurisprudencia francesa e italiana; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2.ª Ed., Barcelona, 1992, p. 81; CARBONELL-GONZÁLEZ CUSAC, en VIVES ANTÓN-BOIX REIG-ORTS BERENGUER-CARBONELL MATEU-GONZÁLEZ CUSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1993, pp. 517 y 518; GRACIA MARTÍN, en Díez RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN, *Delitos cit.*, pp. 53 y ss., muy crítico con la praxis jurisprudencial; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en COBOS GÓMEZ DE LINARES-LÓPEZ BARJA DE QUIROGA-RODRÍGUEZ RAMOS, *Manual de Derecho Penal Parte Especial I*, 2.ª Ed., Madrid, 1994, pp. 40-41; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal cit.*, pp. 38-39, lamentando la tendencia jurisprudencial a objetivar un elemento tan eminentemente subjetivo como el dolo y afirmando, incluso, que por esta vía se llega en muchas ocasiones a resoluciones materialmente injustas; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 10.ª Ed., Valencia, 1995, pp. 37-38; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades de salvaguarda*, Barcelona, 1994, p. 113, notas 239 y 241.

(11) En los supuestos de homicidio preterintencional también suele discutirse la concurrencia o no de dolo de matar, pero la estructura de estos supuestos es muy distinta a la que aquí nos interesa: en los supuestos de homicidio preterintencional se niega el dolo de matar, se afirma el dolo de lesionar y se imputa el resultado de muerte, efectivamente producido, a título de imprudencia. vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal, cit.*, pp. 308 y ss.

y ello a pesar de su relatividad y de la advertencia de las dificultades derivadas de la circunstancia de la igualdad objetiva y equivalencia del bien jurídico vulnerado en las lesiones y en el homicidio que no trascendió en su ejecución de la forma imperfecta (12). Estos supuestos han de resolverse llegando a la determinación de si realmente hubo un ánimo de matar, o la intención del infractor no fue más lejos de un «animus laedendi o vulnerandi», sin representación de eventuales consecuencias legales (13).

En la doctrina española también se considera unánimemente que la distinción entre las formas de imperfecta ejecución de los delitos contra la vida y los delitos consumados de lesiones radica en la concurrencia de dolo de matar en los primeros y dolo de lesionar en los segundos (14). Sin embargo, al abordar la problemática de las relaciones entre el dolo de matar y el dolo de lesionar, a diferencia del proceder jurisprudencial, no siempre se afirma el carácter excluyente entre ambos. Algunos autores, fundamentalmente aquéllos cuyas obras se publicaron con anterioridad a la Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código Penal (15),

---

(12) Adviértase que esta sentencia no se refiere al bien jurídico *protegido* con carácter general, en los delitos contra la vida o en los de lesiones, sino al bien jurídico *vulnerado* en el caso concreto que se enjuicia. En los mismos términos que la sentencia transcrita se expresaba QUINTANO RIPOLLÉS (*Tratado, cit.*, p. 105). La afirmación es correcta, aunque parece ignorar que en los supuestos de homicidio que no trasciende en su ejecución de la forma imperfecta se produce también una puesta en peligro de la vida. Por otra parte, debe mencionarse el hecho de que otras sentencias que se ocupan de casos similares sí afirman la identidad del bien jurídico protegido en el homicidio frustrado y las lesiones consumadas; vid., en este sentido, la STS de 7 de abril de 1995. Esta afirmación sí es incorrecta, pues implica entender que el bien jurídico protegido en el homicidio consumado y en el frustrado son distintos.

(13) En términos similares, las SSTS de 20 de sept. de 1994; 28 de sept. de 1994; 19 de enero de 1995; 7 de abril de 1995; 5 de mayo de 1995; 27 de jun. de 1995; 7 de jul. de 1995 y 6 de oct. de 1995.

(14) Vid. DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, cit.*, pp. 151 y 440; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado, cit.*, pp. 94, 95, 104 y ss., 112; señala este autor que la práctica jurisprudencial tiende a la casi constante elección del tipo de lesiones consumadas, unas veces por estímulos de piedad y otras quizás de comodidad. En el asesinato, según señala este autor (p. 105, nota 45), son algo más frecuentes las estimativas imperfectas, sobre todo en su forma de envenenamiento; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, pp. 63 y 64, con numerosas referencias jurisprudenciales; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual, cit.*, p. 40; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal, cit.*, p. 81; CARBONELL-GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, cit.*, pp. 517, 518; GRACIA MARTÍN, *Delitos, cit.*, p. 97; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual, cit.*, pp. 39 y 40; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, cit.*, p. 154; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, cit.*, p. 37.

(15) Con la Reforma de 1989 desapareció el artículo 421 CP, cuyo tenor literal condicionó decisivamente la discusión. El texto del artículo 421 CP en su redacción anterior a dicha reforma era el siguiente: «Las penas del artículo anterior son aplicables, respectivamente, al que, *sin ánimo de matar*, causare a otro alguna de las lesiones graves administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas, o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu».

negaron que el dolo de matar comprendiera el de lesionar, entendiendo que ambos se excluían recíprocamente; en este sentido se pronunciaron JASO ROLDÁN (16) y DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO (17). Esta postura coincide con la denominada en Alemania «Gegensatztheorie» (18). Otros autores han mantenido posturas más ambiguas, concretándolas en función de la problemática que debía resolverse, así ANTÓN ONECA (19), QUINTANO RIPOLLÉS (20) y

---

(16) JASO ROLDÁN (ANTÓN ONECA-RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Madrid, 1949, pp. 254-255), al estudiar la problemática de las conductas con dolo de muerte y resultado de lesiones, la relacionaba con la cuestión de si el dolo de muerte comprende o no el dolo de lesión, y concluía que esto no puede mantenerse ni desde el punto de vista natural (en algunos casos podrá afirmarse que el que quería matar no quería lesionar, e incluso no hubiera actuado caso de haberse representado la posibilidad de que el sujeto pasivo sólo sufriera un simple menoscabo en la salud), ni desde el punto de vista legal (debido al texto del art. 421 CP antes de la Reforma de 1989).

(17) DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, (*Derecho Penal, cit.*, pp. 440 y ss.), después de hacer constar la génesis del problema, su alcance dogmático y de realizar una incursión en la doctrina penal de otros países, afirmaban que, desde un punto de vista naturalístico, tanto puede decirse que el dolo de muerte presupone el de lesiones, como lo contrario: planteada en estos términos la cuestión sería insoluble. Por esta razón, los citados autores acudieron a un argumento interpretativo sobre la base del texto del artículo 421, para concluir afirmando que «el dolo de muerte en nuestro código no comprende el dolo de lesión».

(18) Vid. ARZT/WEBER, *Strafrecht Besondere Teil. Delikte gegen die Person*, 2.<sup>a</sup> Ed., Bielefeld, 1981, p. 227; según estos autores, es dudoso que la «Einheitstheorie» capte correctamente la realidad. El homicidio sólo puede concebirse como un «aliud» frente a las lesiones; WELZEL, *Das Verhältnis der Tötungsdelikte zu den Körperverletzungsdelikten*, en *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, 1963, pp. 242 y ss; Cfr. ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.<sup>a</sup> Ed., München, 1991, núm. marg. 17 § 212; HIRSCH, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 10.<sup>a</sup> Ed., Berlin-New York, 1981 (en adelante, LK), núms. margs. 14-16 antes del § 223; estos autores señalan que en ocasiones la «Gegensatztheorie» se interpreta de modo que permita la presencia conjunta del dolo directo de lesionar y el dolo eventual de matar; JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. (Trad. de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Madrid, 1995, p. 1062, nota 62; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 21.<sup>a</sup> Ed., München, 1995, núm. marg. 7 § 212.

(19) En el primer tomo de su tratado (ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2.<sup>a</sup> Ed., anotada y puesta al día por HERNÁNDEZ GUIJARRO y BENEYTES MERINO, Madrid, 1986, p. 445, nota 24), remite este autor, en cuanto a la cuestión de si el dolo de homicidio comprende el de lesiones, a la opinión de JASO ROLDÁN, pero recuerda que, como la acción de matar implica un ataque a la integridad corporal, es bastante general la solución afirmativa, si bien la redacción del artículo 421 CP permite sostener la opinión contraria, al menos en las lesiones causadas por los medios a que dicho artículo se refiere.

(20) QUINTANO RIPOLLÉS, (*Tratado, cit.*, pp. 694, 695, 742) afirma en diversas ocasiones que la voluntad es diversa en el homicidio y las lesiones, considerando que a ambos delitos les diferencia una consideración finalista referida a los respectivos propósitos, de *animus laedendi* y *necandi*. Sin embargo, entiende este autor que sólo en parte es lícito reconocer esta duplicidad de dolo, que podría llegarse a admitir. En cualquier caso, debe apuntarse que QUINTANO RIPOLLÉS otorga, al menos en principio, una función negativa al *animus necandi* que destipifica *ipso facto* el delito de lesiones.

RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ (21). Finalmente, la doctrina más moderna entiende que el dolo de matar comprende el de lesionar, con lo que las relaciones entre ambos no serían ya de exclusión sino de inclusión. Se han pronunciado en esta línea BAJO FERNÁNDEZ (22), DEL ROSAL BLASCO (23), GUALLART DE VIALA (24), GRACIA MARTÍN (25), MUÑOZ

---

(21) RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ (*Derecho Penal, cit.*, p. 44) consideran que la intención de matar constituye, respecto de la intención de lesionar, no un *plus* sino un *aliud*. Sin embargo, hasta la décima (o undécima) edición de su Manual (10.<sup>a</sup> Ed. Madrid, 1987, pp. 139-140) se ocupaban más concretamente de esta cuestión al abordar la culpabilidad en las lesiones, afirmando, aquí, que no puede decirse con la rotundidad con la que lo hizo JASO ROLDÁN que, desde un punto de vista «natural», la voluntad de matar sea completamente «distinta» de la de lesionar, porque, por de pronto, en la aplicación de los medios hay una identidad absoluta entre ambas; la diferencia estriba en que el sujeto no quiere en las lesiones causar la muerte y en el homicidio sí, pero es claro que la muerte se ha de producir (si se ocasiona) a través del camino de unas lesiones en la mayoría de los casos, exceptuando los raros supuestos de muerte instantánea. Desde el punto de vista «natural», la intención de causar la muerte por medio de unas «lesiones» no es ajena al que tiene intención de matar. Por otra parte, la fórmula del art. 421 no prejuzga la solución del problema si se la interpretaba como una exigencia del dolo de lesionar.

(22) BAJO FERNÁNDEZ (*Manual, cit.*, pp. 163-164) se suma a lo que califica de doctrina dominante y afirma que el dolo de matar abarca sin duda el dolo de lesionar en cuanto que, a fin de cuentas, la muerte no es más que la expresión más grave del menoscabo físico y psíquico de una persona. En la primera edición de su Manual (Madrid, 1986, p. 184), cuando todavía regía el art. 421 en su redacción anterior a la Reforma de 1989, BAJO calificaba de torpe la descripción de este precepto y se sumaba a la interpretación que de él hicieron DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, en el sentido de que si se producen lesiones con ánimo de matar no cabe aplicar los artículos que regulan los delitos de lesiones, sino los que regulan las formas imperfectas del homicidio, parricidio o asesinato, constituyendo una simple remisión, que no impide que cuando no sea aplicable la tentativa o la frustración de homicidio, el comportamiento pueda ser castigado por lesiones.

(23) DEL ROSAL BLASCO (*Comentarios a la legislación penal, Tomo XIV, vol. 1.º, La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 de actualización del Código Penal, Madrid, 1992, p. 268*) afirma que el problema tiene una trascendencia práctica muy limitada, reducida básicamente a los supuestos de tentativa cualificada, y que ha perdido gran parte de su vigencia con la desaparición de la antigua redacción del art. 421, pues ahora ya no existe impedimento legal alguno para entender que el dolo sea el mismo en los delitos de lesiones y homicidio.

(24) GUALLART DE VIALA (*La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud, Madrid, 1992, pp. 54 y ss.*), después de exponer la opinión de diversos autores, señala que la Reforma de 1989 ha hecho desaparecer los escollos legales derivados del texto del artículo 421 y de la limitación en los medios comisivos de las lesiones que presentaba el artículo 420. Por lo tanto, según este autor, parece absurdo suponer que el que quiere matar no quiere a su vez lesionar, pues al menos tendrá que producir una lesión funcional para que sobrevenga la muerte. En conclusión, el dolo de matar incluye el de lesionar.

(25) GRACIA MARTÍN (*Delitos, cit.*, pp. 97-98) recuerda que con anterioridad a la Reforma de 1989 la doctrina estaba dividida, pero que tras la reforma del delito de lesiones, la doctrina actual no discute sobre el mencionado problema y se inclina unánimemente por la interpretación de que el dolo de matar comprende al de lesiones, pronunciándose también él en este sentido.

CONDE (26) y GARCÍA ALBERO (27). Esta corriente doctrinal coincide con la denominada en Alemania «Einheitstheorie», actualmente dominante en este país (28). Como desarrollaremos posteriormente, la afirmación del dolo de lesionar junto al dolo de matar es un presupuesto necesario para fundamentar la relevancia penal de las lesiones consumadas en los supuestos de homicidio intentado.

### 3. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS FASES DE TENTATIVA Y FRUSTRACIÓN.

En su segundo motivo, el recurrente pretende la aplicación del artículo 52 número 1.º CP de 1973 para obtener la rebaja en dos grados de la pena. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que no cabe apreciar la tentativa porque «el sujeto agente realizó todos los actos conducentes al resultado y no sólo algunos como exigiría el tercer párrafo del artículo 3.º». «Sólo cabía por la frustración rebajar un grado la pena del artículo 407».

Con arreglo a la anterior regulación, que diferenciaba, como es sabido, los supuestos de tentativa y de frustración, tanto conceptualmente (29),

---

(26) MUÑOZ CONDE (*Derecho Penal, cit.*, p. 123), al ocuparse del elemento subjetivo en los delitos de lesiones, después de exponer las que denomina «teoría de la voluntad» y «teoría de la unidad» (que considera mayoritaria en la doctrina) estima que la voluntad de matar y la de lesionar, aunque no coincidan en el fin, sí pueden coincidir en los medios elegidos que pueden ser idóneos para uno u otro resultado. Por otra parte, la realidad demuestra que cuando se tiene intención de matar se debe aceptar como posible un resultado de lesiones, con respecto al cual existirá por lo menos dolo eventual, e incluso esas lesiones pueden ser el paso obligado para causar la muerte.

(27) «*Non Bis in Idem*» *Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona, 1995, pp. 366-369, donde estudia las diversas consecuencias de la consideración alternativa del dolo de matar y el dolo de lesionar por parte de la jurisprudencia española.

(28) Vid. ESER, *Strafgesetzbuch, cit.*, núm. marg. 17 § 212; JAKOBS, *Derecho Penal, cit.*, p. 1062, nota 62; HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4.ª Ed., Berlín, 1991 (en adelante SK), núm. marg. 30 § 212; HIRSCH, en *LK*, núms. margs. 14-16 antes del § 223; LACKNER, *Strafgesetzbuch, cit.*, núm. marg. 7 § 212; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 14.ª Ed., Berlin, 1969, pp. 281-282; GÖSSEL, *Strafrecht, Besonderer Teil; Band 1. Delikte gegen immaterielle Rechtsgüter des Individuums*, Heidelberg, 1987, pp. 173-174; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 8.ª Ed., Heidelberg, 1995, p. 109; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 4.ª Ed., Berlin-New York, 1995, pp. 83-84.

(29) El artículo 3 párrafo segundo CP 1973 definía al delito frustrado en los siguientes términos: «Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos ejecutivos que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad de agente».

como en cuanto al respectivo marco penal (30), esta distinción tenía una trascendencia muy superior a la que, al menos aparentemente, pueda tener en la actualidad. El artículo 15 CP 1995 establece que «sólo son punibles el delito consumado y la tentativa de delito», definiéndose el delito intentado de forma unitaria en el artículo 16 (31). No obstante, el art. 62 CP 1995 establece que para determinar la pena del delito intentado se atenderá «al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado», por lo que el hecho de que el autor haya realizado o no todos los actos ejecutivos sigue manteniendo, al menos en parte, su relevancia, igual que la mantiene, por idéntica razón, la problemática relativa a la determinación del criterio con arreglo al cual debe entenderse que el autor ha realizado ya todos los actos ejecutivos.

Como hemos apuntado más arriba, la correcta delimitación, planteamiento y solución de la problemática relativa a la distinción entre las fases de tentativa y frustración en los delitos contra la vida está íntimamente relacionada con la cuestión central que queremos abordar en este comentario: la relevancia penal del desvalor del delito de lesiones consumadas en los supuestos de delitos dolosos contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución. En efecto, las críticas vertidas por algunos autores a la práctica jurisprudencial (32) y la

---

El artículo 3 párrafo tercero CP 1973 afirmaba: «Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento».

(30) Artículo 51 CP 1973: «A los autores de un delito frustrado se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley para el delito consumado».

El artículo 52 CP 1973 establecía el marco penal de la tentativa en los siguientes términos: «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado».

La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito».

(31) El contenido del artículo 16 CP 1995 es el siguiente: «1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya consitutivos de otro delito o falta.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, sería, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

(32) Vid., por todos, GRACIA MARTÍN, *Delitos*, cit., pp. 96 y 97; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual*, cit., p. 39; y RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal*, cit., pp. 42 y 43.

propia revisión de ésta (33), hacen sospechar una tendencia por parte de nuestros Tribunales a reflejar, en la distinción entre tentativa y frustración de un delito contra la vida, la diferencia valorativa que puede existir entre un ataque doloso contra la vida que no consigue acabar con ésta pero produce lesiones, y un ataque doloso contra la vida que ni consigue acabar con ésta ni produce un menoscabo importante de la integridad corporal o la salud física del sujeto pasivo (34). Pese a que en el plano fáctico ambos aspectos puedan estar relacionados, tal relación no debe necesariamente condicionar la decisión sobre la calificación de tentativa o frustración: es posible que una tentativa de homicidio ocasione lesiones gravísimas (35), y es también perfectamente posible que un homicidio frustrado no lesione

---

(33) A continuación exponemos una pequeña muestra de la práctica jurisprudencial: en la STS de 20 de sept. de 1993 fueron seis las descargas en total efectuadas, éstas causaron un muerto y tres heridos y se castigó por un homicidio consumado y tres en grado de frustración. La STS de 24 de nov. de 1995 condena por asesinato frustrado al procesado que clavó una navaja de once centímetros de hoja en el pecho de la víctima. En la STS de 17 de feb. de 1995 también se admitió la calificación de homicidio frustrado en un caso en el que el condenado aceleró el motor de su vehículo, subió sobre la acera arrollando a cuatro peatones y después se dio a la fuga. La STS de 6 de oct. de 1995 condena por parricidio frustrado a un padre que golpeó repetidamente y en diversas partes del cuerpo a su hija de unos nueve meses de edad, lo que llegó a originar un estado de coma por infarto cerebral, y después la lleva a un centro médico. La STS de 11 de oct. de 1995 considera que deben de calificarse de homicidio frustrado tanto la conducta del primer procesado que se abalanzó sobre la víctima y con ánimo de acabar con su vida le asestó un navajazo en el abdomen, no pudiendo asestarle más, pese a intentarlo, por la defensa de aquélla con una barra antirrobo, como la del segundo procesado, que se abalanzó contra su propia víctima y le clavó un machete en varias ocasiones también en la zona abdominal. En la STS de 16 de oct. de 1995 se mantiene, por falta de recurso sobre este extremo, la calificación de tentativa de homicidio en un supuesto en el que el procesado produjo al agredido una herida punzante y penetrante en la región infraauricular del lado izquierdo de su cuello con un pincho metálico. La STS de 23 de oct. de 1995 condena por homicidio frustrado al acusado que disparó un tiro al cuello de la víctima con la que estaba hablando, produciéndole lesiones de extrema gravedad que no le ocasionaron la muerte por la eficaz intervención quirúrgica a que fue sometido. Sobre delitos contra la vida calificados en grado de frustración pueden verse también las SSTS de 5 de mayo de 1995; 16 de mayo de 1995; 5 de julio de 1995 y 12 de julio de 1995.

(34) La verificación de esta hipótesis requeriría un estudio detallado de la jurisprudencia que no nos es posible realizar en este momento. Por esta razón, queremos destacar el carácter hipotético y provisional con el que formulamos nuestras sospechas. Por otra parte, debe destacarse el hecho de que, normalmente, en los supuestos de ataques contra la vida no se cuestiona en casación el grado de imperfecta ejecución por el que se ha condenado en la instancia. Vid. GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, p. 369.

(35) Así, por ejemplo, en el caso del marido que ha decidido envenenar a su cónyuge distribuyendo la dosis letal de veneno en cinco dosis parciales que colocará en el café que aquélla se bebe cada mañana; sin embargo, el tercer día la mujer parte sola de viaje, por lo que no llega a tomarse las dos tazas que faltaban para completar la dosis mortal, pero el veneno ya ingerido provoca lesiones gravísimas. O en el caso del sádico que quiere matar a su enemigo inmediatamente después de producirle diversas lesiones y no puede culminar su plan porque es sorprendido por la policía.

bien jurídico alguno (36). La distinción entre tentativa y frustración se basa en la práctica de todos o parte de los actos ejecutivos, debiendo entenderse por «actos de ejecución» los que, según su plan, corresponde realizar al autor, y debiendo estimarse realizados todos los actos de ejecución cuando así lo admitiera el espectador imparcial, situado *ex ante*, a la vista del plan del autor (37), (38). No pretendemos ignorar que los

---

(36) Así, por ejemplo, el supuesto de la STS de 14 de feb. de 1995 que califica de homicidio frustrado el intento de disparar contra un agente municipal, accionando repetidas veces el gatillo del revólver que instantes antes se le había sustraído, sin que llegara a producirse disparo alguno porque lo impidió otro agente que pudo asir con fuerza el tambor evitando así que éste pudiera girar y, por tanto, que el percutor accionara contra alguna de las balas que tenía el cargador. O los hechos de los que se ocupa la STS de 17 de oct. de 1995: los procesados verificaron, antes de marcharse, varios disparos sobre Eduardo y Sergio, que recibió dos impactos, al estar más adelantado, por lo que cayó al suelo muerto arrastrando con él a Eduardo, quien se fingió muerto; el Tribunal Supremo no se cuestionó, por falta de recurso sobre este extremo, la calificación de asesinato en tentativa realizada por la Audiencia Provincial.

(37) Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 370 y ss. En el mismo sentido, FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pp. 269 y 273. También se ha pronunciado a favor de un criterio objetivo-subjetivo, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, 1984, reimpresión de 1992, pp. 260 y ss.

Es cierto que el texto del art. 16 CP 1995 acentúa la perspectiva objetiva. No obstante, la necesidad de acudir al plan del autor para determinar el grado de ejecución alcanzado es innegable, al menos en casos dudosos como el de la STS de 7 de abril de 1995: el procesado, chófer y cuidador de un tetrapléjico, al que por tal condición tenía que prestar toda clase de atenciones, lo trasladó en coche fuera de Barcelona, se desvió a un camino secundario, lo sacó en brazos del vehículo, lo llevó hasta un bosque frondoso, le quitó dos millones de pesetas y amordazado lo dejó oculto en la maleza. Posteriormente regresó a Barcelona y, sin decir nada a nadie, marchó a Madrid desde donde tenía pensado viajar a Perú; sin embargo, fue detenido y el tetrapléjico encontrado. El Tribunal Supremo afirma que la sentencia de la Audiencia Provincial condenando al procesado como autor de un homicidio frustrado sería correcta si no fuera porque debe entenderse que no existió ánimo de matar, sino de lesionar. Entre la jurisprudencia más reciente, la STS de 29 de nov. de 1995, después de reconocer que las líneas de separación entre la tentativa y la frustración no son siempre tajantes y que su diferenciación es, en algunos supuestos, ténue o difusa y propicia a sembrar confusión, rechaza expresamente la tesis puramente objetiva con arreglo a la cual la Audiencia Provincial había optado por la calificación de tentativa: el procesado colocó la pistola en la cara de la víctima, que inmediatamente reaccionó protegiendo su faz con la mano derecha, de suerte que uno de los dos disparos efectuados impactó en su mano y posteriormente rebotó en la mandíbula de su cara. La Audiencia Provincial entendió que procedía la calificación de tentativa porque las lesiones realmente causadas en ningún caso hubieran producido la muerte de la víctima.

(38) Por otra parte, creemos que es importante advertir que también en el tipo subjetivo existen diferencias entre la tentativa, por un lado, y la frustración y la consumación, por otro. Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 370 y 374. Esta diferencia entre el tipo subjetivo de la tentativa y el de la frustración se refleja claramente en el tratamiento de los supuestos de desistimiento malogrado, en los que el autor desiste una vez ha llevado a cabo todos los actos ejecutivos, pero antes de realizar todos los que él creía necesarios para la lesión del bien jurídico. Estos supuestos se distinguen de los de desistimiento activo ineficaz: aquí no se aprecia ninguna discordancia esencial entre el suceso tal y como tuvo lugar y la representación del autor, mientras que en los primeros existe un error, una falta de coincidencia entre la realidad y la representación del sujeto.

criterios aquí defendidos no son los únicos propuestos por la doctrina (39), ni las dificultades prácticas que presenta la determinación del momento en que se han de entender realizados todos los actos ejecutivos, pero, en cualquier caso, creemos que en buena dogmática (y entendiendo que ésta no debe ignorar nunca las consecuencias prácticas de su aplicación), puede convenirse en que la cuestión de la determinación del momento en el que se han realizado todos los actos ejecutivos no está necesariamente condicionada por el hecho de que se hayan producido o no lesiones en el sujeto pasivo, ni por la gravedad de tales lesiones (40). La relevancia penal que pueda tener el desvalor del delito de lesiones dolosas consumadas en los supuestos de delitos intentados contra la vida encontrará su reflejo en otro lugar de la calificación jurídica de los hechos.

#### 4. LA SOLUCIÓN DE LOS CASOS DE TENTATIVA CUALIFICADA.

En la sentencia que comentamos Evaristo postulaba, en el segundo motivo de su recurso, la apreciación del desistimiento voluntario de la tentativa y la consiguiente absolución. No obstante, el Tribunal Supremo recuerda que el desistimiento tiene que ser oportuno y eficaz, y entiende que en el caso de autos el desistimiento ha de descartarse porque la frenada realizada por el recurrente era insuficiente no ya para detener el vehículo, sino incluso para minorar sensiblemente la colisión, más bien se trató de obtener un impacto seco, no arrastrando la moto con pérdida de control del coche propio e invasión del carril opuesto con riesgo de otros choques no queridos. La desestimación del motivo comporta que en la sentencia que comentamos el Tribunal Supremo no se ocupe de la solución que debería recibir la tentativa cualificada, esto es, la responsabilidad por las lesiones consumadas en el caso de afirmarse la impunidad de la tentativa en base al desistimiento voluntario.

---

Este error es el que provoca que, pese a que se han realizado todos los actos ejecutivos, concurriendo con ello la parte objetiva de la frustración, debe calificarse como tentativa, dado que el sujeto desconocía este extremo. Sobre el tratamiento de los supuestos de desistimiento malogrado, distinguiendo ambas hipótesis, Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Madrid, 1994, pp. 73 y ss. Defiende un tratamiento unitario MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, 1972, pp. 144 y ss.; Vid. también BALDÓ LAVILLA, ADPCP 1995, pp. 349 y ss.

(39) Sobre las diversas posturas en la doctrina y jurisprudencia española y alemana, vid., por todos, FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pp. 253 y ss.

(40) Vid. la excelente STS de 20 de octubre de 1993 (Ponente: Bacigalupo Zapater), que afirma que «en tanto la Audiencia entiende que la frustración de la acción de homicidio cometido con armas, en este caso de fuego, requiere que el autor haya alcanzado con sus disparos el cuerpo de la víctima o víctimas, su criterio es claramente erróneo. En efecto, la frustración no consiste en una cuestión del resultado, sino de la acción, es decir, la frustración no se debe caracterizar como un resultado típico incompleto, sino como una acción que no alcanzó la consumación».

Son escasísimas las ocasiones en las que frente a una condena por delito intentado o frustrado contra la vida se formula en el recurso de casación un motivo alegando desistimiento voluntario y, cuando esto sucede, el Tribunal Supremo suele desestimarlos. Por esta razón, la problemática de la tentativa cualificada carece de tratamiento jurisprudencial. La doctrina española sí ha estudiado estos supuestos y propone diversas soluciones (41), condicionadas por la opinión que se haya mantenido respecto de las relaciones entre los delitos contra la vida y los delitos de lesiones y, concretamente, respecto de las relaciones entre el dolo de matar y el de lesionar (42). En favor de la impunidad de las lesiones se han pronunciado JASO ROLDÁN (43) y CÓRDOBA RODA (44), mientras que DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO (45), ANTÓN ONECA (46), QUINTANO RIPOLLÉS (47), BAJO FERNÁNDEZ (48),

---

(41) Desde la perspectiva del concurso de leyes, vid. GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 196-200.

(42) Vid., GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, p. 197, nota 44.

(43) Vid. ANTÓN ONECA-RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Derecho Penal. Tomo II*, *cit.*, pp. 254-255.

(44) CÓRDOBA RODA, en una de sus notas a la traducción del Tratado de Maurach (MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y notas de CÓRDOBA RODA, Barcelona, 1962, p. 211, nota 12), negaba que en estos supuestos se deba responder por las lesiones consumadas, argumentando que en la legislación anterior a 1989 la actividad de matar y la de lesionar estaban configuradas de un modo claramente distinto.

(45) DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO (*Derecho Penal, cit.*, pp. 440 y ss.), después de resumir las posturas de algunos autores españoles, alemanes e italianos, consideran que en la legislación española vigente en el año 1962, en el que escriben su obra y en el que todavía regía en nuestro Derecho el principio del «*versari in re illicita*» y estaba vigente la antigua regulación de las lesiones, era posible, interpretando el artículo 421 como ellos proponen, que el sujeto respondiera por el delito de lesiones consumadas.

(46) ANTÓN ONECA (*Derecho Penal, cit.*, p. 445), al ocuparse del desistimiento en la tentativa, afirma que la impunidad de ésta no es óbice para la responsabilidad en que se incurra cuando los hechos ya realizados constituyan otra figura de delito, y cita el supuesto en el que la tentativa desistida de homicidio revista los caracteres del delito de lesiones, aunque condiciona el castigo de éste a la cuestión de si el dolo de homicidio comprende el de lesiones y recuerda que esta cuestión estaba condicionada por la redacción del art. 421.

(47) QUINTANO RIPOLLÉS (*Tratado, cit.*, p. 742) considera que, a la vista de la estructura predominantemente objetiva y de resultado de las tipologías de la delincuencia lesiva y homicida, lo cierto es que el ánimo de agredir suele ser suficiente. Por esta razón, y sin que ello suponga que esta solución sea en principio satisfactoria, afirma el citado autor que en estricta dogmática resulta inadmisibles la opinión de aquéllos que defienden que en el homicidio desistido espontáneamente no puede estimarse tampoco delito de lesiones por las ya ejecutadas, al no haber mediado en éstas propósito de lesionar, sino de matar, y al ampararse el homicidio intentado por la excusa absoluta.

(48) BAJO FERNÁNDEZ (*Manual, cit.*, p. 164) afirma que resulta grotesco pretender la exención de responsabilidad criminal por el hecho de que simplemente se lesionó a quien se habría querido producir la muerte. Aunque la vida humana es un bien jurídico distinto de la integridad física o psíquica, es lo cierto que, sin embargo, la muerte es expresión de la máxima lesión de la integridad.

DEL ROSAL BLASCO (49), MIR PUIG (50), GRACIA MARTÍN (51) y MUÑOZ CONDE (52) consideran que en estos supuestos deberá castigarse por el delito correspondiente de lesiones. Esta es también la opinión dominante en Alemania (53).

## 5. RECAPITULACIÓN, CRÍTICA Y TOMA DE POSICIÓN.

Hasta ahora hemos visto, por una parte, que nuestra jurisprudencia se apoya en unos criterios constantes para *distinguir el dolo de matar del dolo de lesionar*. La mejor doctrina ha criticado la concreta aplicación jurisprudencial de estos criterios. En este comentario no queremos ocuparnos con profundidad de esta cuestión, pero sí debemos apuntar que la aplicación jurisprudencial de tales criterios no debe encubrir el recurso por parte de nuestros Tribunales a la apreciación del dolo de matar por el solo dato objetivo de que se han causado unas lesiones graves y se ha empleado un arma potencialmente mortal, lo cual se considera, en el plano valorativo, más grave que el simple ataque intentado contra la vida que no causa lesión alguna. En otras palabras, *la diferencia valorativa que puede existir entre un homicidio intentando que ocasiona lesiones graves y otro que sólo pone en peligro la vida del sujeto pasivo, no debe ser el criterio que decida la (supuesta) alternativa entre dolo de matar y dolo de lesionar*. Las lesiones graves y el medio empleado tienen, en un delito contra la vida que ha quedado en grado de imperfecta ejecución, la relevancia penal que más adelante analizaremos, pero esta cuestión es independiente, y debe, por consiguiente, separarse nítidamente de la problemática relativa a la identificación del dolo de matar.

---

(49) Vid. DEL ROSAL BLASCO, *Comentarios, cit.*, p. 268.

(50) Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal, cit.*, p. 737.

(51) GRACIA MARTÍN (*Delitos, cit.*, p. 97), partiendo de que el dolo de matar comprende al de lesiones, considera que en los casos de desistimiento en el homicidio el autor deberá ser condenado por las lesiones consumadas que hubiera producido con la acción de matar.

(52) Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, cit.*, pp. 38 y 123; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 1993, p. 381.

(53) Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª Ed. (Traducción de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE), Barcelona, 1981, p. 748; JAKOBS, *Derecho Penal, cit.*, pp. 926, 1064, 1070; ESER, *Strafgesetzbuch, cit.*, núm. marg. 24 § 212; LACKNER, *Strafgesetzbuch, cit.*, núms. margs. 28 antes del § 52 y 9 § 212, HORN, *SK, cit.*, núm. marg. 33 § 212; HIRSCH, *LK, cit.*, núm. marg. 19 antes del § 223; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht, cit.*, p. 282; GÖSSEL, *Strafrecht, cit.*, p. 175; BLEI, *Strafrecht II Besonderer Teil*, 12.ª Ed. München, 1983, p. 18; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2.ª Ed., Tübingen, 1983, p. 34. Cfr. ARZT/WEBER, *Strafrecht, cit.*, p. 227, consideran estos autores que el sujeto que intenta matar a alguien e interrumpe voluntariamente esta tentativa, es castigado por lesiones en base a una construcción jurídica que se aparta de la realidad.

En cuanto a las *relaciones entre el dolo de matar y el dolo de lesionar*, la perspectiva jurisprudencial que los contempla con carácter alternativo y excluyente se debe, seguramente, a las necesidades impuestas por el principio acusatorio, la exigencia de congruencia con el contenido de los recursos que se interponen y la prohibición de «*reformatio in peius*», factores que limitan los razonamientos y pronunciamientos del Tribunal Supremo. Sin embargo, es precisamente esta perspectiva la que propicia una de las premisas fundamentales sobre las que se basa nuestra jurisprudencia para negar toda relevancia penal al desvalor de las lesiones consumadas (54). En efecto, si el dolo de matar excluye al de lesionar y viceversa, es evidente que entonces sólo podrá afirmarse la existencia de un único delito. Entendemos que esta premisa sólo puede considerarse parcialmente correcta y, por lo tanto, también parcialmente incorrecta. Es correcta en el sentido de que la concurrencia del dolo de lesionar no implica el dolo de matar. Pero es incorrecta cuando pretende que el dolo de matar no comprende el dolo de lesionar. *Cuando un sujeto realiza una acción que es «ex ante» peligrosa para la vida y lo hace conociendo y queriendo (esto es, con dolo) su peligrosidad, actúa conociendo y queriendo (esto es, con dolo, como mínimo eventual) que tal acción también es «ex ante» peligrosa para la integridad física y la salud del sujeto pasivo. En definitiva: el dolo de matar no se identifica con el dolo de lesionar, pero, normalmente, lo abarca.* Esto es lo que ocurrirá en la mayoría de los casos, aunque teóricamente también puede presentarse algún caso excepcional en el que el concreto resultado de lesiones no sea objetivamente imputable, o no lo sea a título de dolo, sino de imprudencia (55). Como intentaremos demostrar más adelante, esta cuestión no tiene una importancia meramente teórica y una aplicación práctica limitada a los supuestos de tentativa cualificada de homicidio. *Sólo si se admite que el dolo de matar comprende el dolo de lesionar podrá afirmarse la concurrencia efectiva de ambos delitos y, sobre esta base, cuestionarse la relevancia penal del desvalor del delito de lesiones consumadas en los supuestos de delitos dolosos contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución.* (56)

---

(54) Es importante advertir el carácter previo de la problemática de las relaciones entre el *dolo de matar* y el *dolo de lesionar* respecto a la cuestión de las relaciones entre los *delitos intentados contra la vida* y los *delitos de lesiones*. Se trata de una problemática que no está condicionada por dicha cuestión, aunque la solución que se adopte sí que condicionará a esta última.

(55) Vid. GRACIA MARTÍN, *Delitos*, cit., p. 99; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., p. 368, nota 168. Vid. también BALDÓ LAVILLA, *Algunos aspectos conceptuales de la inducción*, en MIR PUIG y otros autores, *Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, pp. 89 y ss.; y el excelente estudio de aquél autor sobre los supuestos de desviaciones causales en ADPCP 1995, pp. 339 y ss.

(56) Consideramos oportuno aclarar ya aquí que afirmar que el dolo de matar abarca el dolo de lesionar no prejuzga la cuestión relativa a la efectiva relevancia penal

También hemos apuntado que la *distinción conceptual entre tentativa y frustración* o, lo que es lo mismo, *la determinación del momento en el que han de entenderse ejecutados todos los actos de ejecución, no depende del hecho de que se hayan producido o no lesiones en el sujeto pasivo, ni de la gravedad de tales lesiones.*

Finalmente hemos recogido las opiniones doctrinales sobre la solución que debe darse a los *supuestos de tentativa cualificada desistida*. En este tema debemos pronunciarnos en el sentido de que serán punibles las lesiones efectivamente producidas. *Partiendo de la existencia objetiva de éstas y de la afirmación de que el dolo de matar comprende, normalmente, el dolo de lesionar*, entendemos, sin pronunciarnos todavía sobre los supuestos en los que el delito contra la vida sí es punible (57), *que no puede negarse la concurrencia de un delito doloso de lesiones consumadas, cuya relevancia penal nos parece innegable cuando el delito intentado contra la vida no resulta punible por la existencia de desistimiento voluntario o arrepentimiento activo, en su caso* (58).

---

de las lesiones consumadas en los supuestos que son objeto de este comentario ni, mucho menos, la vía mediante la cual deba reflejarse esta relevancia penal. Afirmar una relación de inclusión entre el dolo de lesionar y el dolo de matar supone mantener una relación de inclusión también respecto de los objetos de referencia del dolo típico: el injusto, la conducta prohibida por la norma penal preventiva (en nuestro caso, la conducta realizada en una situación de peligro objetivo, según una perspectiva *ex ante*, para la vida y para la integridad física y la salud del sujeto pasivo), pero esto no supone que también exista una relación de inclusión entre el tipo de injusto penal del homicidio *intentado* y el tipo de injusto penal de las lesiones dolosas *consumadas*. A diferencia del tipo de injusto penal del homicidio *intentado*, el tipo de injusto penal de las lesiones consumadas requiere un resultado de lesiones separado espacio-temporalmente de la conducta peligrosa y objetivamente imputable al riesgo creado por ésta. Vid. respecto a la comprensión de la Teoría del Delito sobre la que se asientan las anteriores referencias conceptuales, el planteamiento de mi maestro: MIR PUIG, *Derecho Penal, cit.*, pp. 142-146, 256, 266; EL MISMO, *El Derecho Penal en el Estado social y democrático del derecho*, Barcelona, 1994, pp. 29 y ss., 93 y ss., 181 y ss. y 225 y ss.

(57) Para algunos autores como VOGLER (*Funktion un Grenzen des Gesetzzeseinheit*, en Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München, 1979, p. 727), la punición del delito base consumado en los supuestos de desistimiento de la tentativa del delito cualificado evidencia que entre la tentativa del delito cualificado y la consumación del delito base no cabe apreciar concurso de leyes sino más bien concurso ideal de delitos. Cfr. JESCHECK, *Tratado, cit.*, Tomo II, p. 748; LACKNER, *Strafgesetzbuch, cit.*, núms. mars. 28 antes del § 52 y 9 § 212; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991, pp. 66-77.

(58) Para aquellos autores que defiendan la impunidad de la tentativa con dolo eventual, la punibilidad de las lesiones dolosas consumadas que acompañan a esta tentativa aparece como a todas luces necesaria. Sobre la polémica relativa a la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, vid., TAMARIT SUMALLA, *La tentativa con dolo eventual*, ADPCP 1992, pp. 515 y ss.; FARRÉ TREPAT, *La tentativa, cit.*, pp. 77 y ss.; antes de definir su opinión, ambos autores exponen las diversas posturas mantenidas en la doctrina española y alemana; LA MISMA, *Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución* (Comentario a la STS de 30 de enero de 1982), en MIR PUIG y otros autores, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, pp. 77 y ss.

Entendemos, además, que esta afirmación encuentra actualmente apoyo legal en la letra del artículo 16 números 2 y 3 CP 1995, cuando establece la exención de responsabilidad penal en los supuestos de desistimiento voluntario, «sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta».

Al principio de nuestro comentario definíamos el objeto del mismo como un estudio sobre la relevancia penal del desvalor del delito de lesiones consumadas en los supuestos de delitos dolosos contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución, distinguiendo dentro de éstos los casos en los que se han producido lesiones y aquéllos en los que la puesta en peligro de la vida no va acompañada de lesión alguna. Con lo dicho hasta ahora hemos pretendido delimitar mejor el ámbito de nuestro estudio, insinuando o denunciando las «impurezas» con las que el mismo podía verse «contaminado», y estableciendo los presupuestos de los que partimos para desarrollarlo: a) un delito intentado de homicidio en el que se han realizado todos los actos ejecutivos (lo cual se determina con independencia de la existencia efectiva de unas lesiones), b) en el que el sujeto actúa con dolo de matar (correctamente deducido con arreglo a los criterios jurisprudenciales), dolo de matar que, salvo en casos excepcionales, comprende el dolo de lesionar, c) en el que no existe un desistimiento voluntario activo que provocaría la impunidad del delito intentado (pero no la impunidad de las lesiones, en el caso de que éstas se hubieran producido), d) en el que se han producido, además de la puesta en peligro de la vida, unas lesiones en el mismo sujeto pasivo, (consistentes, en el caso concreto de la sentencia que comentamos, en la pérdida de un órgano principal), e) y en el que es posible apreciar unidad de hecho respecto de todos los actos parciales (59).

Del hecho de que nuestro Código Penal, además de tipificar y castigar los delitos intentados contra la vida, tipifique y castigue los delitos de lesiones, creemos que puede deducirse que en los casos que aquí queremos estudiar existirían, al menos aparentemente, dos delitos: una tentativa de homicidio y un delito consumado de lesiones. Existen, además, otros argumentos para *afirmar una diferencia valorativa entre los supuestos de homicidio intentado con lesiones en el sujeto pasivo y aquéllos en los que no se produce lesión alguna*: 1) el artículo 15 de la Constitución española reconoce entre los derechos fundamentales, y de forma separada, el derecho a la vida y a la integridad física; 2) los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la vida y en los delitos de lesiones son, además de bienes jurídicos distintos, «bienes eminentemente

---

(59) En este comentario sólo nos ocuparemos de los supuestos en los que existe unidad de hecho en sentido estricto. No serán objeto de nuestra atención ni la problemática de la denominada «unidad natural de acción», ni los supuestos en los que existe una pluralidad de hechos constitutivos de dos o más delitos (concurso real de delitos, aquí entre un homicidio intentado y unas lesiones dolosas consumadas).

personales», característica que el legislador penal no sólo tiene en cuenta al fijar las penas correspondientes a la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos, sino también al establecer otras consecuencias como, por ejemplo, la imposibilidad de apreciar un delito continuado en tales supuestos (60); 3) el legislador penal agrava la pena en los casos en los que existe ensañamiento (61). Sin que este argumento suponga equiparar las lesiones al ensañamiento, ni ignorar el elemento intencional de éste («aumentar *deliberada e inhumanamente* el sufrimiento de la víctima»), es lo cierto que en el homicidio intentado las lesiones representan, al menos en un plano abstracto, «padecimientos innecesarios para la ejecución del delito».

Partiendo, entonces, del mayor desvalor de los supuestos en los que el homicidio intentado punible da lugar a unas lesiones consumadas y, por consiguiente, de la relevancia penal de tales lesiones, las preguntas que debemos formularnos son las siguientes: ¿dónde debe reflejarse esta diferencia valorativa?, cuando el homicidio intentado da lugar a unas lesiones dolosas consumadas en el mismo sujeto pasivo ¿existe un único delito de homicidio intentado y el desvalor de las lesiones se reflejará en el momento de concretar la pena de este delito, dentro del marco y con arreglo a los criterios que establece el artículo 62 CP 1995?, ¿o existe un concurso de leyes entre el homicidio intentado y las lesiones dolosas consumadas?, ¿o acaso el desvalor total del hecho sólo puede abarcarse apreciando un concurso ideal entre ambos delitos?, ¿debe darse un tratamiento unitario a todos los supuestos imaginables de homicidio intentado punible que produce lesiones en el mismo sujeto pasivo? La respuesta a estas preguntas nos indica las tres posibles calificaciones que pueden darse al supuesto aquí planteado: apreciación de un único delito de homicidio intentado; apreciación de un concurso de leyes entre el homicidio intentado y las lesiones dolosas consumadas; apreciación de un concurso ideal entre ambos delitos. Partiendo de los presupuestos que antes apuntábamos, consideramos que debe descartarse la primera de las posibilidades. La existencia del tipo objetivo de un delito de lesiones consumadas y del dolo de lesionar (tipo subjetivo), sin causas de justificación ni de exclusión de la culpabilidad, conducen a afirmar la concurrencia de un delito de lesiones junto al homicidio intentado. Por esta razón, la problemática debe centrarse en determinar si el desvalor del delito doloso de lesiones consumadas queda ya abarcado al aplicar uno de los dos delitos concurrentes en concurso de leyes, o lo correcto es apreciar un concurso ideal de delitos. A continuación desarrollaremos la fundamentación que requiere cada una de estas dos calificaciones, analizando sus posibilidades teóricas reales, así como sus consecuencias prácticas; finalmente, definiremos nuestra propuesta.

---

(60) Cfr. artículo 74.3 CP, 1995.

(61) Cfr. artículos 22.5.<sup>a</sup>, 139.3.<sup>a</sup> y 148.2.<sup>o</sup> CP 1995.

## 6. LA TESIS DEL CONCURSO DE LEYES ENTRE EL DELITO INTENTADO DE HOMICIDIO Y EL DELITO DOLOSO DE LESIONES CONSUMADAS.

Existe un concurso de leyes (62) cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un «bis in idem» (63). Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos. Concorre entonces un solo delito, en el sentido de que no son aplicables los otros preceptos penales en los que el hecho podría incluirse (64),

---

(62) El artículo 8 CP 1995 se refiere al concurso de leyes en los siguientes términos: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código y no comprendidos en los artículos 73 a 77».

(63) Así MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 736. Vid. también QUERALT JIMÉNEZ, *El principio «non bis in idem»*, Madrid, 1992, pp. 9 y ss.; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, pp. 119-120; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, cit., p. 99; QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS-PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, pp. 375-377; CUERDA RIEZU, *El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto del Código Penal de 1990*, en ADPCP 1991, pp. 835 y ss; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª Ed., Valencia, 1991, p. 134; consideran estos últimos autores que el fundamento general de las diversas reglas de solución del concurso aparente de Leyes penales radica, de una parte, en la idea de que el ordenamiento jurídico es un sistema «consistente», exento de contradicciones; y de otra, en el axioma de que no se puede castigar dos veces el mismo hecho (*ne bis in idem*), que se apoya en la unidad del ordenamiento jurídico. Sobre la amplia problemática que suscita el principio *non bis in idem*, vid. GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., pp. 23-28, 227 y ss.; en concreto, sobre las relaciones entre este principio y el concurso de leyes, pp. 31-45; sobre la perspectiva constitucional del *non bis in idem*, pp. 53 y ss.

(64) Así, MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 736. Vid. también EL MISMO, *Sobre la relación entre parricidio y asesinato (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, 29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987)*, en MIR PUIG y otros autores, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, p. 174 y nota 19; aquí MIR PUIG desarrolla su postura y afirma claramente que la situación característica del concurso ideal, como la del concurso de leyes, consiste en que el hecho realiza más de una figura de delito, distinguiéndose ambas en que en el concurso ideal de delitos ninguna de las figuras delictivas concurrentes es suficiente por sí sola para abarcar todos los aspectos del desvalor del hecho. En el concurso de leyes la duplicidad de figuras delictivas supone un *bis in idem*, y ésta es la razón profunda (de rango constitucional, según la concepción del principio *non bis in idem* mantenida por el Tribunal Constitucional) por la que no pueden aplicarse a la vez y es preciso elegir una y desplazar la otra. Si no existe *bis in idem*, la pluralidad normativa deberá prosperar. Es lo que ocurre en el concurso ideal. Según MIR PUIG, este planteamiento permite explicar satisfactoriamente que la ley *desplazada* pueda tener efecto en algún caso, como cuando se deroga la ley preferente y no aquella otra, o para imponer un límite mínimo de pena superior al mínimo de la ley preferente, cuando sea más elevado que éste el límite mínimo de la pena prevista por la ley desplazada. Cfr. JESCHECK, *Tratado*, cit., pp. 1033-1034; JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., pp. 1048-1150; CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO-DEL TORO MARZAL-CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Barcelona, 1972, pp. 326 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª Ed., Madrid, 1990, pp. 273 y ss.; VIVES

(65). La decisión de cuándo existe un concurso de leyes y no un concurso de delitos, así como, en su caso, la cuestión de qué norma es preferente y cuál debe quedar desplazada, dependen de la interpretación de las distintas normas penales en juego. Pero existen distintos principios, que la doctrina ha ido elaborando y el Código Penal de 1995 recoge en su artículo 8, para orientar dicha interpretación y que resultan válidos a condición de que se admita que no suelen ofrecer soluciones automáticas (66).

---

ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia, 1981, p. 8; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 134; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 127, 142, 191-192; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, cit., pp. 33 y ss., 184-186, resumiendo el concepto de concurso de leyes que considera correcto y distinguiéndolo del concurso de delitos; ABELS, *Die «Klarstellungsfunktion» der Idealkonkurrenz*, Margburg, 1991, pp. 17 y ss.; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, cit., pp. 408, 414; DELGADO GARCÍA, *Los concursos en el Derecho Penal*, en La Ley, 7 de febrero de 1996, pp. 1 y ss.; CID MOLINÉ, *Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos*, en ADPCP 1994, pp. 29 y ss.; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*» cit., pp. 45-52, 93 y ss. (ocupándose de la concurrencia formal de normas aplicables como primer requisito del concurso de leyes), 143 y ss. (estudiando las diversas posturas sobre la exigencia de unidad de acción o hecho en el concurso de leyes), 185 y ss. (estudiando las diversas opiniones doctrinales sobre los efectos del precepto desplazado); KLUG, *Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz*, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 68 (1956), pp. 399 y ss.; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.ª Ed., Berlin-New York, 1988, pp. 387 y ss.; PUPPE, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (en adelante, NK), Baden-Baden, 1995, núms. marg. 7 y ss. antes del § 52.

(65) Es importante recordar las múltiples implicaciones de la apreciación de un concurso de leyes. En efecto, como recuerda GARCÍA ALBERO («*Non Bis in Idem*», cit., p. 102), en el concurso de leyes no sólo aparece implicada la cuestión relativa al desplazamiento de una de las normas concurrentes, sino también y de modo principal, la que concierne a la posibilidad de fundamentar la responsabilidad del autor que yerra -o supone erróneamente- sobre la concurrencia de un elemento del tipo especial o interferente. Problema que se extiende, a su vez, al tratamiento del error en el partícipe, así como de las hipótesis de incongruencia entre la resolución provocada por el inductor y lo objetivamente realizado por el autor—supuestos en los que el autor es un «minus facturus et minus faciens» o bien un «plus facturus et plus faciens»—. Sobre estas cuestiones, vid. GARCÍA ALBERO, loc. cit., pp. 102-112; DE VICENTE REMENSAL, *Violación-estupro: error sobre la edad de doce años*, en Cuadernos de Política criminal (CPC) núm. 28 (1986), pp. 75 y ss.; EL MISMO, *Error sobre la edad y error sobre otros elementos típicos en los delitos contra la honestidad: exposición y crítica de la posición jurisprudencial*, en Poder Judicial (PJ) núm. 8 (1987), pp. 75 y ss.; SÁNCHEZ TOMÁS, *Relaciones normativas de exclusión formal y de especialidad: La problemática del error sobre elementos que agravan la pena a través del ejemplo del error sobre la edad de doce años (violación-estupro)*, en ADPCP 1993, pp. 679 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes*, cit., pp. 77 y ss. (ocupándose de la problemática del error), 153 y ss. (ocupándose de las relaciones entre el concurso de leyes y la teoría de la participación para defender la naturaleza estrictamente personal de aquél); BALDÓ LAVILLA, *Algunos aspectos conceptuales de la inducción*, cit., pp. 89 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «*Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Peñaranda Ramos)*», en ADPCP 1992, pp. 833 y ss.

(66) Así MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 737. Vid. también, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal Parte General*, 1.ª reimpresión, Madrid, 1978, p. 115; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 119, 245 y 251-252; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., pp. 45-46 (donde señala que los límites al desarrollo dogmático del concurso de leyes se ponen de manifiesto cuando de consuno se admite la pertenencia sistemática del problema a la teoría de la interpretación y aplicación de la ley penal), pp. 139-141. CUELLO CONTRERAS, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos*:

Tales principios (67) son el de especialidad (artículo 8 regla primera CP 1995) (68), subsidiariedad (artículo 8 regla segunda CP 1995) (69), concurrencia (artículo 8 regla tercera CP 1995) (70) y, para algunos autores, el de alternatividad (71).

---

*El delito «sui generis»*, en ADPCP 1978, pp. 67-69, 78, 94-95; EL MISMO, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal*, en ADPCP 1979, pp. 458-459, 463-464.

(67) Vid. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., pp. 133-134; consideran estos autores que el llamado concurso de Leyes penales se limita al análisis particularizado del modo de operar del principio de especialidad, en el sentido de la teoría general del Derecho (esto es, en sentido valorativo). Según ellos, el principio *générico* de especialidad, mediante el que ha de resolverse el conflicto de Leyes, se desglosa en una serie de reglas diferentes, cuyo fundamento valorativo es, sin embargo, idéntico: en caso de conflicto, la norma que se ajusta más exactamente al supuesto de hecho expresa de modo más completo la valoración que del mismo efectúa el ordenamiento jurídico y prevalece sobre la que lo contempla de manera más vaga y abstracta. Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 1050 y ss., este autor considera que es posible designar a todos los supuestos de concurso de leyes como de especialidad, aunque luego distingue distintos grupos de casos dentro de ésta; KLUG, ZStW (68) 1956, pp. 412, 414; HRUSCHKA, *Strafrecht*, cit., p. 393-394, estos dos autores limitan el concepto de concurso de leyes a las situaciones lógicas de interferencia y subordinación y entienden que sólo existen dos categorías de concurrencia de leyes: especialidad y subordinación, las cuales, desde un punto de vista lógico, tienen el mismo rango; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 121-122; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., pp. 46-47, donde este autor señala que, salvo excepciones poco representativas, la «cantidad» de principios utilizados por los diversos autores poco dice acerca de la configuración conceptual y sistemática del concurso de leyes, y mucho menos condiciona la solución de los distintos casos.

(68) Artículo 8 regla primera CP 1995: «El precepto especial se aplicará con preferencia al general».

(69) Artículo 8 regla segunda CP 1995: «El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible».

La regla cuarta del artículo 8 CP 1995 («En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor»), cuyo contenido es similar al del artículo 68 CP 1973 («Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos»), puede plantear, como éste, problemas en cuanto a su interpretación. Según MIR PUIG (*Derecho Penal*, cit., p. 739), el artículo 68 CP 1973 contenía una fórmula general de subsidiariedad, aunque su ámbito de aplicación, como establece expresamente el actual artículo 8 regla cuarta CP 1995, debía restringirse a los casos en que algún otro principio no conduzca a la aplicación de una ley más benigna. Vid. también, en sentido similar, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN (*Derecho Penal*, cit., pp. 137-138), que hablan de «subsidiariedad o concurrencia relativas o impropias»; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 192-195; EL MISMO, *Alternatividad de leyes penales*, en Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor, Santiago de Compostela, 1989, pp. 669-671; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, 1992, pp. 213 y ss., GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1990, p. 438. Cfr. BACIGALUPO, *Principios*, cit., pp. 274-275, 278, 285.

(70) Artículo 8 regla tercera CP 1995: «El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél».

(71) Sobre el principio de alternatividad, vid. MIR PUIG, *Sobre la relación entre parricidio y asesinato*, cit., p. 177; según este autor, la doctrina dominante ha llegado a la conclusión de que en estos casos no se da una verdadera situación de concurso de leyes, puesto que el hecho no es ya subsumible en ambas normas y éstas, por tanto, no lle-

Partiendo de la afirmación de que el supuesto de hecho que nos ocupa representa un solo hecho subsumible en el delito de homicidio intentado y en el de lesiones dolosas consumadas, pero que basta con la apreciación de uno de ambos delitos para aprehender todo su desvalor, veamos con arreglo a cuál de los principios acabados de citar podemos determinar el delito que resulta aplicable y argumentar el desplazamiento del otro delito. Empecemos con el *principio de especialidad*: un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por este segundo, algún otro presupuesto adicional. Todo hecho que realiza el precepto especial realiza necesariamente el tenor literal del general, pero no todo hecho que infringe el precepto general realiza el tenor literal del especial (72). No es posible afirmar que el homicidio intentado es un precepto especial respecto de las lesiones consumadas porque no todo homicidio intentado supone necesariamente la realización de unas lesiones dolosas consumadas. Tampoco puede afirmarse que las lesiones consumadas supongan necesariamente la realización de un homicidio intentado. El *principio de subsidiariedad* interviene cuando un precepto penal sólo pretende regir en el caso de que no entre en juego otro precepto penal. El primer precepto es entonces subsidiario respecto del segundo y queda desplazado cuando éste aparece. La subsidiariedad puede ser expresa o tácita, según que se halle prevista expresamente por la misma ley o deba deducirse de su sentido. La subsidiariedad tácita debe admitirse cuando la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado en el caso de que concurra otra posible calificación más grave del hecho, por constituir ésta una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico (73). La afirmación de una relación de

---

gan a entrar en colisión. Vid. también COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., pp. 140-141, nota 38; según estos autores, sólo cabe otorgar una función sustantiva a la alternatividad en el ámbito de las denominadas «leyes mixtas», cuyo presupuesto puede integrarse de diversos modos; JESCHECK, *Tratado*, cit., p. 1036; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 126-127, 194-195; EL MISMO, *Alternatividad de leyes penales*, cit., pp. 663 y ss., exponiendo los diversos conceptos de alternatividad y la polémica sobre la decisión de cuál es la ley efectivamente aplicable en estos supuestos, optando, finalmente, por negar espacio lógico para dicho principio en la solución de los concursos normativos; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., pp. 94-97 (refiriéndose a la alternatividad en el sentido de exclusión formal), 401 y ss. (ocupándose ampliamente del principio de alternatividad como criterio de solución del concurso de leyes y de su relación con el artículo 68 CP 1973). Cfr. GIMBERNAT ORDEIG ADPCP, 1990, pp. 436 y ss.; QUINTERO OLIVARES-MORALES PRATS-PRATS CANUT, *Curso*, cit., pp. 579-580; estos últimos autores consideran que la regla cuarta del artículo 8 CP 1995 plasma el principio de alternatividad.

(72) Así MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 738. Vid. también COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., pp. 134-135; JESCHECK, *Tratado*, cit., p. 1035-1036; PEÑARANDA RAMOS *Concurso de leyes*, cit., pp. 35-39; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 122-123, 192. Ampliamente, GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., pp. 321-333.

(73) Así MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 738-739. Vid. también SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 123-125, 193, 194; JESCHECK, *Tratado*, cit., pp. 1036-1037, quien afirma (p. 1037) que el precepto penal subsidiario solamente debe retroceder

subsidiariedad tácita entre el homicidio intentado (precepto desplazante) y el delito doloso consumado de lesiones (precepto subsidiario y desplazado) tropieza con una doble dificultad; por una parte, no siempre podrá afirmarse la posibilidad de que el homicidio intentado dé lugar a una calificación más grave que la de las lesiones dolosas consumadas (74) y, por otra parte, resulta difícil mantener que el homicidio intentado constituye una forma de ataque más grave y acabada que la que constituye un delito consumado de lesiones, respecto del mismo bien jurídico (75). Dificultades semejantes se nos presentan si pretendemos afirmar una relación de subsidiariedad tácita entre las lesiones dolosas consumadas (precepto desplazante) y el homicidio intentado (precepto subsidiario y desplazado). Tales dificultades nos aconsejan descartar la posibilidad de una relación de subsidiariedad y comprobar si la solución a nuestro hipotético concurso de leyes encuentra una fundamentación más fácil y sólida con arreglo a otro principio (76). El *principio de consunción* conduce a afirmar que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye ya el desvalor que éste supone, por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad (77). La regla tercera del artículo 8 CP 1995 se refiere, en estos supuestos, a que el precepto desplazante será aquél que sea más amplio o

---

ante una ley que abarque acciones dotadas de una misma dirección de ataque criminal puesto que éste es el fundamento interno de la preferencia de la ley primariamente aplicable. Ampliamente, GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 333 y ss. Cfr. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 135.

(74) Cfr. los marcos penales del homicidio intentado y de las lesiones consumadas del artículo 149 CP 1995.

(75) Sí existe un concurso de leyes entre la tentativa y la consumación de un delito contra la vida cuando la consumación se produce tras un primer intento fallido. Así MIR PUIG, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 739, nota 50. Vid. también GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 129-133, 345-351.

(76) Con independencia de la problemática sobre si la situación de alternativa representa o no un supuesto de concurso de leyes y sobre la determinación de la ley efectivamente aplicable, entendemos que en los casos que son objeto de nuestro comentario no existe tal situación, pues en ellos, siguiendo la explicación de MIR PUIG (*Sobre la relación entre parricidio y asesinato*, *cit.*, p. 177), los sectores diferenciales de los dos delitos concurrentes sí pueden realizarse por un mismo hecho, por lo que no son incompatibles; en otras palabras, siguiendo ahora la definición que da GIMBERNAT ORDEIG (ADPCP, 1990, p. 437) sobre la situación de alternativa: en los casos que son objeto de nuestro comentario las dos calificaciones en concurso (homicidio intentado y lesiones dolosas consumadas) no abarcan exhaustivamente todos los datos jurídicopenalmente relevantes, sino aspectos diferentes de la conducta.

(77) Así MIR PUIG, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 740. Vid. también JESCHECK, *Tratado*, *cit.*, p. 1038 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, *cit.*, pp. 1061 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, *cit.*, pp. 135-137; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, *cit.*, pp. 125-126, 192-193, 194; CID MOLINÉ, ADPCP, 1994, pp. 45-47, 57-60. Ampliamente, GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 382 y ss. Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, *cit.*, p. 330; HRUSCHKA, *Strafrecht*, *cit.*, pp. 392-393, KLUG, ZStW 68 (1956), 414-415, estos autores niegan autonomía al principio de consunción frente al de subsidiariedad.

complejo (78). La doctrina trata de precisar más los supuestos en que puede operar la idea de consunción incluyendo dos grupos de casos: a) los actos posteriores impunes o, mejor, co-penados (79); b) los supuestos en los que un hecho acompaña normalmente a otro. Aquí no llega a suceder, como en la especialidad, que el hecho necesariamente realiza la descripción típica de varios preceptos, pero sí que normalmente la realización de un supuesto de hecho típico conlleva la de otro. Por esta razón, se parte de que el legislador ha de haberlo previsto al fijar la pena del delito que normalmente supone el hecho acompañante. Un sector de la doctrina admite la consunción aunque la *lex consumens* no señale una pena esencialmente superior a las de los demás preceptos en juego (80). Hemos afirmado repetidamente que la realización de un homicidio intentado no supone necesariamente la existencia de unas lesiones dolosas consumadas. No obstante, la realización dolosa de una conducta *ex ante* peligrosa para la vida, que crea un riesgo para ésta que no se realiza en el resultado, sí que comporta la creación dolosa de un riesgo para la integridad corporal o la salud que, en muchas ocasiones, se realiza de forma objetiva y subjetivamente imputable en un resultado de lesiones. En este sentido, podría afirmarse que, *cuando existe identidad entre el sujeto pasivo del homicidio intentado y el de las lesiones consumadas, el delito que tenga señalada una pena más grave desplaza al delito que tenga señalada la pena menos grave porque es «más amplio o complejo» y, por sí solo, ya incluye (consume) el desvalor de este último*. Entendemos que esta afirmación requiere tres aclaraciones. Primera: cuando el homicidio intentado tenga señalada una pena más grave que las lesiones que se hayan producido en el caso concreto, afirmar la existencia de un concurso de leyes y mantener que el desvalor del homicidio intentado abarca el desvalor de las lesiones dolosas consumadas, no supone ignorar que los bienes jurídicos que se protegen en los delitos contra la vida y en los delitos de lesiones son bienes jurídicos distintos. Esto no es incompatible con el hecho de que la lesión del bien jurídico vida requiere

---

(78) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN (*Derecho Penal, cit.*, p. 136) consideran imperfecta la fórmula empleada en los proyectos de Código Penal para referirse al principio de consunción, muy similar a la del actual artículo 8 CP 1995.

(79) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN (*Derecho Penal, cit.*, pp. 602-603, nota 4) consideran como un supuesto de acto co-penado (concurso de leyes) los casos en los que se causan lesiones para producir la muerte, si ésta efectivamente se produce, pues el delito de lesiones no será sino un episodio sin sustantividad propia frente al homicidio. Según estos autores, la voluntad de producir la muerte, que acompaña a las lesiones dolosas, transmuta el injusto de la actuación lesiva, en la que, *sobre el daño causado a la salud, prevalece el peligro para la vida* que, una vez ocasionada la muerte, queda absorbido por la lesión (la cursiva es nuestra). En la postura de estos autores está claro que en el caso de que el homicidio se consume, éste absorbe a la tentativa de homicidio, pero parece que, a su vez, *el peligro dolosamente creado para la vida* (tentativa de homicidio) ya absorbe (prevalece sobre) los daños causados a la salud (lesiones consumadas), por lo que también existiría un concurso de leyes aunque la muerte no llegara a producirse.

(80) Igual que en el texto, MIR PUIG, *Derecho Penal, cit.*, pp. 740-741.

que previamente se haya lesionado la integridad corporal o la salud del sujeto pasivo (81), ni tampoco con el hecho de que *los delitos dolosos contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución dan lugar, normalmente, a unas lesiones dolosas consumadas*, las cuales pueden considerarse como el resultado de la puesta en peligro de la vida (82). En otras palabras: si se afirma la existencia de un concurso de leyes sobre la base del principio de consunción, *las concretas lesiones dolosas consumadas efectivamente producidas tendrán el significado penal (83) de una puesta en peligro dolosa de la vida*, y no de un (mero) menoscabo a la integridad corporal o a la salud del sujeto pasivo (84). Segunda aclaración: afirmar la existencia de un concurso de leyes y la aplicación exclusiva del precepto que sanciona el homicidio intentado, porque el

---

(81) Sobre la relación entre los denominados «Durchgangsdelikte» (término que se ha vertido al castellano como «delitos de paso» o «delitos de tránsito») y el concurso de leyes (principio de subsidiariedad), vid. JESCHECK, *Tratado*, cit., p. 1037, quien pone como ejemplo de delito cuya naturaleza exige que se recorran varios tipos al homicidio respecto de las lesiones corporales. GARCÍA ALBERO («*Non Bis in Idem*», cit., p. 365) considera que en los casos de homicidio o asesinato intentado o frustrado que comporta la efectiva realización de unas lesiones más o menos graves, estructuralmente puede afirmarse la existencia de una tentativa cualificada en unidad de hecho con su «delito de tránsito» consumado.

Sin embargo, debemos advertir que algunos autores relacionan los «Durchgangsdelikte» con el concepto de actos anteriores co-penados o impunes, cuya ubicación entre los supuestos de concurso de leyes y los principios que en esta institución operan es, a su vez, polémica. Vid. STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.<sup>a</sup> Ed., München, 1991, núms. margs. 119 y ss., antes del § 52; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., pp. 143-146, 167 y ss.; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 124-125.

(82) Así, al menos, en los supuestos en los que las lesiones puedan calificarse de potencialmente mortales.

GARCÍA ALBERO («*Non Bis in Idem*», cit., pp. 129-130, 345-351) destaca la dificultad de incardinar conceptualmente en los dominios de la «unidad natural de acción en sentido amplio» o en el del genuino concurso de leyes, las situaciones en las que las sucesivas tentativas fallidas en unidad de contexto *previas a la consumación* colman, respectivamente, los requisitos de un delito de lesiones. Considera el citado autor que en estas situaciones el criterio de la mera intensificación cuantitativa de lo injusto resulta decisivo no sólo para considerar el complejo fáctico como unitario desde el punto de vista del delito consumado, sino también para explicar que la sucesión de tentativas suponen un mero *plus* —que no un *aliud*— del peligro para el bien jurídico.

(83) Para determinar el significado penal de un hecho puede acudir a la valoración social del mismo como criterio complementario a los criterios estrictamente jurídicos. Así ocurre, por ejemplo, con la categoría del comportamiento humano, la imputación objetiva (riesgo permitido), la adecuación social, la admisión de la comisión por omisión en los casos en los que no está expresamente prevista en algún precepto de la parte especial, los supuestos de la denominada «unidad natural de acción».

(84) Considerar que, en los supuestos en los que se produce una puesta en peligro dolosa de la vida, las lesiones que la acompañan tienen el significado penal de dicha puesta en peligro, no supone afirmar que todo delito doloso y consumado de lesiones tenga este significado. Naturalmente, cuando se produzcan unas lesiones dolosas consumadas que no acompañan a un homicidio intentado, tales lesiones sólo tendrán el significado penal de menoscabo a la integridad corporal o a la salud física o mental del sujeto pasivo.

desvalor del mismo abarca el desvalor de las lesiones dolosas consumadas, no puede llevar a ignorar la diferencia valorativa existente entre estos supuestos y aquéllos en los que el homicidio intentado no ha producido lesión alguna, ni la diferencia valorativa que puede existir en función de la diversa gravedad de las lesiones que pueden producirse. Como ya hemos afirmado anteriormente, existe una diferencia valorativa entre los supuestos en los que el homicidio intentado no produce lesión alguna en el sujeto pasivo y aquéllos en los que sí las produce, pero también existe una diferencia valorativa entre, por ejemplo, los supuestos en los que las lesiones no consisten en la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro y aquellos supuestos en los que sí se ha producido tal pérdida o inutilidad. Estas diferencias valorativas pueden y deben reflejarse en el momento de determinación de la pena del homicidio intentado. Para ello existen tres vías posibles: Por una parte, la vía que ofrece el tenor literal del artículo 62 CP 1995: «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la *pena inferior en uno o dos grados* a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, *atendiendo al peligro inherente del intento* y al grado de ejecución alcanzado» (85). Esta vía resulta perfectamente coherente con el significado penal que hemos atribuido unas líneas más arriba a las lesiones dolosas consumadas en los supuestos de homicidio intentado. Una segunda vía la proporciona el artículo 66 CP en el momento de concreción del marco penal (86). Finalmente, una última vía la ofrecería, en su caso, el principio de combinación. Según este principio, en los supuestos en los que existe un concurso de leyes el precepto desplazado sigue desplegando ciertos efectos. Así, cuando el límite mínimo de la pena señalada por el precepto desplazado es superior al del precepto desplazante (más grave en su límite máximo), no podrá imponerse una pena inferior a la permitida por el precepto desplazado, pues se considera absurdo que la aplicación del precepto más grave pudiera conducir a una pena inferior a la del menos grave. También se tiene en cuenta el precepto desplazado si señala ciertas consecuencias accesorias o medidas no previstas por el precepto desplazante en principio más grave. Por último se tiene en cuenta el precepto desplazado para agravar la pena del delito

---

(85) Al ocuparse de las hipótesis de realización iterativa del tipo, GARCÍA ALBERO («*Non Bis in Idem*», *cit.*, p. 124, nota 111) reconoce expresamente que la puesta en peligro del bien jurídico vida permite una cuantificación en términos de mayor a menor intensidad.

(86) Sin perjuicio de lo fructífero de las dos vías acabadas de señalar, en su utilización debe también tenerse presente que, como apunta GARCÍA ALBERO («*Non Bis in Idem*», *cit.*, p. 192), la relevancia en sede de concreción de pena de algún elemento del delito preterido, explícita o implícitamente no contemplado por el prevalente, cuestiona fundamentalmente la presencia del concurso de leyes, mostrándose como remedio a una generosa apreciación del instituto. Cfr. BACIGALUPO, *Principios*, *cit.*, p. 277. Sobre el principio de prohibición de doble valoración en la individualización judicial de la pena, vid. GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 246 y ss.

estimado (87). Tercera aclaración: cuando el delito que tenga señalada pena más grave sea un delito de lesiones (88), considerar que existe un concurso de leyes y que las lesiones desplazan al homicidio intentado porque por sí solas ya abarcan el desvalor total del hecho, no puede llevar a dejar de reflejar la puesta en peligro de la vida en el momento de determinación de la pena. En España, RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, han defendido la existencia de un concurso de leyes entre el homicidio intentado o frustrado y las lesiones (89). MUÑOZ CONDE (90) se ha pronunciado expresamente a favor de la tesis del concurso de leyes cuando las lesiones consumadas merecieran una pena superior a la del homicidio frustrado (91).

---

(87) En el sentido del texto MIR PUIG, *Derecho Penal, cit.*, p. 737. Según este autor, en España sólo se ha planteado la posibilidad de que el precepto desplazado vuelva a ser aplicable si el preferente deja de serlo y, según él, esto es lo que sucede en los casos de tentativa cualificada. Vid. también MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, Barcelona, 1981, pp. 1041-1042, donde afirma que ni la jurisprudencia ni la doctrina españolas acogen la consideración del precepto o preceptos desplazados en la determinación de la pena, y considera que esto se debe probablemente a que el Código Penal español no prevé, como el StGB, casos de delitos más graves en cuanto a su límite penal máximo que a la vez tengan un límite mínimo más leve que otros de máximo menos elevado, y viceversa. Sin embargo, MIR PUIG ya advertía que la nueva técnica de fijación de penalidades adoptada por el Proyecto de 1980 podía dar lugar a las situaciones aludidas.

Vid. también, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos, cit.*, pp. 33, 91, 127 y 143-144, 191, 248, este autor se muestra contrario a la aplicación de, al menos, alguno de los efectos del principio de combinación en el ámbito del concurso de leyes; PEÑARANDA RAMOS *Concurso de leyes, cit.*, pp. 54 y ss.; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos, cit.*, pp. 217 y ss., muy crítico con la posibilidad de aplicar el principio de combinación en el ámbito del artículo 68 CP 1973; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 185 y ss., en concreto, sobre la teoría de la combinación, vid. pp. 188 y ss. Especialmente aguda y acertada es la observación de este autor cuando afirma que subsidiariedad y consunción se configuran conceptualmente como supuestos de concurso de leyes, pero materialmente se comportan como auténtico concurso ideal de delitos. Vid. también CUELLO CONTRERAS, *ADPCP* 1979, pp. 469-470.

En la jurisprudencia española, la STS de 6 de abril de 1988, en un supuesto en el que era de aplicación el artículo 68 CP, aplicó el efecto de cierre del tipo más benigno, reconociendo su eficacia tanto en los casos de concurso ideal como de concurso de leyes. Vid. el comentario a esta sentencia de GONZÁLEZ PULIDO, *El «efecto de cierre» en el concurso aparente de normas penales y en el concurso ideal de delitos: su trascendencia respecto de los delitos cualificados por el resultado* en PJ núm. 14 (1989), pp. 191-195.

Sobre el tratamiento del concurso de leyes en Alemania y la teoría de la combinación. vid. JESCHECK, *Tratado, cit.*, p. 1040-1041, quien reconoce que, de este modo, el tratamiento del concurso de leyes es muy similar al que recibe en Alemania el concurso ideal de delitos.

(88) Esto sucederá cuando se hayan producido las lesiones castigadas en el artículo 149 CP 1995.

(89) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, cit.*, pp. 44 (afirmando una relación de subsidiariedad tácita), 154 (afirmando una relación de consunción).

(90) Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, cit.*, p. 38.

(91) Debe apuntarse aquí que con anterioridad a la Reforma de 1989 y decisivamente influidos por el tenor literal del artículo 421 CP entonces vigente, algunos autores afirmaron una relación de exclusión entre el homicidio intentado o frustrado punible y las lesiones consumadas. Así, JASO ROLDÁN (*Derecho Penal, cit.*, p. 255), DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO (*Derecho Penal, cit.*, pp. 449-450); QUINTANO RIPOLLÉS,

En la doctrina alemana, JAKOBS considera las lesiones de los §§ 222 y 223a StGB como hecho concomitante («Begleitatt») que queda desplazado, aunque el concurso de leyes está en estos supuestos cuantitativamente limitado, en el sentido de que existirá un concurso de delitos cuando las lesiones se aparten del supuesto normal de homicidio —determinado éste de modo amplio— por suponer una cantidad excesivamente elevada de malos tratos o daños a la salud (92). Según JAKOBS esto vale tanto para el homicidio consumado como para el intentado (93). HORN opina que en todos los supuestos de homicidio intentado con lesiones dolosas consumadas debe apreciarse un concurso de leyes, existiendo una relación de subsidiariedad (94). HIRSCH también afirma la existencia de un concurso de leyes entre el homicidio intentado y las lesiones de los §§ 223, 223a, 224 e, incluso, del § 225 (95). También aceptan la tesis del concurso de leyes GÖSSEL (96), ARZT (97), BLEI (98) y GERKE (99). Debe advertirse, no obstante, que las afirmaciones de JAKOBS, HORN y HIRSCH se basan en un argumento que no es posible utilizar en el Derecho Penal español; a diferencia de éste, en el Derecho Penal alemán el § 23.2 StGB establece la atenuación de la tentativa con carácter facultativo. Este dato permite a los autores citados mantener que la pena de un delito intentado puede abarcar tan intensamente el contenido de injusto de un hecho como la pena del delito consumado y, por esta razón, posee la misma fuerza que éste para desplazar otros delitos en concurso de leyes (100), (101).

---

(*Tratado, cit.*, 694-695, 729); este autor niega expresamente la posibilidad de un concurso ideal entre homicidio frustrado y lesiones consumadas (*loc. cit.*, p. 104). Vid. también, CUELLO CONTRERAS, ADPCP 1978, pp. 79-81 y nota 131, que ubicaba esta problemática en el antiguo artículo 50 párrafo segundo.

(92) Vid. JAKOBS, *Derecho Penal, cit.*, pp. 1063-1064.

(93) Vid. JAKOBS, *Derecho Penal, cit.*, p. 1069.

(94) Vid. HORN, *SK, cit.*, núm. marg. 32 § 212.

(95) Vid. HIRSCH, *LK, cit.*, núm. marg. 18 antes del § 223.

(96) Vid. GÖSSEL, *Strafrecht, cit.*, p. 174; según este autor, la jurisprudencia sería acorde con lo siguiente: toda lesión es también una puesta en peligro abstracta de la vida y queda desplazada por el homicidio en base a la subsidiariedad.

(97) Vid. ARZT/WEBER, *Strafrecht, cit.*, p. 92.

(98) Vid. BLEI, *Strafrecht, cit.*, pp. 18-19.

(99) Vid. GERKE, *Strafrecht, Köln, 1995*, p. 125.

(100) HIRSCH (*LK, cit.*, núm. marg. 18 antes del § 223) afirma, además, que la apreciación de un concurso ideal supone una inadmisibles doble valoración tanto del dolo de lesionar, como de la vertiente objetiva de las lesiones, que representan un tránsito hacia la lesión de la vida, pues todos los grados de realización que recorre una acción ejecutiva de homicidio en el camino hacia la consumación quedan abarcados por el contenido de injusto de la tentativa de homicidio y son tenidos en cuenta en la determinación de la pena de ésta.

(101) En la doctrina española, algunos autores entienden que podría ser satisfactorio introducir en el Código Penal un sistema de atenuación simplemente facultativa —y no obligatoria— para la frustración (o la tentativa acabada). Vid. SILVA SÁNCHEZ y MELERO MERINO, *Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta*, en *Actualidad Penal (AP) 1995*, p. 171, nota 35.

## 7. LA TESIS DEL CONCURSO IDEAL DE DELITOS ENTRE EL HOMICIDIO INTENTADO Y LAS LESIONES CONSUMADAS

Hay concurso ideal cuando un solo hecho constituye dos o más delitos (102). Confrontando este concepto con el del concurso de leyes podemos concluir que en los supuestos de concurso ideal de delitos se hace necesaria la aplicación de todos los delitos efectivamente concurrentes porque es la única manera de aprehender todo el desvalor del hecho: sólo aplicando todas las leyes infringidas se consigue aprehender el contenido total de injusto (103). En este sentido, para defender la tesis del

---

(102) El artículo 77.1 CP 1995 se refiere a esta clase de concurso: «Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra».

El artículo 77.2 regula sus consecuencias jurídicas: «En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones».

Consideramos que carece de relevancia para la teoría de los concursos el hecho de que el nuevo Código Penal se refiera a «dos o más infracciones» en lugar de la expresión utilizada por la legislación anterior: «dos o más delitos». La modificación sólo pretende aclarar expresamente la posibilidad de que concurren idealmente un delito y una falta, o dos faltas. En este sentido, para el concurso real de delitos, el artículo 73 CP 1995, como el artículo 69 CP 1973, se refiere primero al responsable de «dos o más delitos o faltas» y, posteriormente, a «las penas correspondientes a las diversas infracciones». Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 734; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., p. 211; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos*, cit., pp. 185-189; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 591.

De todos modos, creemos oportuno señalar que la referencia del artículo 71 CP 1973 a «dos o más delitos» imposibilitaba que en España se planteara la polémica entablada entre la teoría de la unidad y la de la pluralidad. Sobre esta polémica, vid. MIR PUIG, *Adiciones*, cit., p. 1021; SANZ MORÁN, *loc. cit.*, pp. 144-145, 210-211; JESCHECK, *Tratado*, cit., p. 1012, donde afirma que aquella polémica afecta a una cuestión constructiva carente de significación práctica. Cfr. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 604, nota 30.

Sobre los antecedentes histórico-legislativos de la regulación del concurso de delitos en el Ordenamiento jurídico español, vid. SANZ MORÁN, *loc. cit.*, pp. 173 y ss.

(103) Como afirma JESCHECK (*Tratado*, cit., p. 1011), lo esencial del concurso ideal de delitos es que han de tomarse en consideración o bien una pluralidad de tipos o bien la repetición del mismo tipo para caracterizar el contenido de injusto del hecho en todas direcciones. La diferencia entre el concurso ideal de delitos y el concurso de leyes queda perfectamente expresada en las siguientes palabras de MIR PUIG (*Sobre la relación entre parricidio y asesinato*, cit., p. 176): Podría decirse que el concurso ideal es un concurso de leyes efectivamente aplicables, mientras que el concurso de normas lo es de preceptos de los que sólo cabe aplicar uno. Para JAKOBS (*Derecho Penal*, cit., p. 1074), mientras que en el concurso de leyes únicamente concurren formulaciones legales («Gesetzformulierungen»), en el concurso de delitos se trata de la concurrencia de las propias leyes («Die Konkurrenz von Gesetzen selbst»). Sobre el concurso ideal, vid., ampliamente, ABELS, *Die «Klarstellungsfunktion»*, cit., pp. 7 y ss.; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 143 y ss., 210-216; VIVES ANTÓN, *La estructura*, cit., pp. 16 y ss. CID MOLINÉ, ADPCP 1994, pp. 29 y ss., CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, cit., pp. 350 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, 3.<sup>a</sup> Ed., Madrid, 1990, pp. 271-272.

concurso ideal de delitos entre el homicidio intentado y las lesiones consumadas debe partirse de que la aplicación exclusiva del delito que tenga señalada la pena más grave no abarca todo el contenido de injusto del hecho (104). Cuando el delito que tenga señalada una pena más grave sea el homicidio intentado, *no es posible mantener que un delito intentado abarque el desvalor de un delito consumado* (105), *al menos en un caso como el que nos ocupa, teniendo en cuenta que son distintos los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la vida y en los delitos de lesiones* (106). El hecho de que en muchas de las ocasiones en las que se realiza un homicidio intentado se produzcan también unas lesiones dolosas consumadas no permite afirmar que éstas queden abarcadas por aquél, especialmente en los supuestos en los que las lesiones que se han producido no pueden considerarse como potencialmente mortales (107). Además, las lesiones que se hayan producido pueden tener una gravedad muy diversa. Por esta razón, entender que el contenido de injusto del homicidio intentado abarca siempre el desvalor de las lesiones, impide diferenciar suficientemente en función de la diversa gravedad de éstas (108).

---

Sobre la relación entre el fundamento del concurso ideal de delitos y el principio de prohibición de doble valoración, vid. PUPPE, *NK*, *cit.*, núms. margs. 5 y 6 antes del § 52; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 261 y ss.; CUERDA RIEZU, ADPCP 1991, pp. 849-850.

Sobre el desarrollo histórico de la teoría del concurso de delitos y la regulación de esta institución en el Derecho comparado, vid., ampliamente, SANZ MORÁN, *loc. cit.*, pp. 39 y ss.

(104) Vid. GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, p. 192 y nota 30.

(105) Vid. *supra* nota 56.

Como señala GARCÍA ALBERO («*Non Bis in Idem*», *cit.*, p. 198), la apreciación de un concurso de leyes entre la tentativa del delito cualificado y el delito base consumado responde a un prejuicio: el de que la cuestión relativa al concurso de leyes entre dos supuestos de hecho penales ha de ser respondida de la misma forma tanto en caso de consumación cuanto de tentativa del hecho.

Vid. también, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, *cit.*, p. 272, afirmando la posibilidad de un concurso ideal entre el asesinato frustrado y el homicidio consumado; SILVA SÁNCHEZ y MELERO MERINO, AP 1995, pp. 170-171, afirmando la posibilidad de un concurso ideal entre las lesiones frustradas del artículo 421.1.ª 6 del 420 CP 1973 y las consumadas del artículo 582 CP 1995; ESER, *Strafgesetzbuch*, *cit.*, núm. marg. 23 § 212; PUPPE, *NK*, *cit.*, núm. marg. 14 previo al § 52; VOGLER, *Funktion und Grenzen*, *cit.*, pp. 725-726; este autor afirma expresamente que el tipo del homicidio intentado no agota el contenido de injusto del suceso en toda su extensión.

(106) Cuando el delito que tiene señalada la pena más grave es el de lesiones, entendemos que la diferencia de bienes jurídicos es decisiva para negar que las lesiones dolosas consumadas puedan abarcar el desvalor de la puesta en peligro dolosa de la vida.

(107) En un sentido similar, al ocuparse de los supuestos de concurso de leyes (principio de consunción), señala JESCHECK (*Tratado*, *cit.*, pp. 1039-1040) que la idea de consunción del hecho acompañante no puede aplicarse cuando el delito accesorio se aparta del curso normal y manifiesta un contenido de injusto propio.

(108) Como afirma JOSHI JUBERT (ADPCP, 1992, p. 618), no hay que olvidar que lo que la teoría del concurso pretende averiguar es cuántos tipos penales van a entrar en

En los supuestos en los que las lesiones que se han producido son graves y tienen señalado un marco penal similar o, incluso, superior al del homicidio intentado, no es posible mantener que el legislador, en la fijación de éste último, haya previsto el hecho de que se produzcan tales lesiones, como delito que, normalmente, acompaña al homicidio intentado. Y no sólo esto, por muy amplio que sea el marco penal del homicidio intentado, las lesiones dolosas consumadas tienen un significado penal autónomo que sólo puede reflejarse con la aplicación efectiva de ambos delitos. La existencia de una puesta en peligro dolosa de la vida no puede llevar a desconocer el significado propio y autónomo de las lesiones dolosas consumadas que se han producido en el caso concreto. Si la estructura lógica del concurso ideal de delitos puede representarse con la figura de los dos círculos secantes, que tienen un sector común y otro distinto, realizando el hecho ambos círculos (109), en el caso que ahora nos ocupa la zona común es la agresión dolosa a una persona y los sectores específicos están formados, por una parte, por la puesta en peligro de la vida (homicidio intentado) y, por otra parte, la lesión de la integridad corporal o la salud física (lesiones consumadas); como el desvalor total del hecho se extiende a ambos círculos secantes, no basta ninguno de los dos por sí solo para aprehenderlo por completo. En los supuestos de homicidio intentado en los que se producen unas lesiones dolosas consumadas, sólo con la apreciación de un concurso ideal y la aplicación del tratamiento penal que para éste establece el artículo 77 CP 1995 quedará claramente reflejada la doble concurrencia delictiva (110) y la diferencia valorativa de todas las situaciones imaginables. Sólo un tratamiento penal que plasme el principio de exasperación (asperación) o, con carácter subsidiario respecto de aquél, el principio de acu-

---

juego y de qué manera. De esta forma, se va a ocupar de sucesos pasados. No se trata de un tema de injusto en donde la perspectiva *ex ante* resulta ser la más idónea. Sino de cuestiones en las que la perspectiva de análisis es forzosamente *ex post*.

(109) Así MIR PUIG, *Sobre la relación entre parricidio y asesinato*, cit., pp. 176-177.

(110) JESCHECK (*Tratado*, cit., p. 1011) destaca que la figura del concurso ideal proporciona la posibilidad, indispensable en Derecho Penal, de que una acción sea aprehendida exhaustivamente (función de esclarecimiento del concurso ideal, «Klarstellungsfunktion»). En este sentido, la estimación de la relación de concurso ideal sirve para esclarecer cómo debe formularse en estos casos el fallo y qué penalidades hay que aplicar al hecho (p. 1018). En el concurso de leyes, al no recogerse en el fallo el precepto desplazado, éste no contribuye a la caracterización del hecho (p. 1034). Vid. también ABELS, *Die «Klarstellungsfunktion»*, cit., *passim*; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 143, 191; PUPPE, NK, cit., núm. marg. 16 antes del § 52; esta autora considera a la «Klarstellungsfunktion» como una función general del concurso ideal de delitos junto con la prohibición de doble valoración y el mandato de agotar el desvalor («Ausschopfungsgesetz»).

mulación (111), garantiza satisfactoriamente tal diferencia valorativa (112).

Existen otros argumentos en favor de la tesis del concurso ideal de delitos: Si se acepta que el tipo del delito intendo es un tipo incongruente por exceso subjetivo en el que, por lo tanto, existe una desviación del riesgo principal que, en los supuestos aquí estudiados, ha dado lugar a un resultado distinto del creado por dicho riesgo (aunque, normalmente, abarcado también por el dolo del autor), parece que tales supuestos deberán recibir el mismo tratamiento que se dispensa a aquéllos en los que existe un error, dolo alternativo, o dolo cumulativo y se produce un resultado que determina un cambio de delito (113). Gráficamente: cuando A dispara dolosamente sobre B pero la bala deja ileso a B y produce unas lesiones sobre C, que se hallaba próximo, creemos que no existirán problemas para apreciar un concurso ideal entre tentativa de homicidio respecto de B y lesiones respecto de C, lesiones imprudentes si éstas se han producido como consecuencia de un error que da lugar a imprudencia (artículo 14.1 CP 1995) (114); para la doctrina dominante existirá también un concurso ideal entre homicidio intentado y lesiones dolosas consumadas, si estas últimas fueron abarcadas por A con dolo

---

(111) Sobre el tratamiento penal del concurso ideal en España, vid. *infra*. Debe señalarse aquí que algunos autores consideran que el principio que inspiraba el artículo 71 CP 1973, similar al del artículo 77 CP 1995, no era el de exasperación, sino el de absorción con agravación, así SANZ MORÁN *El concurso de delitos*, cit., pp. 31, 190, 222, 250, CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos*, cit., pp. 49 y ss. 165-211; GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», cit., p. 369, nota 172 (este autor se refiere al principio de absorción con asperación).

Es importante recordar que el tratamiento penal del concurso ideal es distinto en Alemania: el tratamiento del concurso ideal homogéneo responde al principio de absorción: sólo se impone una vez la pena correspondiente a la ley varias veces vulnerada (§ 52 I); el tratamiento del concurso ideal heterogéneo responde al principio de combinación: las penalidades de las distintas leyes infringidas se reúnen para formar una penalidad común (§ 52 II-IV). Vid. JESCHECK, *Tratado*, cit., pp. 993, 1018-1019. Por otra parte, como advierte este autor (p. 1034), en Alemania la distinción entre concurso ideal de delitos y concurso de leyes ha perdido mucha importancia por el hecho de que también en este último la jurisprudencia va concediendo a la ley desplazada, en forma reciente y en distintas direcciones, influjo en la decisión del caso concreto. Sobre la evolución del tratamiento del concurso de delitos en Alemania, vid. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 87-100.

(112) Vid. VOGLER, *Funktion und Grenzen*, cit., pp. 724-726.

(113) Nos referimos a los supuestos que en la teoría general del error de tipo dan lugar a un error relevante: el bien jurídico efectivamente lesionado y el bien jurídico amenazado por el riesgo principal gozan de una protección penal distinta. Los resultados de lesión de tales bienes jurídicos no son típicamente equivalentes.

(114) Vid. SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1984, p. 348; considera este autor que en estos supuestos de error de tipo relevante la doctrina es concorde en solucionarlos apreciando un delito intentado en eventual concurso ideal con un delito imprudente. En el mismo sentido, destacando también el carácter unánime de la solución, CEREZO MIR, *Curso*, cit., p. 384; JESCHECK, *Tratado*, cit., p. 419.

(115) Vid., ampliamente, FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, cit., pp. 144 y ss.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pp. 72, 282; JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., pp. 335-336; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1984, pp. 376-377; BALDÓ LAVILLA, ADPCP 1995, pp.

alternativo (115) o con dolo cumulativo. Si en estos supuestos se acude a la solución del concurso ideal ¿Qué razones existen para que no sea también esta la calificación correcta en el caso de que la bala lesione a B sin quitarle la vida? ¿Porqué no aplicar también el tratamiento del concurso ideal en los supuestos en los que la desviación del riesgo principal (o curso causal principal, si se prefiere) da lugar a que el bien jurídico puesto en peligro y el lesionado pertenezcan al mismo sujeto pasivo? La diferencia que representa que las lesiones se produzca en uno u otro sujeto parece que no justifica un tratamiento distinto en ambos casos, especialmente si tenemos en cuenta que son distintos los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la vida (aquí, en la tentativa de homicidio) y en los delitos de lesiones (aquí dolosas y consumadas), y que ambos bienes jurídicos son eminentemente personales.

En España, CARBONELL-GONZÁLEZ CUSSAC (116) se han pronunciado a favor de apreciar un concurso ideal de delitos entre el homicidio intentado o frustrado y unas lesiones imprudentes. GRACIA MARTÍN (117) considera que debe apreciarse un concurso ideal entre homicidio frustrado y lesiones dolosas consumadas cuando las lesiones causadas por el autor estén castigadas con mayor pena que el homicidio frustrado y hayan sido abarcadas por el dolo. MIR PUIG (118) ha afirmado que cuando con intención homicida se causan lesiones parece más lógico estimar un concurso de delitos que un concurso de leyes. Recientemente, también se han pronunciado en favor del concurso ideal GARCÍA ALBERO (119) y LUZÓN PEÑA (\*).

En Alemania, son numerosos los autores que acuden al concurso ideal en los supuestos que son objeto de nuestro comentario. Se han pro-

354 y ss. JESCHECK, *Tratado, cit.*, pp. 409-410; BALDÓ LAVILLA, GONZÁLEZ CUSSAC, MIRA BENAVENT, SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios a la STS de 22 de diciembre de 1989*, en PJ núm. 25 (1992), p. 156; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Madrid, 1996, pp. 430-431. Cfr. STS de 3 de mayo de 1994 (Ponente: Bacigalupo Zapater).

(116) Vid. CARBONELL-GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, cit.*, p. 518; sin embargo, estos autores, al ocuparse de las lesiones del artículo 421.1.º CP 1973 (*loc. cit.*, p. 601) exponen la opinión de BOIX REIG sobre los requisitos que deben concurrir para aplicar este artículo y afirman que cuando el sujeto actúe con dolo directo respecto de aspectos de la integridad física del sujeto pasivo no lesionados, o de la vida (que tampoco se ha lesionado), estaremos ante un concurso de normas con los correspondientes delitos en grado de tentativa o frustración.

(117) Vid. GRACIA MARTÍN, *Delitos, cit.*, p. 98-99: este autor distingue correctamente entre los supuestos en los que las lesiones se han producido dolosamente y aquellos en los que se han producido por imprudencia.

(118) Vid. MIR PUIG, *Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código Penal*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1979, pp. 95-96 (este artículo también se publicó en el Libro Homenaje al Profesor J. Antón Oneca, Salamanca, 1972. Vid. p. 353).

(119) Vid. GARCÍA ALBERO, «*Non Bis in Idem*», *cit.*, pp. 365-369. Este autor también apunta la solución de un concurso ideal en su artículo: *Sobre la denominada «unidad natural de acción»*, ADPCP 1994, p. 239.

(\*) Vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, cit.*, pp. 430-431.

nunciado en en este sentido WELZEL (120) JAKOBS (121), ESER (122) OTTO (123), HAFT (124), WESSELS (125), SCHMIDHAUSER (126), VOGLER (127), ABELS (128), SAMSON (129), STREE (130) y MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD (131).

## 8. COMPARACIÓN DE LOS MARCOS PENALES

En las páginas precedentes hemos ensayado la fundamentación teórica que requieren la afirmación de un concurso de leyes y la de un concurso ideal de delitos. Para decidirnos por una u otra calificación entendemos que puede resultar decisivo comparar los marcos penales a que dan lugar ambas hipótesis (132). Procedamos a esta comparación

---

(120) Vid. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 282.

(121) Vid. JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 1063, afirmando expresamente el concurso ideal entre las lesiones de los §§ 224 y 225 StGB y el homicidio intentado; EL MISMO, *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, Bonn, 1967, pp. 128 y ss.; EL MISMO, *Anmerkung zu BGH 22*, pp. 248 y ss., en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1969, pp. 437-438.

(122) Vid. ESER, *Strafgesetzbuch*, cit., núm. marg. 23 § 212; considera este autor que la apreciación de un concurso ideal se justifica por la necesidad de distinguir los supuestos en los que un homicidio doloso intentado va acompañado de lesiones; de aquéllos en los que no se produce lesión alguna, y entiende que las opiniones contrarias al concurso ideal ignoran la función de esclarecimiento de aquél.

(123) Vid. OTTO, *Grundkurs*, cit., p. 84; este autor admite el concurso ideal entre el homicidio intentado y las lesiones de los §§ 224, 225 y 229 abs. 2 StGB.

(124) Vid. HAFT, *Strafrecht Besonderer Teil*, 5.<sup>a</sup> Ed., München, 1995, p. 88.

(125) Vid. WESSELS, *Strafrecht Besonderer Teil/1. Straftaten gegen Persönlichkeits und Gemeinschaftswerte*, 19.<sup>a</sup> Ed., Heidelberg, 1995, p. 63.

(126) Vid. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., p. 34.

(127) Vid. VOGLER, *Funktion und Grenzen*, cit., pp. 725-726.

(128) Vid. ABELS, *Die «Klarstellungsfunktion»*, cit., pp. 85-87; este autor considera que, en todos los casos de homicidio intentado en los que se producen lesiones dolosas consumadas, este desvalor del resultado adicional constituye el criterio decisivo para afirmar la necesidad de la «klarstellungsfunktion» propia del concurso ideal.

(129) Vid. SAMSON, *SK*, cit., núm. marg. 69 antes del § 52.

(130) Vid. STREE, *Strafgesetzbuch*, cit., núm. marg. 126 antes del § 52.

(131) Vid. MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht*, cit., pp. 109-110; aunque estos autores no se pronuncian expresamente en favor de la tesis del concurso ideal, califican de dudosa la tesis del concurso de leyes y apuntan que la jurisprudencia alemana sobre calificaciones especiales se correspondería mejor con la admisión de un concurso ideal entre las lesiones consumadas y el homicidio intentado.

(132) Vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos*, cit., pp. 18-20. Afirma este autor que la teoría del concurso viene en gran medida determinada por las consecuencias jurídicas prefijadas para cada institución concursal. Consciente o inconscientemente, tanto la doctrina como la jurisprudencia establecen los límites de cada figura concursal en función de la gravedad o benignidad de la sanción correspondiente. CUERDA RIEZU considera, incluso, que el estudio de las diversas consecuencias jurídicas concursales se impone como primer paso a dar en materia de teoría del concurso.

partiendo del supuesto de hecho de la sentencia que comentamos, esto es, partiendo de la concurrencia de un homicidio intentado y unas lesiones dolosas consumadas del artículo 149 CP 1995, sin circunstancias agravantes ni atenuantes. Pero antes debemos realizar dos advertencias. Primera: en la determinación de los marcos penales sólo nos fijaremos en las penas principales, prescindiendo de las penas accesorias y de la eventual imposición de medidas de seguridad. Segunda: tanto por lo que respecta al concurso de leyes como al concurso ideal de delitos, en el cálculo de los marcos penales hemos prescindido de la concreción total de la pena, señalando los límites mínimo y máximo de aquéllos sin atender al uso del arbitrio judicial y tomando, para la acumulación subsidiaria del concurso ideal de delitos, la cifra mínima del límite mínimo obtenido. Entendemos que este procedimiento está justificado por el carácter general del estudio que pretendemos realizar (133). La afirmación de un *concurso de leyes* a resolver por el principio de consunción dará lugar a la aplicación del delito que tenga asignada pena más grave, en nuestro caso, las lesiones dolosas consumadas del artículo 149 CP 1995. Esto representa un marco penal que va de nueve a doce años de prisión; la afirmación de un *concurso ideal de delitos* dará lugar a la aplicación de la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior (prisión de diez años y seis meses a doce años, con independencia de

---

Sobre la discusión acerca del lugar sistemático de la teoría del concurso de delitos, vid. VIVES ANTÓN, *La estructura*, cit., pp. 23 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., pp. 595-598; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 19-24; CUELLO CONTRERAS, ADPCP 1979, pp. 45 y ss.

(133) Sobre los posibles modelos de determinación de la pena en el ámbito del artículo 68 CP 1973, vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos*, cit., pp. 220 y ss.

Para el concurso ideal de delitos, cfr. artículo 77 CP 1995. Vid. MAPELLI CAFFARENA-TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª Ed., Madrid, 1996, p. 197. Sobre la interpretación del artículo 71 CP 1973, vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 732-734, EL MISMO, *Adiciones al Tratado de Jescheck*, cit., pp. 1023-1024, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., pp. 221-226; CUERDA RIEZU, loc. cit., pp. 49-56, 165-211; MORILLAS CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991, pp. 112-113; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena (cuestiones técnicas y jurisprudenciales)*, 3.ª Ed., Valencia, 1990, pp. 141-150. Cfr. CUELLO CONTRERAS, ADPCP 1979, pp. 78 y ss., 83-85, 470-473; BACIGALUPO, *Principios*, cit., p. 277.

Es importante precisar alguno de los extremos más oscuros del artículo 77 CP 1995 heredados del artículo 71 CP 1973: 1) la regla subsidiaria (punición separada de los delitos) no opera necesariamente «dentro» del marco que supone la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave; 2) la determinación de la pena más grave se efectuará «en concreto» teniendo en cuenta la establecida en el tipo y, además, atendiendo a la que resulte del juego de las reglas generales para la determinación de la pena, pero operando sólo con las propias del grado de ejecución, formas de participación y circunstancias atenuantes y agravantes de «eficacia excepcional»: eximentes incompletas, menor edad (mientras siga en vigor el artículo 65 CP 1973; cfr. la Disposición Derogatoria 1 CP 1995), etc. ..., pero no las de eficacia ordinaria ni el arbitrio judicial; 3) para la suma de las penas de las diversas infracciones se partirá de la determinación total de las mismas, teniendo en cuenta, incluso, las atenuantes y agravantes de eficacia común y aplicando las reglas del artículo 66 CP 1995.

que por el homicidio intentado se baje en uno o dos grados la pena del homicidio consumado (134)), sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones (en nuestro caso, dicha suma da lugar a una pena de prisión de catorce años, si por el homicidio intentado sólo bajamos un grado la pena del homicidio consumado; o prisión de once años y seis meses, si por el homicidio intentado bajamos dos grados la pena del homicidio consumado). Determinados los marcos penales resultantes de la apreciación de un concurso de leyes y de un concurso ideal de delitos, para analizar cuál de ellos resulta más apto para reflejar la diferencia valorativa existente entre los supuestos en los que un homicidio intentado se presenta acompañado de lesiones dolosas consumadas en el mismo sujeto pasivo, respecto de los casos en los que el homicidio intentado no da lugar a lesión alguna, debemos comparar aquellos marcos penales con los que resultarían aplicables si sólo se hubiera producido un homicidio intentado, o sólo se hubieran producido unas lesiones dolosas consumadas. Cuando por el homicidio intentado sólo bajamos un grado la pena del homicidio consumado, los marcos penales de las cuatro hipótesis planteadas son los siguientes: concurso de leyes: de nueve a doce años de prisión; concurso ideal de delitos: de diez años y seis meses a doce años de prisión; lesiones dolosas consumadas: de nueve a doce años de prisión. Cuando por el homicidio intentado bajamos dos grados la pena del homicidio consumado, los marcos penales de las cuatro hipótesis que hemos planteado son los siguientes: concurso de leyes: de nueve a doce años de prisión; concurso ideal de delitos: de diez años y seis meses a doce años de prisión, pero con un límite de once años y seis meses (resultante de sumar las penas que correspondería aplicar si se castigaran separadamente el homicidio intentado y las lesiones dolosas consumadas); homicidio intentado: de dos años y seis meses a cinco años; lesiones dolosas consumadas: de nueve a doce años.

En cuanto al límite mínimo de la pena aplicable, de esta exposición de marcos penales se desprende, en primer lugar, que los límites mínimos de la pena aplicable apreciando un concurso de leyes o un concurso ideal de delitos son superiores al límite mínimo que resultaría de la sola apreciación de un homicidio intentado. Esto nos parece plenamente justificado por el hecho de que en el supuesto que comentamos, además de una puesta en peligro dolosa de la vida, se han producido las lesiones dolosas y consumadas del artículo 149 CP 1995, cuya relevancia penal es, precisamente, la que justifica este aumento del límite mínimo de la pena aplicable en este caso (135). En se-

---

(134) Cfr. artículo 62 CP 1995.

(135) Adviértase que el límite mínimo de nueve años de prisión ya sería preceptivo por la sola apreciación de las lesiones que se han producido, esto es, aunque no se valorara la puesta en peligro de la vida, también existente en el caso que comentamos y, en general, en todos los supuestos de delitos intentados contra la vida que quedan en fase de imperfecta ejecución y que se presentan acompañados de unas lesiones dolosas consumadas en el mismo sujeto pasivo.

gundo lugar, de la anterior exposición de marcos penales se desprende que, en principio, la apreciación de un concurso ideal representa un aumento del límite mínimo de la pena (diez años y seis meses) respecto al marco penal resultante de apreciar un concurso de leyes (nueve años). Si concretamos más los marcos penales resultantes de estas dos calificaciones, veremos que esta primera impresión no es del todo correcta, pues la existencia de una puesta en peligro de la vida deberá dar lugar a que, por la vía del artículo 66 regla primera CP 1995 (criterio de «la mayor o menor gravedad del hecho»), la pena concreta resultante de la apreciación de un concurso de leyes sea una pena superior a nueve años de prisión, pues, de lo contrario, no quedaría reflejado el desvalor de aquella puesta en peligro de la vida, cuya relevancia penal es precisamente la que nos ha conducido a afirmar la concurrencia de dos delitos (136). Si el límite mínimo de la pena concreta resultante de la apreciación de un concurso de leyes debe ser una pena superior a nueve años, parece correcto optar por la calificación de un concurso ideal de delitos y establecer automáticamente que el límite mínimo en los supuestos que ahora nos ocupan es de diez años y seis meses. Esta calificación, además de garantizar que en la pena que resulte aplicable al caso se verá directamente reflejada la concurrencia efectiva dos infracciones, ofrece, frente al concurso de leyes, una mayor seguridad en la fijación del límite mínimo de la pena concreta. Es importante, además, señalar que la fijación del límite mínimo por la vía de aplicar en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, se corresponde con la consecuencia que el artículo 66 regla tercera CP 1995 establece para el caso de que concurra una (o varias) agravantes y ninguna atenuante (137).

En cuanto al límite máximo de la pena aplicable, de la anterior exposición de marcos penales se desprende, por una parte, que, tanto la apreciación de un concurso de leyes como la de un concurso ideal de delitos, dan lugar a un límite máximo superior al del homicidio intentado, e incluso ofrecen la posibilidad de imponer una pena superior a la que tiene asignada el homicidio consumado. Lo primero nos parece del todo plausible, pues brinda la posibilidad de que en la pena que resulte aplicable se refleje el hecho de que en los supuestos que nos ocupan concurren dos delitos: el homicidio intentado y las lesiones consumadas del artículo 149 CP 1995. Lo segundo nos parece perfectamente coherente con los criterios seguidos por el legislador penal al fijar las penas de los delitos

---

(136) Este argumento sirve, *mutatis mutandi*, para los supuestos en los que concurre alguna circunstancia atenuante o alguna o varias circunstancias agravantes y deben aplicarse las reglas segunda y tercera del artículo 66 CP 1995.

(137) Cfr. artículo 8, reglas primera y tercera CP 1995. Vid. CUERDA RIEZU *Concurso de delitos*, cit., pp. 180-182, 274. Este autor, con referencias de antecedentes legislativos y opiniones doctrinales, ya destacó que la agravación de la pena disponible permite constatar una cierta similitud entre el tratamiento de los concursos ideal y medial y el de las circunstancias modificativas agravantes del artículo 10 antes de 1983.

previstos en los artículos 138 y 149 CP 1995. Por otra parte, de la anterior exposición de marcos penales, se advierte que en los supuestos en los que por el homicidio intentado se ha bajado un grado la pena del homicidio consumado, dicho límite máximo será el mismo, ya se aprecie un concurso de leyes o un concurso ideal de delitos (doce años), mientras que en los supuestos en los que por el homicidio intentado se han bajado dos grados la pena del homicidio consumado, la apreciación de un concurso ideal de delitos reduce el límite máximo de la pena aplicable (once años y seis meses). Si se tiene en cuenta que el límite máximo de la pena aplicable no es más que esto: un límite máximo al que no es preceptivo llegar, creemos que la reducción del mismo por la vía de la apreciación de un concurso ideal de delitos puede considerarse favorablemente, pues supone una mayor seguridad en la fijación del límite máximo de la pena concreta y, además, permite reflejar la diferencia valorativa que pueda existir en los diversos supuestos de homicidio intentado que aparece acompañado de las lesiones del artículo 149 CP 1995 y que subyace en los criterios establecidos en el artículo 62 CP 1995 (138).

La afirmaciones anteriores en favor del marco penal que surge de la apreciación de un concurso ideal de delitos se ven reforzadas por el análisis de los marcos penales que resultan aplicables en los supuestos en los que las lesiones que se producen junto al homicidio intentado no son las del artículo 149 CP 1995, sino las previstas en los artículos 147, 148 y 150 CP 1995. En efecto, si se aprecia un concurso ideal de delitos, cuando el delito que resulta aplicable por tener prevista una pena más grave es el del homicidio intentado, el límite mínimo del marco penal resultante es superior tanto al que resultaría de apreciar sólo un homicidio intentado, como en el caso de apreciar un concurso de leyes. Lo primero está justificado por la concurrencia de unas lesiones. Lo segundo ya hemos visto que es más aparente que real, pues, en unos casos, al concretar el marco penal del concurso de leyes deberán tenerse presentes las lesiones que se han producido y reconocerles la relevancia penal que les corresponde para aumentar la pena y, en los casos restantes, la determinación de la pena por la vía de castigar por separado ambas infracciones (139) reducirá el límite mínimo del marco penal aplicable en el caso concreto. En cuanto al límite máximo del marco penal resultante, la apreciación de un concurso ideal de delitos permitirá fijarlo atendiendo a la suma de las penas que correspondería aplicar si se castigaran separadamente las dos infracciones, lo cual dará lugar a que, en la mayoría

---

(138) Si se aprecia un concurso ideal de delitos, en los supuestos en los que no se hayan realizado todos los actos ejecutivos del homicidio, la pena a imponer no podrá ser, en principio, superior a once años y seis meses, mientras que en los supuestos en los que sí se han realizado todos los actos ejecutivos del homicidio, la pena podrá alcanzar los doce años.

(139) Cfr. artículo 77.3 CP 1995.

de los casos, dicho límite sea inferior al que resultaría de apreciar un concurso de leyes.

En definitiva, la apreciación de un concurso ideal de delitos entre el homicidio intentado y las lesiones que se hayan producido en el caso concreto permite, con carácter general, reflejar el desvalor total del hecho y diferenciarlo de los supuestos en los que el homicidio intentado no da lugar a lesión alguna. Por otra parte, las reglas de determinación de la pena previstas para el concurso ideal de delitos permiten establecer con mayor precisión y seguridad los límites mínimo y máximo de los marcos penales; finalmente, es importante apuntar que la comparación de los resultados obtenidos de la aplicación de dichas reglas en el caso concreto permite afirmar la obtención de una pluralidad de marcos penales distintos que reflejan la pluralidad de situaciones que pueden producirse en la realidad y las diferencias valorativas existentes entre todas ellas.

## 9. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA SENTENCIA COMENTADA.

A lo largo de este comentario hemos pretendido, a propósito de los hechos de los que se ocupó la STS de 12 de noviembre de 1994, delimitar de forma dogmáticamente correcta la problemática que suscitan los supuestos de homicidio intentado que producen, además de la puesta en peligro de la vida, una lesión en la integridad física del sujeto pasivo. Ya nos hemos pronunciado a favor de reconocer relevancia jurídico-penal a dichas lesiones (140). Partiendo de la argumentación que hemos ensayado a favor de la tesis del concurso ideal de delitos, creemos que ésta es la solución más correcta para estos supuestos, pues consigue diferenciar de modo plausible, tanto al afirmar la concurrencia de ambos delitos, como en la determinación de la pena, las diferencias valorativas que pueden presentarse en los diversos supuestos. La tesis del concurso de delitos no pretende, ni mucho menos, volver a un sistema en el que la responsabilidad penal se hace depender exclusivamente del resultado producido, sino profundizar en la valoración jurídico-penal tanto de la vertiente objetiva de la conducta, como en la subjetiva, proporcionando una calificación y tratamiento punitivo distinto a los diversos supuestos que puedan presentarse. Como hemos demostrado al comparar el trata-

---

(140) Sobre esto podríamos añadir aquí argumentos relacionados con la función preventiva que la pena debe cumplir en un Estado social y democrático de derecho. En efecto, si no concedemos relevancia penal a las lesiones que acompañan al homicidio intentado, en los supuestos de «unidad natural de acción» por realización reiterada del homicidio intentado (en tentativa acabada), la conducta del sujeto recibirá el mismo tratamiento punitivo en el caso de que tras dos intentos fallidos que no han dado lugar a lesión alguna se produzcan otros tantos que sí causan lesiones, que en el caso de que el sujeto no realice otros intentos.

miento punitivo de la tesis del concurso ideal y la del concurso de leyes, la primera puede alegar en su favor argumentos de seguridad jurídica. Debemos apuntar, además, que la tesis del concurso ideal nos parece válida para todos los supuestos de homicidio intentado que se presenta acompañado de lesiones, ya sean éstas imputables a título de dolo, como a título de imprudencia. La tesis que distingue el tratamiento de ambas hipótesis puede dar lugar a que se castiguen más gravemente los supuestos en los que las lesiones se han causado imprudentemente que aquéllos en los que se han producido de forma dolosa.

En consecuencia, consideramos incorrecta la postura jurisprudencial que considera de modo excluyente los delitos de homicidio intentado y los delitos de lesiones y niega relevancia penal a las lesiones consumadas por la vía correcta, esto es, por la vía de afirmar la efectiva concurrencia de éstas en concurso con el homicidio intentado. En el supuesto enjuiciado por la STS de 12 de noviembre de 1994 debía de haberse apreciado un concurso ideal entre el homicidio intentado y las lesiones consumadas, aplicando el tratamiento que para aquél preveía el artículo 71 CP 1973.



# BIBLIOGRAFÍA

## Libros

**DWORKIN, Ronald, «El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual», traducido por Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres. Editorial Ariel. Barcelona, 1994.**

Ronald Dworkin es uno de los autores de mayor importancia dentro de la Filosofía del Derecho actual, sobre todo a partir de su confrontación con el positivismo de Herbert Hart, también uno de los más destacados teóricos del Derecho del mundo anglosajón y de quien Dworkin es sucesor en la cátedra de Oxford, que compagina con las clases en la Universidad de Nueva York.

El proceso argumentativo de la presente obra no arranca de principios abstractos para llegar a soluciones concretas, sino que, como es habitual en Dworkin, parte del análisis de la problemática práctica para después teorizar con argumentos éticos y jurídicos, dando lugar, en este caso, a una posición conjunta para el aborto y la eutanasia. El libro se divide en tres bloques principales: El primero analiza los argumentos a favor y en contra del aborto, que han causado una virulenta discusión en la sociedad americana y es abordado principalmente desde una perspectiva moral y filosófica. El segundo, más estrictamente jurídico, aborda el debate judicial, constitucional (político) y doctrinal generado en torno al aborto. La tercera parte está dedicada a la eutanasia. El mismo hilo conductor atraviesa las tres partes y los argumentos que ofrece el autor resultan congruentes tanto en la discusión sobre el aborto como en la de la eutanasia.

La primera parte se inicia ofreciendo una panorámica general de la regulación del aborto y su incidencia social en EE.UU. y Europa, para pasar a analizar la sentencia *Roe versus Wade*, de 1973, que vetó a los estados la posibilidad de prohibir el aborto en los dos primeros meses del embarazo. La postura de Dworkin trata de ser conciliadora, intentando mostrar cómo la polémica sobre el aborto se debe a una confusión de tipo intelectual y que, en el fondo, hay más acuerdo que desacuerdo entre las partes en conflicto.

La confrontación se debe a una confusión entre lo que Dworkin llama argumentos de carácter derivado y de carácter autónomo. El primero consiste en considerar al feto

una persona con intereses propios, de lo que se deriva su derecho a la vida. Dworkin juzga el concepto de persona «demasiado ambiguo para ser útil». Además, sólo puede tener intereses aquel que posee vida psíquica, lo que se corresponde con el período en que la sentencia Roe permite la prohibición. Por otra parte, esta postura derivada resultaría incongruente con la posición contraria a la eutanasia que defienden ellos mismos, ya que un enfermo puede tener interés en morir e incluso crearlo su derecho.

En cambio el argumento de carácter autónomo es aquel que sostiene el valor intrínseco o sagrado de la vida humana (y, en consecuencia, considera el aborto como una grave decisión moral), sólo aceptable por razones serias y siempre antes de la etapa final. Dworkin intenta mostrarnos, a través del análisis de las diferentes posturas religiosas y de los argumentos feministas, que todos coinciden en el valor intrínseco que reconocen a la vida humana y, en el fondo, la discusión se debe al diferente sentido que las partes otorgan a dicho valor.

Una vez centrado el debate en el valor intrínseco (o sagrado) que todos otorgan a la vida humana, pasa a tratar de descubrir qué es lo sagrado. En este sentido, Dworkin atribuye a la vida humana tres valores: instrumental, por su utilidad o contribución a la sociedad; subjetivo, el que tiene para el propio individuo y el Estado protege a través del derecho a la vida; e intrínseco, es decir, por sí mismo, independientemente de otra consideración, que es el que hace al aborto moralmente problemático.

El valor intrínseco de la vida humana se debe a que en ella se funden el elemento natural o evolutivo (la vida biológica) y el cultural (la biografía). Cuando se pierde una vida humana, no se lamenta la pura pérdida, sino la frustración de un esfuerzo creativo en los dos sentidos: la creación natural y la creación humana (intereses, ambiciones, proyectos, logros...). Lo que divide a los conservadores y liberales respecto al aborto es el valor que otorgan a estos dos tipos de inversiones. Los conservadores valoran más la primera y los liberales aprecian más la inversión humana y que ésta no se frustre por deficiencias de toda índole, errores o mala suerte; es decir, que la posibilidad de una nueva vida desgraciada o frustrante o la frustración de un proyecto vital por un embarazo no deseado puede resultar peor que la pura frustración de la vida biológica.

La conclusión de esta primera parte es que las diferencias entre conservadores y liberales constituyen, en el fondo, divergencias espirituales, de valoración. Para Dworkin, más importante que tales discrepancias que separan a unos y otros es la tolerancia, que une a todos.

El segundo bloque del libro gira en torno a las argumentaciones jurídicas generadas a partir de la sentencia Roe *versus* Wade, la cual determinó que la mujer tiene un derecho constitucional al aborto y que los estados no pueden aducir razones imperativas para limitarlo.

La Constitución de los EE.UU. prohíbe limitar las libertades sin un proceso debido (decimocuarta enmienda) y el Tribunal Supremo establece que los derechos constitucionales no se pueden restringir sin una razón imperativa. Habrá que analizar, por tanto: 1.º si las leyes que prohíben el aborto atentan contra la decimocuarta enmienda; 2.º si la mujer tiene un derecho constitucional al aborto; y 3.º si los estados pueden aducir una razón imperativa para limitar tal derecho.

La sentencia Roe usó como precedente sentencias anteriores sobre anticonceptivos, concretamente la sentencia Griswold *versus* Connecticut que estableció que el go-

bierno no puede entrometerse en cuestiones tan personales como la decisión de engendrar o tener un hijo. Dworkin explica cómo las resoluciones judiciales en torno al derecho a la privacidad en la reproducción se agruparon, a través del método de adjudicación, en un principio más específico, el de autonomía procreativa, aplicado en decisiones sobre contracepción. El principio de integridad exige que sea aplicado también en otro contexto. Por tanto, el derecho constitucional de la privacidad en materia de contracepción se extiende tanto a «engendrar» como a «tener» hijos.

Sobre la cuestión de si el gobierno tiene una razón imperativa para prohibir el aborto, Dworkin analiza si se trataría de una razón de carácter derivado o autónomo. La primera posibilidad radica en tratar al feto como una persona constitucional, pero a través de la dimensión de ajuste se observa que el derecho estadounidense nunca ha tratado al feto como persona, ya que ningún tribunal ha declarado que las leyes más liberales violaran la cláusula de igual protección; tampoco pueden los estados atribuirle el carácter de persona, ya que ello disminuiría los derechos de las personas ordinarias, puesto que, en ese caso, se debería prohibir también para salvar la vida de la madre, cuestión que queda exceptuada incluso en el voto disidente de la sentencia Roe.

Respecto a la segunda posibilidad: si los estados tienen una razón imperativa de carácter autónomo para proteger la vida del feto, la sentencia Roe declaró que el Estado tiene interés en proteger la vida humana. Ahora bien, para ello existen dos opciones antagónicas: la responsabilidad (exigir que la decisión de abortar sea reflexionada) y el consenso (permitir el aborto sólo en los casos en que la mayoría lo crea adecuado). La segunda opción se descarta a través de un argumento en sentido contrario: si la mayoría de personas en un estado sostuviera que constituye una falta de respeto a la santidad de la vida el permitir que nazca un feto con malformaciones, entonces se podría obligar a abortar, cosa que nadie dudaría en considerar anticonstitucional. Por tanto, el Estado no puede imponer la concepción de la mayoría sobre la santidad de la vida.

Hay que distinguir, en consecuencia, entre las medidas tendentes a la responsabilidad y las tendentes a la coacción, cuestión que enlaza también con el tema de la eutanasia, como veremos. El exigir una decisión reflexionada no debe llevar a imponer a la mujer una carga tal que la obligue a tomar una determinada decisión, lo cual sería coactivo. Dworkin considera coactiva una carga que imposibilite a la mujer el ejercicio de su derecho. No se puede imponer coactivamente una determinada concepción sobre el valor intrínseco de la vida humana, porque tales convicciones son religiosas. Para apoyar esta última afirmación, Dworkin muy habilmente cita la declaración del Vaticano II según la cual la religión da respuesta a enigmas sobre la condición humana, sobre el significado y propósito de nuestras vidas.

Todo ello permite sustentar el derecho al aborto en la primera enmienda de la Constitución de los EE.UU., que prohíbe a los gobiernos imponer una determinada religión. La conclusión es que un estado que prohíba el aborto está imponiendo una determinada concepción religiosa y, por ello, la sentencia Roe *versus* Wade no debe ser revocada.

La tercera parte de la obra está dedicada a la eutanasia. Más que detallar en qué circunstancias puede aplicarse la eutanasia, Dworkin intenta comprender las razones que tiene una persona para querer morir o continuar en vida en circunstancias extremas. Estas razones son de tres tipos: ejercicio de la autonomía, los mejores intereses del pacien-

te (beneficiencia) y la santidad de la vida. Los tres ofrecen argumentos a favor o en contra de la eutanasia. Por eso es preciso analizar tres clases de situaciones: persona consciente y con capacidad mental, persona inconsciente y persona consciente con *capacidad mental disminuida*.

El argumento de la autonomía es usado por ambas partes: quienes opinan que las personas con capacidad mental deben decidir por ellas mismas y quienes argumentan que en estado de enfermedad grave cabe la posibilidad de que se sientan presionados a optar por la eutanasia, con lo que no existiría un auténtico ejercicio de la autonomía. En estado de inconsciencia, los partidarios de la eutanasia sostienen que hay que determinar cuál habría sido la decisión del paciente, coherente con su personalidad; pero se argumenta en contra que esa persona podría haber cambiado de opinión. En caso de persona consciente con demencia, puede haber dos autonomías en conflicto, como veremos después.

Una cuestión también controvertida es qué beneficia más a los intereses del paciente, por lo que Dworkin distingue dos tipos de éstos: los intereses de experiencia, que nos llevan a buscar lo que nos resulta atractivo o placentero y a evitar el sufrimiento y el dolor, y los *intereses críticos*, que enlazan con nuestras convicciones más íntimas sobre el sentido de nuestras vidas y conectan con la propia integridad y dignidad, por lo que las decisiones transcendentales deberían seguir la línea de nuestras convicciones.

El punto de vista de Dworkin es que, puesto que existen razones autónomas y de beneficiencia a favor o en contra de la eutanasia, el Estado no debería imponer una concepción general, sino que debería promover que los particulares tomaran sus propias decisiones a través de los testamentos de vida y poderes para el cuidado de la salud. El problema se plantea cuando éstos no existen y el paciente se encuentra en estado de inconsciencia. Dworkin opta por que sean los parientes o amigos más próximos, conocedores de los intereses críticos del paciente, quienes decidan por él.

La cuestión de la santidad de la vida entronca con lo expuesto en el tema del aborto: si dicha santidad se centra en la inversión natural o en la inversión humana. En el primer caso, encontraríamos argumentos de tipo conservador (la eutanasia es un insulto al valor intrínseco de la vida) y menos conservador (el insulto lo constituye la prolongación artificial de la vida). En el segundo caso, la eutanasia respeta el valor intrínseco, ya que los intereses críticos están conectados con la santidad de la vida, de manera que una persona puede creer que se respeta más su dignidad e integridad personal si se le permite morir en lugar de mantenerle en un estado que frustra su proyecto vital.

De nuevo, las opciones políticas son la coerción y la responsabilidad. Optar por la medida coactiva supone someter a todos al mismo criterio espiritual y religioso, lo que constituye, según Dworkin «una odiosa forma de tiranía», al imponer un tipo de vida o de muerte que algunas personas pueden considerar contradictorios con el significado que ellas dan a su propia existencia.

Finalmente, las personas dementes (Dworkin se centra principalmente en las últimas etapas de la enfermedad de Alzheimer) que no pueden orientar sus vidas de manera coherente, han perdido la capacidad de decidir por sí mismas, pero conservan el derecho de beneficiencia, esto es, que las decisiones que se tomen por ellos han de serlo para satisfacer sus intereses. El problema surge cuando una de estas personas ha ejercitado previamente su derecho de autonomía y, llegado el caso, cambia de idea y prefiere seguir

viviendo, ya que ello satisface sus intereses de experiencia. El criterio de la evidencia nos llevaría a respetar su voluntad actual, pero según el criterio de la integridad deberíamos respetar la voluntad precedente, ejercitada con pleno conocimiento de la clase de vida que quería (de acuerdo con sus intereses críticos), puesto que ha perdido la capacidad de decidir de nuevo. Es decir, que el conflicto existiría entre la autonomía y los intereses de experiencia, pero no entre la autonomía y los intereses críticos. Si apreciamos éstos como él lo hizo, no podemos permitir que nadie decida en su lugar algo que él hubiera considerado indigno.

Concluye Dworkin que tanto los partidarios como los contrarios al aborto y a la eutanasia se encuentran unidos por el valor que otorgan a la vida humana y sólo separados por la manera de interpretar tal valor. Cualquier Estado que no respete todas las convicciones y que impida a la gente vivir o morir de acuerdo con ellas es un estado totalitario que niega la libertad de conciencia. Por ello Dworkin reivindica el derecho a decidir por nosotros mismos, a través de una reflexión responsable. Esta es la línea argumentativa de todo el libro, tratar de encontrar puntos de acuerdo e incitar al respeto y la tolerancia respecto a opiniones contrarias que deben convivir en una sociedad pluralista, evitando imponer a los demás nuestro modo de concebir la vida.

Cabe apreciar la original contribución de Dworkin a un debate como el del aborto, en el que parecía estar ya todo dicho y donde resultaba imposible conciliar las posturas antagónicas. A través de una argumentación coherente y sistemática, Dworkin pretende encontrar un campo de común acuerdo y minimizar las diferencias, reduciéndolas a creencias de tipo religioso que, como tales, deben ser respetadas y no impuestas, en una sociedad democrática y tolerante. Esa misma tolerancia es la que impediría que el Estado imponga un único criterio para la eutanasia. La parte del libro dedicada a la eutanasia enlaza con los argumentos esgrimidos en la del aborto, aunque adolece de la sistematicidad de ésta y su método es más casuístico. Resulta destacable la distinción entre intereses de experiencia e intereses críticos, aunque parece dudosa la aplicación del conocimiento que puedan tener los parientes de una persona inconsciente sobre los intereses críticos de la misma. En el supuesto de la persona demente que habría optado previamente por la eutanasia y, llegado a tal estado, desea seguir viviendo, el argumento de Dworkin según el cual se debería respetar la decisión que tomó según sus intereses críticos resulta lógicamente coherente. Pero, ¿es la ética sólo una cuestión de lógica?. Podríamos preguntarnos si en este caso no valdría más la pena ser incoherente y dejar pasar los intereses de experiencia a primer plano, ya que la persona muestra ser feliz y la felicidad, a fin de cuentas, es uno de los objetivos de la moral.

M.<sup>a</sup> CINTA ESPUNY DOMINGO  
Profra. Asociada Universidad Autónoma de Barcelona.

**PAREDES CASTAÑÓN, JOSE MANUEL, «El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)», Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1995.**

El autor realiza en este libro un estudio en profundidad de la naturaleza jurídica y ubicación sistemática del riesgo permitido en el Derecho Penal.

A dicho estudio precede el prólogo del Prof. Dr. D. Diego-Manuel Luzón Peña, quien realiza una introducción al tema del riesgo permitido, destaca la relevancia de su estudio (apenas abordado hasta ahora en España) y pone de manifiesto la alta calidad científica del libro prologado, que recoge con muy ligeras modificaciones la tesis doctoral de su discípulo, el Dr. José Manuel Paredes Castañón.

Paredes explica en una introducción los objetivos de su trabajo (pp. 23-28), los presupuestos metodológicos (pp. 28-32), las bases ideológicas (pp. 32-34) y la concepción dogmática (p. 34) desde los que el mismo se aborda. Asimismo ofrece un resumen de la estructura del trabajo (p. 34).

En el capítulo uno del libro comienza Paredes enumerando los distintos supuestos que se han incluido dentro de la categoría de riesgo permitido por la doctrina científica (pp. 36-39, con ejemplos), siguiendo en el capítulo segundo con la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la institución. Para ello parte el autor de una concepción personal del injusto, en la que el riesgo permitido tiene relación con la antijuridicidad (p. 48). Rechaza, con diversos argumentos, las consideraciones del riesgo permitido como causa de exclusión de la imputación objetiva, resaltando el hecho de que el nivel máximo de riesgo que puede derivarse lícitamente de una acción afecta sólo al de valoración jurídico-penal de la conducta, no a las diversas relaciones de imputación necesarias para subsumir la conducta en el tipo penal (p. 60); rechaza asimismo la fundamentación del riesgo permitido en el consentimiento o autorización estatal (pp. 78-80), la concepción que relaciona el riesgo permitido y el juicio de previsibilidad (pp. 81-82), o el riesgo permitido y la adecuación social (pp. 83-84). Y llega a la conclusión que *estamos ante un elemento estructural básico del procedimiento de determinación de la antijuridicidad* (p. 72).

En el capítulo tres el autor examina el deber de conducta. Destaca como función esencial del Derecho Penal la de protección de bienes jurídicos y sostiene que la valoración de la conducta ha de conectarse con esta función (pp. 98-99).

Pero esta función está mediatizada por otras funciones que cumple asimismo el Derecho Penal: los principios de responsabilidad subjetiva e intervención mínima (p. 104). Desde la interrelación de estas funciones se puede extraer como conclusión que el objeto de valoración jurídico-penal de la conducta serán la peligrosidad de la conducta y los conocimientos y capacidades del sujeto para controlar dicha conducta (p. 109).

En definitiva, Paredes configura el deber de conducta como un deber de no incrementar los riesgos, de no empeorar las situaciones jurídicas preexistentes; el cumplimiento de estas condiciones convierten la conducta en lícita (pp. 143-144), las conductas que superen el nivel de riesgo establecido se considerarán antijurídicas (p. 144).

En el capítulo cuatro analiza el autor la formulación jurisprudencial en torno al deber de conducta. Llega a la conclusión de que el resultado de tal investigación es poco

positivo, por la confusión entre el factor psicológico y el normativo en el desvalor objetivo de la conducta (p. 152), llegándose incluso a rechazar de modo general el concepto de riesgo permitido (p. 156). Si bien destaca que en los últimos años se está produciendo un cambio en la doctrina jurisprudencial (p. 157).

El capítulo cinco se dedica al análisis de los juicios de peligrosidad y de peligro como objeto de valoración del deber de conducta. Tras analizar la naturaleza de estos juicios y su problemática (pp. 164-181), extrae el autor la conclusión de *utilizar juicios de peligro en la definición del deber de conducta*, juicios que no suponen una vulneración del principio de legalidad penal (p. 187). La función del juicio de peligrosidad es la constitución de la base fáctica que da lugar al juicio de infracción del deber de conducta y el criterio es, según el autor, el siguiente: *«para todos los casos en los que exista un cierto nivel de probabilidad (...) de causación del resultado disvalioso, incluso aunque el grado de probabilidad de la no causación sea mayor que este, debe predicarse un juicio afirmativo de peligrosidad»* (p. 194). En definitiva, el juicio de peligrosidad selecciona las conductas respecto de las que es preciso que el sujeto cree o conserve determinadas condiciones de actuación que eviten que la conducta supere en el caso concreto los niveles permitidos de creación de peligro (p. 194).

En el capítulo seis se examina la estructura formal del deber de conducta. Después de un análisis de los argumentos doctrinales que diferencian el contenido del deber de conducta en los delitos activos y omisivos (pp. 207-229), considera el autor que tanto las acciones comisivas como las omisivas en la mayoría de los casos cumplen una misma función en la realidad social, por lo que es lógico que el contenido del deber de conducta en ambos grupos de acciones tenga el mismo contenido (p. 239) (con la excepción los delitos de pura solidaridad, p. 240). El deber de conducta es el deber de realizar determinada clase de conductas de tal forma que el riesgo creado por ellas no alcance ciertos límites (p. 237). Y la diferencia en el deber de conducta de delitos activos y omisivos se produce en el nivel semántico o del contenido: cuando el grupo de conductas no infractoras del deber es reducido se configurará un delito omisivo, mientras que cuando tal grupo resulta ser más amplio se configurará un delito comisivo (p. 250).

En el capítulo siete estudia Paredes la naturaleza del deber de conducta. Rechaza las teorías individualizadoras sobre el deber de conducta (p. 259), si bien se tendrán en cuenta los conocimientos y capacidades especiales del sujeto como supuestos de infracción del deber de conducta, bien por la vía de aceptar una excepción al deber de conducta normal o reformulando dicho deber como criterio del hombre medio en la situación del sujeto y con sus conocimientos y capacidades (p. 259).

El deber de conducta resulta individualizado para cada posición jurídica estableciendo para la misma un número determinado de facultades y deberes y con ello un espacio de actuación; es decir, un espacio de riesgo permitido. Por debajo de dicho espacio de actuación, cuando el sujeto actúa sin llegar al nivel mínimo esperado, la conducta deja de ser lícita. De este modo, *es más respetuosa con la seguridad jurídica y con la libertad de actuación* y se aleja de la punición de meros elementos psicológicos a la que se aproxima el modelo de la evitabilidad individual (p. 270).

En el capítulo ocho se ocupa el autor de los criterios o modelos sobre el grado de diligencia en el cumplimiento del deber. Rechaza los distintos modelos que la doctrina ha elaborado en torno a esta cuestión (p. 309-328) y propone el modelo del hombre me-

dio ideal, modelo construido normativamente y válido como pauta ideal de conducta para un determinado sector del tráfico jurídico (p. 334). En esta situación han de considerarse dos factores: las circunstancias externas y las circunstancias referidas a la posición que el sujeto ocupa dentro del tráfico jurídico (p. 335).

Paredes examina en el capítulo nueve la relevancia de los elementos internos en la definición del contenido del deber de conducta, elementos que se hallan relacionados con la función motivadora que cumple el Derecho Penal.

Para el autor *sólo los elementos internos de carácter normativo tienen relevancia en la definición del deber de conducta*. Estos elementos son la cognoscibilidad de la peligrosidad potencial de la conducta y la controlabilidad del riesgo de ella derivado (p. 355).

La cognoscibilidad ha de ir referida a la cualidad de peligrosa de la conducta. La peligrosidad a la que se refiere este juicio es abstracta. Con este nivel de cognoscibilidad podrá surgir para el sujeto un determinado deber de conducta, de creación o conservación de ciertas condiciones para su actuación (p. 360). El punto de vista que sirve como criterio del juicio de cognoscibilidad se remite al límite de la diligencia debida en el cumplimiento del deber de conducta; esto es, al límite determinado para la posición que ocupa el sujeto en el tráfico jurídico (p. 363).

Una vez afirmada la peligrosidad de la conducta para un bien jurídicopenalmente protegido, se entra en el momento de valoración de las alternativas de actuación existentes en relación con el riesgo de creación de un resultado disvalioso. En este proceso se hace necesario atender al grado de controlabilidad psíquica del sujeto sobre el curso fáctico (p. 373), teniéndose en cuenta las circunstancias del caso y las capacidades de control del riesgo que se presupone a quien ocupa tal posición jurídica (p. 373).

Los conocimientos del sujeto excepcionales o superiores a los normativamente impuestos pueden jugar un papel relevante tanto en la cognoscibilidad del carácter abstractamente peligroso de la conducta como en la controlabilidad psíquica del curso fáctico dentro de los niveles de riesgo permitido (p. 408).

En el capítulo diez aborda el autor la concreción del deber de conducta. Existen supuestos de nivel genérico de concreción del deber y supuestos de excepcionalidad, en concreto supuestos de estado de necesidad y de consentimiento del sujeto pasivo (pp. 419 y 425). Paredes examina las cuestiones relativas a los principios reguladores de la elevación del riesgo permitido y la exigencia de que concurren elementos internos específicos (pp. 463-481). De esta concepción extrae unas consecuencias sistemáticas coincidentes con la teoría de los elementos negativos del tipo (pp. 444-459).

En el capítulo once realiza el autor una serie de indicaciones metodológicas para determinar el nivel máximo de riesgo permitido. Este método es simplícidamente el siguiente: determinación del espacio de alternativas para cada interés concurrente; valoración de las alternativas; determinación de la posibilidad de concurrencia entre los intereses y ordenación de las alternativas (pp. 488-500).

Y las etapas en la concreción de la ponderación de intereses son las siguientes: definición abstracta del nivel máximo de riesgo permitido; definición en atención a la posición que ocupa el sujeto en el tráfico jurídico; y definición en atención a las circunstancias adicionales y peculiares del caso concreto y la valoración que las mismas merecen (pp. 507-510).

Finalmente, en el capítulo doce, Paredes extrae una serie de conclusiones y de propuestas político-jurídicas en tomo al riesgo permitido. Reserva la denominación de riesgo permitido para aquellos supuestos en los que la autorización en general de la conducta peligrosa o lesiva para el bien jurídico se deriva de la toma en consideración de la concurrencia necesaria de otros intereses merecedores de protección jurídica, que han de ser puestos en relación con la protección que el bien jurídico subyacente al tipo merece (p. 517). *Los supuestos de riesgo permitido se ubican en sede de antijuridicidad y son casos de exclusión del desvalor de la conducta* (pp. 519-520). Realiza el autor otras indicaciones diversas de orden dogmático, metodológico y procesal derivadas de la asunción del concepto de riesgo permitido (pp. 519-526). Termina la obra con la formulación de propuestas político-jurídicas en torno a la elaboración de códigos de conducta claros o la introducción de delitos de peligro en ámbitos del tráfico jurídico altamente peligroso entre otros (pp. 526-529).

Como final de este breve resumen quisiera hacer hincapié en la importancia que esta obra científica va a suponer en la aclaración de un tema tan complejo y a la vez tan escasamente estudiado en la doctrina española y tratada en la ciencia alemana con gran diversidad e incluso dispersión de puntos de vista, como señala el Prof. Luzón Peña en el prólogo al libro, y reconoce el propio Paredes en la introducción. Por esta razón el esfuerzo realizado para lograr la definición de un concepto de riesgo permitido con autonomía y sustantividad propia es muy encomiable, máxime cuando el autor ha conseguido con creces su objetivo.

MARIA A. TRAPERO BARREALES  
Becaria de investigación. Universidad de León.



## NOTICIARIO

En la Redacción de la Revista se ha recibido el siguiente documento que, por su interés, reproducimos:

Los abajo firmantes, redactores o posteriormente adheridos al Manifiesto sobre el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia aprobado en Madrid el 5 de noviembre de 1993, de acuerdo con las pautas en él marcadas así como en la reunión de trabajo mantenida en Albacete el 23 de septiembre de 1994, aprueban la siguiente:

### **PROPUESTA ALTERNATIVA AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA OBJECION DE CONCIENCIA**

#### **OBJECION DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR**

##### **I. RÉGIMEN GENERAL.**

1. Propuestas de reforma de la **ley 48/1984 de 26 de diciembre**, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria:

**Uno.** El art. 1.º.3 queda redactado como sigue:

«El derecho a la objeción de conciencia podrá ejercerse:

a) Antes de la incorporación al servicio militar, en cuyo caso suspenderá la misma.

b) Durante la realización del servicio militar, en cuyo caso el solicitante pasará a engrosar el contingente anual para la realización de la prestación social sustitutoria, abonándosele el período ya cumplido de servicio militar.

c) Una vez finalizado el servicio militar, mientras se permanezca en la situación de reserva.

En caso de movilización por causa de guerra sólo podrán ejercer este derecho quienes no hubieran sido llamados a filas con anterioridad.

**Dos.** El art. 2.º.2 queda derogado.

**Tres.** El art. 3.º.1 queda redactado del modo siguiente, tras la supresión de su último inciso:

«En el escrito de solicitud se harán constar, además de los datos personales y de la situación militar del interesado, con expresión del organismo de reclutamiento a que esté adscrito o ante el Ayuntamiento u Oficina Consular en que debe efectuar su inscripción, los motivos de conciencia que se oponen al cumplimiento del servicio militar, así como las aptitudes y las preferencias para realizar la prestación social sustitutoria».

**Cuatro.** El art. 3.º.2 queda derogado.

**Cinco.** El art. 4.º.2 queda redactado del modo siguiente, tras la supresión del último inciso:

«El Consejo resolverá favorablemente la solicitud de objeción de conciencia si el motivo o los motivos en ella alegados figurasen entre los recogidos en el párrafo segundo del art. 1.º, denegando la solicitud en caso contrario».

**Seis.** El art. 8.º.3 queda redactado como sigue:

«En la situación de actividad, el objetor realizará las actividades propias de la prestación social sustitutoria durante un período de tiempo igual al previsto para el servicio militar».

2. Propuestas de reforma del **RD 1.107/93 de 9 de julio**, Reglamento de reclutamiento:

**Uno.** El art. 52 queda redactado como sigue:

«La exención por objeción de conciencia podrá solicitarse desde el momento de la inscripción, de acuerdo con el art. 18.2 de este reglamento».

**Dos.** El art. 54 queda redactado como sigue:

«Cuando un centro de reclutamiento tenga constancia escrita de que un alistado ha solicitado el reconocimiento de objeción de conciencia

con posterioridad a su clasificación como apto, suspenderá su incorporación hasta que recaiga resolución sobre dicha solicitud».

3. Propuesta de reforma del **RD 1.410/94 de 25 de junio**, Reglamento del servicio militar:

**Uno.** Al art. 93 se le añade la siguiente causa de exención tras la incorporación a filas:

«e) Por solicitar ser declarado objetor de conciencia de acuerdo con la legislación vigente, que regirá asimismo la situación jurídica del solicitante a partir del momento de la solicitud».

4. Propuestas de reforma del **RD 266/95 de 24 de febrero**, Reglamento de la objeción de conciencia y prestación social sustitutoria:

**Uno.** El art. 7 queda derogado.

**Dos.** El art. 8.1 queda redactado como sigue:

«La solicitud de reconocimiento como objetor de conciencia podrá presentarse a partir del momento de la inscripción en el alistamiento».

**Tres.** El art. 8.2 queda derogado.

**Cuatro.** El art. 11.1 queda redactado como sigue:

«El Consejo resolverá favorablemente la solicitud de reconocimiento como objetor siempre que en la misma se aleguen los motivos de conciencia a que se refiere el art. 6.2.c) del presente Reglamento».

**Cinco.** El art. 50.3 queda derogado.

### **Fundamentación**

Con independencia de que la objeción de conciencia al servicio militar aparezca reconocida en el art. 30.2 CE, representa sin duda una manifestación del genérico derecho fundamental a la libertad ideológica contenido en el art. 16 CE, que prohíbe absolutamente al resto de los ciudadanos y a los poderes públicos obligar a alguien a poner de manifiesto sus creencias dando publicidad con ello a un derecho estrictamente ligado a la intimidad personal. En consecuencia debe rechazarse la actual regulación de la objeción de conciencia al servicio militar, que condiciona la posibilidad de su ejercicio a investigaciones del Consejo nacional sobre la veracidad de los motivos alegados por quien solicita ser declarado objetor.

Por otra parte la normativa vigente se aparta del principio de máxima expansión de los derechos fundamentales al prohibir el ejercicio de la objeción a quienes ya han adquirido la condición de militares de reemplazo, considerando de este modo la realización del servicio militar como interés de mayor rango que ese derecho fundamental, cuando lo cierto es que la propia Constitución reconoce implícitamente lo contrario al eximir al ciudadano de dicho cumplimiento justamente cuando se declare objetor.

En opinión del Grupo la llamada «objeción sobrevenida» no puede quedar vedada. La posibilidad del ciudadano de ser declarado objetor sólo debería ceder ante el interés de la defensa nacional (art. 30.1 CE) en caso de movilización por causa de guerra, quedando incluso entonces a salvo para aquellos que no hubieran tenido oportunidad de manifestarse con anterioridad al respecto.

Del mismo modo se propugna la igualdad absoluta de tratamiento entre quien realiza el servicio militar y quien ejerce el derecho fundamental a la objeción de conciencia. Ello impide la justificación de un período de cumplimiento diverso y discriminatorio en la prestación social sustitutoria frente al previsto para el servicio militar.

## II. RÉGIMEN DISCIPLINARIO.

1. Propuestas de reforma de la **ley 48/1984 de 26 de diciembre**, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria:

**Uno.** El art. 16 queda redactado como sigue:

«Los objetores de conciencia, durante la situación de actividad, se encontrarán sometidos al régimen disciplinario de los funcionarios públicos en cuanto al catálogo de infracciones sancionables.

Será calificada en todo caso como infracción grave la falta de presentación injustificada del objetor, en el tiempo y lugar que se señale, al servicio asignado».

**Dos.** Al art. 17 se traslada el contenido del actual art. 18, que queda redactado como sigue:

«1. A las infracciones leves corresponderán las siguientes sanciones: a) Amonestación b) Pérdida de remuneraciones hasta un máximo de un mes.

2. A las infracciones graves corresponderá las siguientes sanciones:

a) Adscripción a distinto servicio, dentro del territorio de la misma Comunidad Autónoma.

b) Anulación de los cambios de adscripción acordados a instancia del objetor.

3. Será competente para ejercer la potestad disciplinaria el titular del órgano al que se refiere el número l del art. 12.

4. La comisión de infracciones graves dará lugar a la instrucción del oportuno expediente que se tramitará de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine al efecto, respetando, en todo caso, las garantías del imputado y, en especial, su derecho de audiencia y de defensa.

5. Contra los actos sancionadores cabrá recurso ante el Ministerio de la Presidencia, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa».

**Tres.** El art. 18 queda redactado como sigue:

«El objetor de conciencia que rehusare sin causa legal el cumplimiento de la prestación social sustitutoria quedará inhabilitado para el acceso a la función pública o al ejercicio de la misma, si hubiere accedido con anterioridad, y a la obtención o disfrute de cualquier tipo de beneficio o ayuda pública durante un período de tiempo igual al doble del asignado a la prestación, según la normativa a la sazón vigente.

Una vez cumplida la sanción impuesta, quedará excluido de la prestación social sustitutoria, excepto en caso de movilización por causa de guerra».

2. Propuestas de reforma de la LO 13/91 de 20 de diciembre, del Servicio militar:

**Uno.** Se crea en su Capítulo II una Sección primera, abarcadora de los arts. 6 a 21, con el siguiente epígrafe:

«Sección primera. Régimen general».

**Dos.** En el art. 21.2 se elimina el siguiente inciso final:

«...para su remisión, si procediera, al órgano judicial competente a los efectos previstos en el Código penal».

**Tres.** En el art. 21.3 la última frase queda redactada del modo que sigue:

«...se dará cuenta de ello al expresado órgano a los mismos efectos».

**Cuatro.** En el art. 21.4 se sustituye la expresión «responsabilidad penal» por «responsabilidad disciplinaria».

**Cinco.** Se crea en el Capítulo II una Sección segunda, abarcadora de los arts. 22, 23, 23 bis a, 23 bis b, 23 bis c, con el siguiente epígrafe:

«Sección segunda. Infracciones y sanciones».

**Seis.** El art. 22.1 queda en su inicio redactado como sigue:

«Las personas que infrinjan obligaciones derivadas del reclutamiento serán sancionadas por las causas y con las multas que a continuación se especifican:»

**Siete.** Se introducen los arts. 23 bis a, bis b y bis c, con el siguiente tenor literal:

Art. 23 bis a).

«El que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar no efectuare sin causa legal su incorporación a las Fuerzas armadas en el plazo fijado para ello será sancionado con la pérdida de licencias y permisos en cuantía proporcional al tiempo transcurrido hasta su incorporación, pudiendo incrementarse el período de cumplimiento hasta un mes como máximo».

Art. 23 bis b).

«El que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares y sin haberse incorporado a las Fuerzas Armadas rehusare sin causa legal este cumplimiento quedará inhabilitado para el acceso a la función pública o al ejercicio de la misma, si hubiere accedido con anterioridad, y a la obtención o disfrute de cualquier tipo de beneficio o ayuda pública durante un período de tiempo igual al doble del asignado al servicio militar según la normativa a la sazón vigente».

Art. 23 bis c).

«Será competente para la imposición de las sanciones previstas en los dos artículos anteriores el Director general del Servicio militar, según el procedimiento que reglamentariamente se establezca».

3. Propuesta de reforma de la **LO 12/85 de 27 de noviembre**, de Régimen disciplinario de las Fuerzas armadas:

**Uno.** El art. 3 en su segundo párrafo queda redactado como sigue:

«A los militares de reemplazo les será de aplicación durante la prestación del servicio militar. No se considerarán tales quienes solicitaren ser declarados objetores de conciencia de acuerdo con la ley tras haber iniciado el cumplimiento de dicha prestación. También les será de aplicación a los españoles que se incorporen a prestar servicio en las Fuerzas Armadas por aplicación de la legislación reguladora de la movilización nacional».

4. Propuestas de reforma del **RD 1.107/93 de 9 de julio**, Reglamento de reclutamiento:

**Uno.** En los arts. 129.5 y 131 se deroga el siguiente inciso final:  
«...para su remisión, si procediera, al órgano judicial competente a los efectos previstos en el Código penal».

**Dos.** En el art. 130 se sustituye la expresión «responsabilidad penal» por «responsabilidad disciplinaria».

**Tres.** El art. 132.2 queda redactado del modo siguiente:

«Si se presentase o fuese habido después de transcurrido un año desde la iniciación del procedimiento se dará cuenta de ello a la Dirección general del Servicio militar, a los efectos sancionadores oportunos».

5. Propuestas de reforma del **RD 266/95 de 24 de febrero**, Reglamento de la objeción de conciencia y prestación social sustitutoria:

**Uno.** Los arts. 68 y 69 c) quedan derogados.

**Dos.** El art. 70 queda redactado como sigue:

«Los objetores de conciencia, durante la situación de actividad, se encontrarán sometidos al régimen disciplinario de los funcionarios públicos en cuanto al catálogo de infracciones sancionables.

Será calificada en todo caso como infracción grave la falta de presentación injustificada del objetor, en el tiempo y lugar que se señale, al servicio asignado».

**Tres.** El art. 71 queda redactado como sigue:

«A las infracciones graves corresponderán las siguientes sanciones:

a) Adscripción a distinto servicio, dentro del territorio de la misma Comunidad Autónoma.

b) Anulación de los cambios de adscripción acordados a instancia del objetor.

## Fundamentación

De acuerdo con la filosofía que inspira al Manifiesto, en tanto no se transforme el actual sistema del servicio militar obligatorio, se considera imprescindible atenuar el rigor sancionador de la actual legislación, que ha elevado a la categoría de delito conductas que, a tenor de los

principios propios de una política criminal progresista y en particular de las exigencias derivadas del principio de intervención mínima, sólo deberían inscribirse en el campo de las infracciones administrativas. Parecen, por consiguiente, suficientemente conminatorias las sanciones de inhabilitación que se proponen, no siendo necesario recurrir a la legislación penal salvo casos muy graves: El daño social que comporta la negativa a realizar el servicio militar o la prestación social sustitutoria únicamente adquiere la gravedad suficiente para merecer una respuesta punitiva en caso de movilización por causa de guerra.

Por otro lado, en lo que se refiere al período de cumplimiento efectivo de la prestación social sustitutoria, el régimen vigente se inspira en una consideración del objeto excesivamente «militarizada», haciendo tabla rasa con el diferente tratamiento que demanda la normativa constitucional. De ahí que se proponga la homologación del régimen disciplinario del objeto con el de los funcionarios civiles.

### III. RÉGIMEN PENAL.

#### 1. Propuesta de reforma del Código penal militar:

**Uno.** El art. 120 queda redactado como sigue:

«Comete deserción el militar que con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia.

Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra, será castigado con la pena de seis a quince años.

No será punible, a los efectos de este artículo, el militar de reemplazo que solicitare debidamente el reconocimiento de la condición de objeto, siendo ésta la causa de su ausencia».

#### 2. Propuestas de reforma del Código penal común:

**Uno.** El art. 135 bis h queda derogado.

**Dos.** El art. 135 bis i queda redactado como sigue:

«El que, en caso de movilización por causa de guerra, fuere citado reglamentariamente para el cumplimiento de sus obligaciones militares y rehusare sin causa legal este cumplimiento será castigado con la pena de prisión menor y la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena».

3. Propuesta de reforma de la **LO 8/84 de 26 de diciembre**, sobre régimen de recursos en casos de objeción de conciencia, y régimen penal:

**Uno.** El art. 2 queda redactado como sigue:

«En caso de movilización por causa de guerra, el objetor de conciencia que rehusare sin causa legal cumplir la prestación social sustitutoria será castigado con las penas de prisión menor e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena».

### Fundamentación

Como ya se anticipaba, el recurso a la pena se circunscribe a situaciones de máximo peligro social, las de movilización por causa de guerra, en las que el incumplimiento de deberes constitucionales demanda una respuesta enérgica. Siempre se deja a salvo el derecho del ciudadano que no hubiere sido llamado a filas con anterioridad a ejercer la objeción de conciencia y a realizar en caso de guerra tareas vinculadas a la defensa civil del Estado. En cualquier caso se atenúa el rigor punitivo con respecto a la legislación vigente.

Se mantiene la sanción penal para el delito de desertión ya que la normativa propuesta contempla suficientemente el derecho a la «objeción sobrevenida». Con el fin de aclarar la atipicidad de esa conducta se añade un nuevo párrafo al art. 120 del CPM. (\*)

---

(\*) Posición de una **minoría cualificada** sobre la Propuesta precedente:

Una posición minoritaria cualificada del Grupo considera que en la Propuesta precedente no deberían aparecer los siguientes preceptos:

**Uno.** Los propuestos último párrafo del art. 1.º.3, e inciso *in fine* del último párrafo del art. 18, ambos de la ley 48/84 de 26 de diciembre, en la medida en que establecen salvedades a la regulación general en casos de movilización por causa de guerra.

**Dos.** El propuesto art. 135 bis i del Código penal común.

**Tres.** El propuesto art. 2 de Ley orgánica 8/84 de 26 de diciembre.

Para ello establecen el siguiente **fundamento**:

Es muy difícil para un grupo de juristas comprometidos con la libertad y defensa de la paz disculpar cuáles deban ser las respuestas jurídicas en una situación bélica o prebélica: Precisamente la guerra anula las posibilidades del Derecho para ordenar y racionalizar los conflictos, es la **negación del Derecho**. Reconociendo ese imponderable, consideramos que no se deben establecer diferencias en el régimen general de la objeción de conciencia en función de que se haya producido una movilización por causa de guerra.

Si se parte del principio de que en el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de conciencia y el interés de la defensa debe prevalecer, por razones de coherencia constitucional, el primer derecho, no parece suficientemente justificado el afirmar a continuación que en caso de movilización por causa de guerra tal derecho debe ceder su primacía: Con ello se vaciaría durante ese período de tiempo el contenido esencial de ese derecho fundamental, propiamente a partir de la declaración formal de movilización no existiría tal derecho.

Tampoco se estima admisible equiparar, a la hora de mantener la criminalización del incumplimiento de la prestación por el objetor en situaciones de movilización, al ciudadano incorporado a filas y al objetor así reconocido: La prestación social sustitutoria a la que se niega difícilmente tiene engarce o relación con la defensa nacional. Al respecto, deberían deslindarse tareas solidarias en favor de la vida, salud o libertad de las personas de aquellas que supongan directa o indirectamente la intervención en el conflicto armado. Sólo respecto a las primeras debería exigirse la colaboración al objetor en caso de movilización por causa de guerra.

## **OBJECION DE CONCIENCIA DEL PERSONAL SANITARIO EN RELACION CON LA INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO**

### **1. Propuesta de reforma de la Ley General de Sanidad:**

**Uno.** Se introduce en la Ley General de Sanidad o en la disposición oportuna con rango de Ley en la que aparezcan reguladas las condiciones legales para la interrupción voluntaria del embarazo, con la numeración que corresponda, el siguiente articulado:

#### **Art. 1**

El personal sanitario podrá formular objeción de conciencia a la realización de intervenciones de interrupción del embarazo. La reserva a participar en las mismas queda limitada a los actos que supongan la realización del aborto o la participación en el mismo, sin que pueda extenderse en ningún caso a la asistencia sanitaria general anterior y posterior a la intervención.

#### **Art. 2**

La Administración sanitaria arbitrará los mecanismos oportunos para que conste debidamente actualizada la condición de objetor del personal sanitario que se declare como tal.

#### **Art. 3**

La declaración como objetor se extiende a la práctica o intervención en interrupciones del embarazo en cualquier clase de centro sanitario, así como a los procedimientos específicos de asesoramiento e información legalmente previstos.

Excepto en el supuesto previsto en el artículo siguiente la práctica o intervención en interrupciones del embarazo en centros privados por parte de quien esté reconocido como objetor en centros sanitarios públicos llevará consigo la pérdida de la condición de objetor y será constitutiva de falta muy grave.

#### **Art. 4**

La objeción de conciencia no puede ser invocada por el personal sanitario cuando por razones de urgencia la práctica del aborto sea indispensable para salvaguardar la vida o la salud de la mujer. En este supuesto, la negativa a la prestación dará lugar a la exigencia de las responsabilidades jurídicas correspondientes.

#### **Art. 5**

Las autoridades sanitarias garantizarán que en toda la red pública preste servicio personal no objetor para asegurar la práctica de las interrupciones del embarazo permitidas por la Ley.

## Fundamentación

La regulación de supuestos en los que se despenaliza la realización de interrupciones voluntarias del embarazo supone el reconocimiento del derecho de la mujer a decidir sobre tal extremo en los casos admitidos legalmente. Sin embargo, la existencia en la sociedad española de convicciones contrarias a estas intervenciones obliga a hacer compatible el ejercicio del derecho de la mujer con el de la libertad ideológica y religiosa a la que pertenecen dichas convicciones y, consecuentemente, a reconocer al personal sanitario el derecho a negarse a intervenir en la práctica del aborto. Su regulación debe llevarse a cabo en una disposición con rango de ley que desarrolle todos los aspectos sanitarios de la interrupción del embarazo.

La Propuesta parte, en esta materia, de que la interrupción del embarazo debe formar parte de la prestación sanitaria pública. En tal situación, el *principio general* que inspira esta regulación es el de que la Administración debe garantizar tanto el derecho del objetor como el de la mujer, mediante la adscripción de personal no objetor a todos los centros de la red pública, con lo que se evita reducir el problema de la objeción de conciencia a la casuística de un conflicto individual entre el derecho de la mujer y el del personal sanitario. Esta es, además, la razón por la que la Propuesta se limita al personal de los centros públicos, en los que la objeción exime del deber de una prestación de tal naturaleza, que para el no objetor forma parte de sus funciones; por el contrario, en el caso de los centros privados, la problemática se traslada a la normativa general reguladora de la relación laboral.

La Propuesta recoge el ámbito del derecho a objetar, las garantías para la prestación pública de cuyo deber se exime y los límites del derecho del objetor. En cuanto al *ámbito de ejercicio del derecho*, se reconoce el derecho a objetar para todo el personal sanitario pero sólo en relación a aquellos actos directamente relacionados con el motivo de la objeción, esto es, con la realización de la intervención y la participación directa en la misma, que son los únicos que pueden plantear el conflicto entre el deber de prestación sanitaria y la convicción del objetor. El resto de la asistencia sanitaria, anterior y posterior a la intervención, no pertenece a la práctica del aborto y no plantea conflicto alguno, siendo plenamente exigible el cumplimiento del deber propio de la función.

En cambio, se excluye al objetor de los procedimientos específicos de asesoramiento e información a la mujer que pretende abortar, sin que ello suponga admitir que tales actos puedan objetarse por motivos de conciencia; se trata, en realidad, de una garantía de la prestación sanitaria, que debe proporcionar la información y el asesoramiento de manera absolutamente objetiva, sin que pueda encomendarse tal función al personal que manifiesta su oposición de principio a la práctica del aborto.

El hecho de que el deber de prestación pública sanitaria ceda ante el ejercicio del derecho a objetar obliga a establecer otras *garantías* para la prestación, que aseguren que la exención del deber se produce sólo cuando realmente está presente el supuesto que la motiva; al respecto, la comprobación de la inexistencia de la convicción —más difícil en otro tipo de objeciones— es perfectamente posible, como demuestra la experiencia de otros países, cuando se llevan a cabo en el ámbito privado exactamente los mismos actos que se rechazan como parte de un deber público. Con ello no se pretende controlar la coherencia interna de las convicciones del objetor, sino negar el ejercicio del derecho a la objeción cuando se demuestra que no existe la convicción personal que constituye su presupuesto.

Para evitar la alegación injustificada de la objeción de conciencia en detrimento de la prestación sanitaria, se prohíbe al objetor en centros públicos la realización de abortos en centros privados, estableciéndose para su eficacia la constancia pública de la condición de objetor y una doble consecuencia jurídica en caso de incumplimiento de la prohibición: el objetor perderá la condición de tal y quedará obligado a la prestación al anularse la razón de la exención y, por otro lado, su conducta puede ser sancionada como falta muy grave, por consistir en la elusión de obligaciones propias de su función mediante alegación fraudulenta de motivos inexistentes. Lógicamente, tales consecuencias no deben producirse para el objetor que lleva a cabo un aborto por razones de urgencia y para salvaguardar la vida o la salud de la mujer.

Tales situaciones constituyen, por último, el *límite* del ejercicio del derecho del objetor, que como todos los derechos fundamentales, no es absoluto. Aunque se parte de la prestación sanitaria pública que garantiza en todo caso la realización del aborto, la ley debe prever la solución del conflicto entre el derecho a objetar y los derechos de la mujer, para los casos extremos en que hipotéticamente pudiera llegar a producirse. El conflicto se limita a supuestos urgentes en los que sea necesario salvaguardar la vida y la salud, resolviéndose en favor de estos últimos derechos, por lo que en tal caso se mantiene la exigencia del deber sanitario y se establece la responsabilidad por su incumplimiento, dejándose a su oportuna depuración la calificación dentro del ámbito meramente disciplinario o bien la remisión al ordenamiento penal.

## OBJECION DE CONCIENCIA DEL PERSONAL SANITARIO EN RELACION CON LOS SUPUESTOS DE DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA

### 1. Propuesta de reforma de la Ley General de Sanidad.

**Uno.** Se introduce en la Ley General de Sanidad el siguiente precepto:

Art. 10-bis.

Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario en relación con los supuestos de disponibilidad de la propia vida a los que se refieren el párrafo octavo del artículo anterior y el artículo 408-2 del Código Penal. (1)

En todo caso, el médico objetor que tenga bajo su responsabilidad a un enfermo que, por sí o a través de sus representantes legales, familiares o allegados en las condiciones previstas en las disposiciones anteriormente citadas, solicite ayuda para morir, deberá ponerlo en conocimiento del centro, a fin de que éste facilite la asignación de otro facultativo.

La Administración sanitaria competente garantizará que en la red pública preste servicio personal no objetor para asegurar la efectiva realización de los derechos relativos a la disponibilidad de la propia vida.

El médico objetor no podrá negarse a que otro facultativo dispuesto a asistirle en su petición se haga cargo del paciente.

El comportamiento que impida el ejercicio de los referidos derechos por parte del enfermo dará lugar a las consiguientes responsabilidades jurídicas.

### Fundamentación

El reconocimiento y regulación de la objeción de conciencia del personal sanitario es una consecuencia necesaria de la posición adoptada en el anterior documento elaborado por el Grupo de Estudios de Política Criminal, pues las mismas razones de respeto a la autonomía individual que llevaron a formular una propuesta alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida militan a favor de conceder una suficiente atención a la libertad de conciencia de los profesionales que se encuentren en tales situaciones.

---

(1) Los artículos mencionados no son textos vigentes, sino que corresponden a la propuesta de regulación de los supuestos de eutanasia realizada en su momento por el Grupo de Estudios de Política Criminal. Véase *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*. Grupo de Estudios de Política Criminal. 1993.

Para lograr un tratamiento coherente con lo propuesto en el anterior documento se ha optado por una remisión expresa a los preceptos de la Ley General de Sanidad y del Código Penal en la versión alternativa elaborada. La referida doble remisión implica extender el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia a todas las situaciones eutanásicas, frente a lo sostenido por una opinión minoritaria que consideraba que debía reducirse a los supuestos de eutanasia activa.

La regulación se completa con la previsión de una serie de cautelas diligidas a garantizar el cumplimiento efectivo del ejercicio del derecho a la disponibilidad de la propia vida y del respeto a la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios, logrando una debida armonización entre ambos derechos.

En Madrid, a 27 de enero de 1995.

**ALONSO SUAREZ, JOSE ANTONIO**

Magistrado. Juzgado de lo Penal n.º 14 de Madrid

**ALVAREZ ALVAREZ, GREGORIO**

Magistrado. Juzgado de 1.ª instancia e instrucción n.º 2 de Salamanca

**ANDRES IBAÑEZ, PERFECTO**

Presidente de la Secc. 15. Audiencia provincial de Madrid

**ASENCIO CASTILLAN, HERIBERTO**

Magistrado. Audiencia provincial de Sevilla

**ASUA BATARRITA, ADELA**

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de San Sebastián

**BERLANGA RIBELLES, EMILIO**

Magistrado. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

**BIURRUN MANCISIDOR, GARBIÑE**

Magistrada. Juzgado de lo Social, n.º 3 de San Sebastián

**BORJA JIMENEZ, EMILIANO**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

**BUENO ARUS, FRANCISCO**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Pontificia de Comillas  
(Madrid)

**CANTARERO BANDRES, ROCIO**

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de la Rioja

**CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de las Islas Baleares

**CARMENA CASTRILLO, MANUELA**

Magistrada. Jueza-decana de Madrid.

**CARMONA RUANO, MIGUEL**

Presidente de la Audiencia provincial de Sevilla

**CID MOLINE, JOSE**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

**CONDE PUMPIDO, CANDIDO**

Magistrado. Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo

**CUERDA RIEZU, ANTONIO**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León

**CUESTA ARZAMENDI, JOSE LUIS DE LA**

Vicerrector y catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco

**DIEZ RIPOLLES, JOSE LUIS**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga

**D'OLHABERRIAGUE RUIZ DE AGUIRRE, JUAN IGNACIO**

Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 30 de Barcelona.

**DOÑATE MARTIN, ANTONIO**

Magistrado. Juzgado de lo Penal, n.º 7 de Barcelona

**ELOSEGUI SOTOS, AURORA**

Magistrada. Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 51 de Madrid.

**ESPINOSA CASARES, IGNACIO**

Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

**FERNANDEZ ENTRALGO, JESUS**

Presidente de la Secc. 17. Audiencia provincial de Madrid.

**FERNANDEZ RODRIGUEZ, MARIA DOLORES**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Murcia

**FLUITERS CASADO, RAFAEL**

Magistrado. Juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia e instrucción n.º 1 de Alcalá de Henares. Madrid

**GARCIA ALARCON, VIRGINIA**

Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 22 de Madrid

**GARCIA ARAN, MERCEDES**

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

**GARCIA DE DIOS FERREIRO, RAMIRO**

Magistrado. Juzgado de instrucción n.º 9 de Bilbao

**GARCIA GARCIA, SANTIAGO**

Magistrado. Audiencia Provincial de Huelva.

**GARCIA RIVAS, NICOLAS**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha

**GIL MERINO, ANTONIO**

Presidente de la Secc. 7.ª Audiencia provincial de Sevilla.

**GRACIA MARTIN, LUIS**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza

**GOIZUETA RUIZ, FERNANDO**

Magistrado. Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 16 de Valencia.

**GONZALEZ GONZALEZ, ESTHER**

Magistrada. Juzgado de 1.ª instancia e instrucción n.º 1 de Zamora

**GURDIEL SIERRA, MANUEL**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

**HORMAZABAL MALAREE, HERNAN**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Gerona

**IBAÑEZ SOLAZ, MARIA F.**

Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 16 de Valencia

**LAMARCA PÉREZ, CARMEN**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Carlos III

**LANDROVE DIAZ, GERARDO**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia

**LAURENZO COPELLO, PATRICIA**

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga

**LOZANO ALVAREZ, M.<sup>a</sup> ANTONIA**  
Magistrada. Juzgado de lo Social n.º 29 de Madrid

**MANGLANO SADA, LUIS**  
Magistrado. Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

**MAPELLI CAFFARENA, BORJA**  
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

**MAQUEDA ABREU, MARIA LUISA**  
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Almería

**MARTIN CORREDERA, JOSE FELIX**  
Magistrado. Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 2 de Plasencia-Cáceres.

**MARTIN PALLIN, ANTONIO**  
Magistrado. Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo

**MARTINEZ GONZALEZ DEL CAMPO, JOSE MIGUEL**  
Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 3 de Vitoria-Gasteiz.

**MARTINEZ PEREZ, CARLOS**  
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña

**MORALES PRATS, FERMIN**  
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

**MORAN GONZALEZ, MANUEL**  
Magistrado. Audiencia Provincial de Salamanca

**MOVILLA ALVAREZ, CLAUDIO**  
Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

**MUÑOZ CONDE, FRANCISCO**  
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

**MUÑOZ SANCHEZ, JUAN**  
Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Málaga

**NAVARRO ESTEBAN, JOAQUIN**  
Magistrado. Audiencia Provincial de Madrid.

**NIETO GARCIA, LUIS CARLOS**

Magistrado. Juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia e instrucción, n.º 1 de Montijo.  
Badajoz

**ORTEGA LORENTE, JOSE MANUEL**

Magistrado. Juzgado de instrucción n.º 5 de Valencia

**PANTOJA, FELIX**

Fiscal de Menores de Madrid

**PAUL VELASCO, JOSE MIGUEL DE**

Magistrado. Audiencia Provincial de Sevilla

**PENIN ALEGRE, CLARA**

Magistrada. Juzgado de Instrucción n.º 29 de Madrid

**PEREZ-BENEYTO ABAD, JOSE JOAQUIN**

Magistrado. Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia e Instrucción n.º 2 de  
Jerez de la Frontera. Cádiz.

**PESTANA PEREZ, MARIO**

Magistrado. Juzgado de 1.<sup>a</sup> Ins. e Instrucción n.º 1 de Leganés. Madrid.

**POLAINO NAVARRETE, MIGUEL**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

**PRADA SOLAESA, JOSE RICARDO DE**

Magistrado. Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

**RODRIGUEZ ACHUTEGUI, EDMUNDO**

Magistrado. Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia e Instrucción n.º 2 de  
Laredo-Santander.

**RODRIGUEZ RAMOS, LUIS**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

**RODRIGUEZ SANTOCILDES, FCO. JAVIER**

Magistrado. Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia e Instrucción n.º 1 de  
El Grado-Asturias

**ROMEO LAGUNA, JUAN**

Magistrado. Audiencia provincial de Sevilla.

**ROSAL BLASCO, BERNARDO DEL**

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante.

**SAEZ VALCARCEL, RAMON**

Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 38 de Madrid

**SANCHEZ ANDRADA, JESUS**

Magistrado. Juzgado de 1.ª instancia e instrucción n.º 1 de Sanlúcar de Barrameda. Cádiz

**SOLE PUIG, ASCENSION**

Magistrada. Juzgado de lo Social n.º 28 de Barcelona.

**SUAREZ GONZALEZ, CARLOS**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

**TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARIA**

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Lérida

**TERRADILLOS BASOCO, JUAN**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz

**VALLE MUÑIZ, JOSE MANUEL**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Lérida

**VENTURA FACI, RAMIRO**

Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 118 de Barcelona

**VIDAL i MARSAL, SANTIAGO**

Magistrado. Juzgado de lo Penal n.º 1 de Sabadell-Barcelona

**VIRTO LARRUSCAIN, M.ª JOSE**

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad del País Vasco

**ZUGALDIA ESPINAR, JOSE MIGUEL**

Decano y Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada



## Nuevo Catedrático de Derecho Penal

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos la Universidad ha obtenido la Cátedra de Derecho Penal D. Juan Carlos Ferré Olivé, en la Universidad de Huelva.

# INDICE GENERAL DEL TOMO XLVIII

## FASCICULO III

	<u>Págs.</u>
<b>SECCION DOCTRINAL</b>	
<i>Estafa mediante cheque en el Código Penal de 1995</i> , por Rodrigo Fabio Suárez Montes .....	689
<i>La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal</i> , por José Manuel Valle Muñiz .....	709
<i>Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida</i> , por Angel José Sanz Morán .....	783
<i>La «rigurosa aplicación de la Ley»</i> , por Enrique Bacigalupo .....	849
<i>Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad</i> , por Elena Larrauri .....	865
<i>«La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal»</i> , por Rafael Alcácer Guirao .....	887
<b>CRONICAS EXTRANJERAS</b>	
<i>Intervención delictiva e imputación objetiva</i> , por Heiko H. Lesch ...	911
<b>SECCION LEGISLATIVA</b>	
<i>Disposiciones</i> , por M. <sup>a</sup> del Carmen Figueroa Navarro .....	973
<b>SECCION DE JURISPRUDENCIA</b>	
<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Santiago Mir Puig: «Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿Concurso de leyes o concurso de delitos?», por Sergi Cardenal Montraveta .....	1009
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	
<i>Recensión del libro «El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual»</i> , por M. <sup>a</sup> Cinta Espuny Domingo .....	1053
<i>Recensión del libro «El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)»</i> , por María A. Traperó Barreales .....	1058
<b>NOTICARIO</b>	
<i>Propuesta alternativa al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia</i> .....	1063
<i>Nuevo Catedrático de Derecho Penal</i> .....	1083

# INDICE

## FASCICULO III

Págs.

### SECCION DOCTRINAL

<i>Estafa mediante cheque en el Código Penal de 1995</i> , por Rodrigo Fabio Suárez Montes .....	689
<i>La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal</i> , por José Manuel Valle Muñiz .....	709
<i>Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida</i> , por Angel José Sanz Morán .....	783
<i>La «rigurosa aplicación de la Ley»</i> , por Enrique Bacigalupo .....	849
<i>Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad</i> , por Elena Larrauri .....	865
<i>«La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal»</i> , por Rafael Alcácer Guirao .....	887

### CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Intervención delictiva e imputación objetiva</i> , por Heiko H. Lesch .....	911
--	-----

### SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> , por D. <sup>a</sup> M. <sup>a</sup> del Carmen Figueroa Navarro .....	973
--	-----

### SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Santiago Mir Puig: «Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿Concurso de leyes o concurso de delitos?», por Sergi Cardenal Montraveta .....	1009
--	------

### BIBLIOGRAFIA

<i>Recensión del libro «El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual»</i> , por M. <sup>a</sup> Cinta Espuny Domingo .....	1053
<i>Recensión del libro «El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)»</i> , por María A. Trapero Barreales .....	1058

### NOTICIARIO

<i>Propuesta alternativa al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia</i> .....	1063
<i>Nuevo Catedrático de Derecho Penal</i> .....	1083

