

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLIX
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMXCVI

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.^º

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.^ª del
Tribunal Supremo

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Palma de Mallorca

JOSE CEREZO MIR

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

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

Ex-Presidente de la Sala Segunda del
Tribunal Supremo
Magistrado del Tribunal Constitucional

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Ex-Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JOSE MARIA STAMPA BRAUN
Catedrático Jubilado de Derecho penal de la
Universidad Nacional de Educación a Distancia

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

MANUEL GARCIA MIGUEL

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

ANGEL TORIO LOPEZ
Catedrático Emérito de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES



MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Centro de Publicaciones
San Bernardo, 62 — 28015 Madrid.
Teléfonos: 390 20 84 / 82
Periodicidad: CUATRIMESTRAL

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**

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLIX
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMXCVI

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

N.I.P.O.: 060-96-002-9
I.S.S.N.: 0210-3001
Depósito Legal: M-126-1958

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

IN MEMORIAM

Un recuerdo obligado: Don José Guallart y López de Goicoechea, Catedrático de Derecho Penal (1899-1995)

JUAN-FELIPE HIGUERA GUIMERÁ

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza

El 15 de septiembre de 1995 falleció en Zaragoza después de una dilatada vida Don José Guallart y López de Goicoechea.

El Prof. Guallart y López de Goicoechea nació en Zaragoza en el año 1899. Inició su actividad universitaria en su ciudad natal en 1921 como Ayudante de clases prácticas, siendo posterior y sucesivamente Profesor Auxiliar y Encargado de Cátedra.

En el año 1940 logró la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza. Fue Secretario General de esta Universidad durante los años 1943 a 1946, siendo Rector Don Miguel Sancho Izquierdo. También fue Decano de la Facultad de Derecho durante los años 1949 a 1957.

Se jubilaría en el curso académico 1968-69, dedicándole, entonces, la Revista «Temis» un libro homenaje.

Numerosas promociones de alumnos recibieron y se beneficiaron de las enseñanzas del Prof. Guallart y López de Goicoechea dejando entre todos ellos un gran recuerdo que perdura.

Su maestro sería el Catedrático de Derecho Penal Don Inocencio Jiménez. Amplió estudios en el extranjero: Francia, Italia, Bélgica y Alemania.

En Alemania, fue discípulo de los prestigiosos penalistas Grünhut y Graf zu Dohna, dedicando su atención, principalmente, a los problemas que plantea la metodología jurídica, la teoría jurídica del delito y la delincuencia y tratamiento de los menores.

En el año 1924, profesó en la Universidad de Zaragoza un trascendental curso de «Lecciones de Metodología Jurídica».

En relación con la teoría jurídica del delito es preciso resaltar las siguientes contribuciones científicas: «La antijuridicidad como elemento del delito» (Rev. Universidad, Zaragoza, VIII, 3/4); «Los elementos subjetivos de la antijuridicidad» (Rev. Universidad de Zaragoza, VIII, 5); «El adecuado lugar de la tipicidad en la construcción técnica del delito» (Rev. de Estudios Jurídicos, Madrid, fasc. de Derecho Penal número 2, julio de 1943); «Derecho Natural y Derecho Penal. El contenido de la antijuridicidad» (Rev. Temis, Zaragoza, n.º 7, 1960).

Don José Guallart y López de Goicoechea debido a su gran espíritu humanista se interesó, fervientemente, por el mundo de los menores. En el año 1931 fue nombrado Vocal del Tribunal de Menores de Zaragoza, llegando a ser su presidente en el año 1944. Ocupó también la presidencia de la Unión Nacional de Tribunales de Menores de España durante los años 1951 a 1956. Fue también Vocal del Consejo Superior de Protección de Menores desde el año 1934, ostentando además el cargo de Vicepresidente primero de la Junta Provincial de Menores de Zaragoza.

Sus estudios relacionados con los menores son, entre otros muchos, los siguientes: En primer lugar su Tesis doctoral «El Derecho penal de los menores» (Tip. La Académica, Zaragoza, 1925); «Las naves asilos en el tratamiento italiano de la juventud abandonada y delincuente» (Rev. Universidad, Zaragoza, 1924); «Los Tribunales para menores en Italia» (Madrid, 1930); «Tribunal Tutelar de Menores de Zaragoza. Su labor a través de diez años de actuación. Estadísticas» (Zaragoza, 1932); «XI reunión de la Comisión consultiva de la Infancia delincuente y socialmente abandonada en Vaucresson, 1965» (Rev. Obra de Protección de Menores, Madrid, 1965); «El menor, preocupación central en el Congreso de Estocolmo» (Rev. Obra de Protección de Menores. Madrid, 1965); «El trabajo de nuestros menores» (Ponencia presentada a la XX Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores (Logroño, 1966) T. E. El Noticiero, etc.

En el ámbito internacional fue miembro de la Comisión Consultive de L'Enfance delinquante et socialment inadaptable de la Unión Internationale de Protection de L'Enfance (UIPE), así como de la Association Internationale des Magistrats de la Jeunesse (AIME) con sede en Bruselas.

Especial atención prestó a la Historia del Derecho penal, con los siguientes estudios: «El Derecho Penal de la Compilación de Huesca. 1247» (Tmp. Herald de Aragón, 1951); «El principio nullum crimen, nulla poena, sine previa lege, en los Fueros de Aragón» (volumen de Homenaje a la memoria de Don Juan Moneva y Pujol, Zaragoza, T. E. El Noticiero, 1954); «El padre de Huérfanos del Municipio de Zaragoza» (publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Tip. Librería General, Zaragoza, 1942), etc.

También, el Prof. Guallart y López de Goicoechea publicó distintos estudios jurídicos relacionados con temas de la actualidad de su tiempo, debiéndose destacar los siguientes trabajos: «El suero de la verdad en su

aspecto jurídico-procesal» (en el volumen de la Real Academia de Medicina de Zaragoza, 1954); «La guerra crimen» (en el volumen La guerra moderna, de la Universidad de Zaragoza y la Diputación Provincial de Navarra, Imp. Octavio y Félez, Zaragoza, 1956); «El proceso de Lieja a la luz de la Eutanasia del Derecho y de la Moral» (Rev. Temis, números 12 y 13, 1962-63); «Problemas penales del Turismo» (comunicación al VII Coloquio de las Facultades Pirenaicas, Montpellier, 1967); «Aspectos jurídicos penales de los accidentes de tráfico» (Boletín del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses; Madrid, 1967).

Además, dedicaría una serie de conferencias de muy alto valor al tema de la pena de muerte, como por ejemplo: «Problemas sobre la pena capital». (Lección inaugural del Curso en el Ateneo Universitario. Academia de Derecho, 24 de enero de 1955); «Momento actual del problema de la pena de muerte (Academia de Derecho y Letras del Colegio Mayor Universitario La Salle de Zaragoza, 5 de marzo de 1963); y «El debate sobre la pena de muerte» en el (Colegio Mayor Universitario San José de Pignatelli de Zaragoza, 15 de enero de 1965). El ejemplo, el señorío y la obra de Don José Guallart y López de Goicoechea se prolonga, felizmente, en su hijo el Prof. Dr. Don Alfonso Guallart de Viala, Profesor Titular de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza. Hemos intentado recordar y recoger las obras científicas más importantes del Catedrático de Derecho penal desgraciadamente desaparecido, y evocar su personalidad, como un homenaje obligado a su memoria siendo imposible citar aquí toda su amplia obra científica que junto a su gran humanidad, extraordinaria modestia y total entrega a la Universidad española le configuran, verdaderamente, como un muy digno ejemplo a seguir por todos.

Descanse en paz Don José Guallart y López de Goicoechea.

SECCIÓN DOCTRINAL

El delito como acción culpable

JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza

Una acción típica y antijurídica sólo es culpable si le podía ser reprochado al sujeto, en la situación concreta en que se hallaba, que hubiera obrado en contra de las exigencias del ordenamiento jurídico. La antijuridicidad implica la infracción de una norma de determinación (una prohibición o un mandato, en los delitos de omisión). Es una relación objetiva de contradicción entre la conducta humana y el ordenamiento jurídico. En la culpabilidad se examina, en cambio, si le puede ser reprochada al sujeto la infracción de la norma de determinación, es decir la realización de la acción u omisión típica y antijurídica. Esto sólo es posible, como veremos, si esa persona, en la situación concreta en que se hallaba, podía obrar de otro modo, de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico.

La culpabilidad es un elemento esencial del concepto del delito en el nuevo Código penal español. Ello se advierte ya en la utilización del término imprudentes en la definición de los delitos y faltas, en el artículo 10. La imprudencia implica no sólo la inobservancia del cuidado objetivamente debido (elemento del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes) (1), sino también la capacidad del sujeto para observar dicho cuidado (lo que implica la previsión o posibilidad de prever la producción del resultado delictivo) y que le fuera exigible su observancia. Que la culpabilidad es un elemento esencial del concepto del delito se deduce también de la inclusión, en el catálogo de eximentes del art. 20, de la anomalía o alteración psíquica (n.º 1.º), de la intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan

(1) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I, Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 415 y ss.

efectos análogos, o de actuar bajo la influencia del síndrome de abstinencia (n.º 2.º), de la grave alteración de la conciencia de la realidad, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia (n.º 3.º), del estado de necesidad cuando el mal causado sea igual al que se trataba de evitar (n.º 5.º) (2) y del miedo insuperable (n.º 6.º), así como de la exención de responsabilidad en el error de prohibición invencible (párrafo 3.º del art. 14) y en el encubrimiento de parientes (art. 454). En el nuevo Código se condiciona, además, la exención de responsabilidad, en los supuestos de anomalía o alteración psíquica y de intoxicación plena por bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias que produzcan análogos efectos, o de actuación bajo un síndrome de abstinencia, a que ello impida al sujeto «comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a su comprensión». Por tanto, sólo cuando la acción u omisión típica y antijurídica sea culpable, es decir cuando le pueda ser reprochada al autor, podrá constituir delito.

La culpabilidad es la reprochabilidad personal de la acción típica y antijurídica. No es posible, por ello, la existencia de culpabilidad sin tipicidad y antijuridicidad. La acción típica y antijurídica es el objeto del juicio de reproche. Pueden existir acciones típicas y antijurídicas no culpables, cuando concurra alguna causa de inimputabilidad (de exclusión de la capacidad de culpabilidad) o de inculpabilidad, pero no una acción culpable que no sea típica y antijurídica.

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad, es decir el principio de que no hay pena sin culpabilidad y de que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad, es un principio fundamental del Derecho penal moderno (3).

(2) El estado de necesidad puede ser también una causa de inculpabilidad cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, pero la conducta implicaba un grave atentado a la dignidad de la persona humana; véase *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, II, Teoría jurídica del delito/2. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 31 y ss.

(3) Se rechaza, sin embargo, generalmente, con razón, la tesis del doble aspecto del principio de culpabilidad, enraizada en las teorías absolutas de la pena, según la cual tampoco debería haber culpabilidad sin pena, pues ésta no sólo ha de ser justa, es decir, proporcionada a la gravedad del delito, sino también necesaria; véase mi *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, pp. 30 y ss. La tesis del doble aspecto del principio de culpabilidad, de su carácter absoluto, fue sustentada en la moderna Ciencia del Derecho Penal alemana, por ARTHUR KAUFMANN, en *Das Schuldprinzip*, 2.ª ed., Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1976, pp. 201-202, aunque después cambió de parecer y reconoció que no basta con la culpabilidad para justificar la pena (véase, *Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, apéndice a la 2.ª ed. de *Das Schuldprinzip*, p. 276).

El principio de culpabilidad no está proclamado expresamente en la Constitución española. Según algunos de nuestros penalistas (4), el principio de culpabilidad está implícito en el de legalidad, consagrado en el artículo 25 de la Constitución: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito... según la legislación vigente en aquel momento». Esta tesis me parece discutible, pues para la existencia de culpabilidad es precisa, como veremos, la conciencia actual o posible de la antijuridicidad, pero no de la punibilidad de la conducta.

Creo, no obstante, que puede hallarse un fundamento constitucional al principio de culpabilidad en el artículo 10 de la Constitución, al proclamarse en este precepto que la dignidad de la persona humana es el fundamento del orden político y la paz social. El principio de culpabilidad es una exigencia del respeto a la dignidad de la persona humana. La imposición de una pena sin culpabilidad, o si la medida de la pena rebasa la medida de la culpabilidad, supone la utilización del ser humano como un mero instrumento para la consecución de fines sociales, en este caso preventivos, lo cual implica un grave atentado a su dignidad (5), (6).

(4) Véase M. COBO DEL ROSAL-T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte General, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 414, nota 31 y J. CÓRDOBA RODA, *Principio de legalidad penal y Constitución*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymans Verlag, 1989, pp. 92-93.

(5) Véase ya, en este sentido, mi artículo, *Derecho Penal y derechos humanos: experiencia española y europea*, en *Actualidad Penal*, 1993, n.º 14, p. 194. En Alemania, el Tribunal Federal Constitucional considera que el principio de culpabilidad tiene rango constitucional, por derivarse del principio del Estado de Derecho, del reconocimiento del derecho a la libertad general de actuación y por tener su fundamento en la dignidad de la persona; véase H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1969, p. 138, H.H. JESCHECK-Th. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Duncker-Humblot, 1996, pp. 23 y 27 (Tratado de Derecho Penal, Parte General, trad. de la 4.ª ed., por JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO, Editorial Comares, Granada, 1993, pp. 19 y 22) y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 2.ª ed., Verlag C.H. Beck, 1994, p. 720.

(6) BACIGALUPO apuntaba ya que el principio de culpabilidad «podría derivarse —como lo ha hecho el Tribunal Constitucional Federal alemán— del principio del Estado de Derecho (art. 1.º, 1 de la CE), e inclusive de la protección de la dignidad de la persona humana contenida en el artículo 10.1. CE», pero se limita a señalar que las consecuencias del principio de culpabilidad tienen rango constitucional, con independencia de que la culpabilidad sea o no el fundamento y medida de la pena; véase, ENRIQUE BACIGALUPO *¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?* La Ley, año III, n.º 434, 8 de junio de 1992, pp. 1-3. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN consideran que el principio de culpabilidad puede derivarse además del principio de legalidad, de la prohibición de exceso o de requerimientos generales del Estado de Derecho, como el libre desarrollo de la personalidad, véase, *Derecho Penal, Parte General*, p. 414, nota 31. GARCÍA PÉREZ considera que el principio de culpabilidad tiene rango constitucional por derivarse de la inclusión de la justicia entre los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1, 1), de la garantía de la seguridad jurídica (art. 9,3), del reconocimiento de la dignidad de la persona humana (art. 10,1) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24,2); véase, OCTAVIO GARCÍA PÉREZ, *Delitos de sospecha. Principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia*. Los artículos 483 y 485 Cp, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, fasc.

En el nuevo Código penal de 1995 no se proclama tampoco, de un modo expreso, el principio de culpabilidad, aunque, como hemos visto la culpabilidad es en él un elemento esencial del concepto del delito. En el artículo 5.º se declara únicamente que: «No hay pena sin dolo o imprudencia». Esta declaración no es equivalente al principio de culpabilidad, pues puede haber dolo o imprudencia y no haber culpabilidad, si concurre alguna de las eximentes anteriormente mencionadas (7), o ser la medida de la pena superior a la medida de la culpabilidad (8). Con la fórmula «No hay pena sin dolo o imprudencia» se quiere excluir únicamente la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por el resultado y soslayar la proclamación del principio de culpabilidad, según el cual la culpabilidad es el fundamento y el límite de la pena. El legislador ha buscado una solución de consenso, teniendo en cuenta las críticas al supuesto carácter moralizante del término culpabilidad (9), así como la tesis de Gimbernat (10) de que la pena no puede hallar su fundamento y su límite en la culpabilidad, sino en las exigencias de la prevención general y de la prevención especial (11). Pero la exclusión de la responsabilidad objetiva sólo puede basarse, como veremos, en el principio de culpabilidad.

2.º, pp. 642 y ss. El que sea justa la pena adecuada a la medida de la culpabilidad supone el reconocimiento previo de la culpabilidad como elemento esencial del delito. Sólo entonces el derecho a la presunción de inocencia implicará también el reconocimiento del principio de culpabilidad.

(7) Véase también, en este sentido, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, p. 412 y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La nueva regulación del caso fortuito*, en Comentarios a la Legislación Penal, La reforma del Código Penal de 1983, Tomo V, Vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1985, pp. 92 y ss.

(8) Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La nueva regulación del caso fortuito*, p. 94.

(9) Véase, por ejemplo, MIR PUIG, adiciones a la trad. de la 3.ª ed. del *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, de H. H. JESCHECK, realizada por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1981, p. 584 y *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., PPU, Barcelona, 1990, p. 106, que considera preferible, por ello, un término más neutro, como el de «responsabilidad», que era el utilizado en la Propuesta alternativa de Parte General de C.P., del Grupo Parlamentario Comunista al Proyecto de Código Penal de 1980 (véase S. MIR PUIG-F. MUÑOZ CONDE, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 18, 1982, p. 612).

(10) Véase E. GIMBERNAT, *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*, ponencia mantenida en el Coloquio internacional celebrado en Santiago de Chile bajo los auspicios del Instituto de Ciencias Penales, entre el 4 y el 12 de abril de 1973, *Revista de Ciencias Penales*, tercera época, enero-abril 1973, n.º 1, tomo XXXII, pp. 30 y ss. y ya antes en sus artículos, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asua, Ediciones Pannedille Buenos Aires, Argentina, 1970, pp. 495 y ss. y *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, separata del Anuario de Ciencia Jurídica, 1. 1971-1972 (incluidos en su libro, *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid 1990, pp. 140 y ss. y 162 y ss.; el segundo de ellos se publicó también en alemán en, *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Heinrich Henkel, Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1974, pp. 151 y ss.

(11) Acusa la influencia de Gimbernat, GONZALO QUINTERO OLIVARES, en el libro publicado en colaboración con FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Barcelona, 1983, pp. 27 y ss.

Creo que debería haberse proclamado expresamente, en el nuevo Código penal español, el principio de que «No hay pena sin culpabilidad», dado su rango constitucional, como sucedía en el Proyecto de nuevo Código Penal de 1980 (art. 3.º) y en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General, de octubre de 1990 (art. 3.º) (12).

Por otra parte, en el nuevo Código ha tratado de conseguirse una más plena realización del principio de culpabilidad. No se ha incluido la atenuante de preterintencionalidad, del n.º 4.º del art. 9.º, del viejo Código penal (13) y se ha tratado de evitar además, la existencia de delitos calificados por el resultado. Los delitos calificados por el resultado son unas figuras delictivas formadas por una conducta básica, generalmente dolosa, y en las que se prevé la aplicación de una pena más elevada cuando de esa conducta básica se derive un ulterior resultado más grave. En la reforma urgente y parcial del viejo Código penal por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 se dió un paso importante para superar estos vestigios de responsabilidad objetiva, al introducirse en el párrafo segundo del artículo primero la exigencia de que concurra al menos imprudencia en relación con el resultado más grave, para que pueda aplicarse la pena más elevada (14). Con ello quedaban excluidos de estas figuras delictivas los resultados fortuitos, es decir los supuestos en que el resultado más grave se hubiera producido sin dolo ni imprudencia. En los delitos calificados por el resultado quedaban incluidos únicamente los supuestos en que los resultados más graves fueran imprudentes o dolosos (15). En ambos casos, sin embar-

(12) Véase también, en este sentido, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, p. 414, nota 36. En la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 (art. 3.º) y en el Proyecto de 1992 (art. 3.º) se declaraba también únicamente, como en el nuevo Código penal, que «No hay pena sin dolo o imprudencia».

(13) «La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo». Esta circunstancia atenuante era expresión del principio del *versari in re illicita* y era contraria al principio de culpabilidad aunque se redujera su campo de aplicación, como hacía la opinión dominante, a aquellos casos en que dentro de un mismo delito el mal causado fuera mayor que el que había querido producir el sujeto; véase, a este respecto, mi conferencia, *Principales reformas del Código Penal Español introducidas en 1983. Los progresos en la realización del principio de culpabilidad*, publicada en La Ley, año IX, n.º 1919, 4 de marzo de 1988, e incluida en mi libro, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 89-90.

(14) De acuerdo con el inciso segundo, del segundo párrafo del art. 1.º: «Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa».

(15) Véase, en este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado y el art. 3.º del Proyecto de Código penal español de 1980*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1982, fasc. 3.º, pp. 629 y ss. y mi conferencia citada en la nota 13, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, pp. 92-93. Consideraban, en cambio, con diferentes argumentos, que en los delitos calificados por el resultado se comprendían únicamente los supuestos en que el ulterior resultado más grave se había producido por imprudencia, QUINTERO OLIVARES-MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Barcelona, 1983, pp. 36-37, RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO

go, la aplicación de estas figuras delictivas llevaba a consecuencias insatisfactorias desde el punto de vista del principio de culpabilidad. Cuando los resultados más graves eran imprudentes se llegaba a una pena más elevada que la que correspondería si se apreciase un concurso ideal de delitos. Cuando el resultado más grave era doloso, el delito calificado por el resultado producía un efecto privilegiante, es decir se llegaba a una pena inferior a la resultante de la apreciación de un concurso ideal de delitos (16). En el nuevo Código Penal, de acuerdo con la opinión ampliamente mayoritaria en la moderna Ciencia del Derecho Penal Española, se han pretendido suprimir los delitos calificados por el resultado (17) y no se ha incluido, por ello, en él un precepto equivalente al del párrafo segundo del art. 1.º del viejo Código penal. En la Parte Especial hay algunas figuras delictivas, sin embargo, que es difícil interpretar de otro modo que como delitos calificados por el resultado; véanse, por ejemplo, los arts. 229.3, 231.2 y 417.1, párrafo segundo. La exigencia de que el resultado se haya producido dolosamente parece forzada. Se establece, pues, una misma pena para los supuestos en que el ulterior resultado más grave es doloso o imprudente (18).

GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, 18 ed., Dykinson, Madrid, 1995, pp. 443-444, M.ª LUISA MAQUEDA, *El principio de responsabilidad subjetiva: Su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma penal de 1983*, Cuadernos de Política Criminal, n.º 31, 1987, pp. 229-230 y GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 110-111. Según SUAREZ MONTES, si el resultado cualificante era doloso y estaba comprendido en otra figura delictiva más grave no debía considerarse incluido en el delito calificado por el resultado; véase, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del artículo 1, en Comentarios a la Legislación Penal, La reforma del Código penal de 1983*, Tomo V, Vol. 1.º Edersa, Madrid, 1985, pp. 44-45. MIR PUIG consideraba que en los delitos calificados por el resultado, en sentido estricto, dada su finalidad agravatoria, estaría solo comprendida la combinación dolo-dolo cuando ello diera lugar a la aplicación de una pena más grave que la resultante de apreciar un concurso de delitos; véase, *Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983*, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, 7, número extraordinario, agosto, 1989, pp. 101-102 y Hauptprobleme des dogmatischen Teils der spanischen Strafrechtsreform, en *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*, 1986, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, pp. 25-26. El Tribunal Supremo siguió un criterio oscilante; en algunas sentencias estimó que en los delitos calificados por el resultado se incluían únicamente los posteriores resultados más graves dolosos, cuando se hubieran producido con dolo eventual (véanse, por ejemplo, las sentencias de 30 de marzo y 3 de abril de 1985, A. 2052 y 2065, 11 de noviembre de 1987, A. 8488, 23 de abril de 1992, A. 6783 y 20 de febrero de 1993, A. 1383), mientras que en otras ocasiones consideraba asimismo incluidos los resultados imprudentes (véase, por ejemplo, las sentencias de 17 de noviembre de 1986, A. 6965 y 19 de noviembre de 1990, A. 9004).

(16) Véase, a este respecto, mi conferencia, *Principales reformas del Código Penal Español introducidas en 1983*. Los progresos en la realización del principio de culpabilidad, Estudios sobre la moderna reforma penal española, pp. 94 y ss.

(17) En contra de la supresión de estos delitos, A. CARDENAL MURILLO, *La responsabilidad por el resultado en Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1990, pp. 388-389 y *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1989, fasc. 2.º, pp. 598 y ss.

(18) La producción dolosa o imprudente del resultado cualificante, en las figuras delictivas mencionadas, no está incluida en otro tipo delictivo.

Ello es contrario al principio de culpabilidad (19). Deberían haberse suprimido estos delitos calificados por el resultado, creando, si se consideraba necesario otorgar una protección indirecta a otros bienes jurídicos, nuevos tipos de delitos de peligro o de delitos imprudentes (20) o unas figuras complejas, compuestas de un tipo básico doloso y un tipo doloso de peligro concreto (21). El resultado más grave, que determina la aplicación de una pena más elevada, tendrá que haberse producido, sin embargo, al menos por culpa, dado que, según el art. 5.º, no hay pena sin dolo o imprudencia (22).

EL DESARROLLO DE LA TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

A fines del pasado siglo y principios de éste imperaba en la Ciencia del Derecho penal española, como en la alemana, la llamada teoría psicológica de la culpabilidad. La culpabilidad era el nexo psicológico entre el autor y el resultado delictivo. El dolo y la culpa eran concebidos como formas de la culpabilidad. Si el sujeto había actuado con conciencia y voluntad de la producción del resultado delictivo se daba el dolo, que era la forma más grave de la culpabilidad. La culpa concurría, con arreglo a la teoría psicológica, cuando el sujeto había previsto o había podido prever la posibilidad de la producción del resultado. La imputa-

(19) Véase también, en este sentido, en relación con los delitos calificados por el resultado en el viejo Código penal, SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del artículo 1*, pp. 47-48, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989 p. 81 y ADELA ASÚA, *La reforma urgente y parcial del Código Penal (LO de 25 de junio de 1983). Algunas repercusiones de la exigencia de dolo o culpa*, separata del n.º 15, de diciembre de 1983, de la Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, pp. 20-21.

(20) Véase, en este sentido, SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado en la «Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal»*. Cuadernos de Política Criminal, n.º 22, 1984, pp. 183 y ss. y *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del art. 1*, p. 51.

(21) De acuerdo con la propuesta que formula Díez Ripollés, con carácter general, para los casos en que concurre el dolo de peligro del resultado más grave; véase DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.º del proyecto de Código penal español de 1980*, (II), Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1983, fasc. 1.º, pp. 124 y ss.

(22) De otra opinión, SUÁREZ MONTES, por considerar (ante un problema similar planteado en relación con la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983) que el art. 5.º (3.º de la Propuesta) sólo es aplicable al tipo del delito, pero no a los resultados cualificantes, pues de lo contrario habría que considerarlo aplicable a todos los elementos de la infracción penal y, por tanto, a las condiciones objetivas de punibilidad; véase, SUÁREZ MONTES, *Los delitos cualificados por el resultado en la «Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal»*, p. 198. Los resultados cualificantes determinan, sin embargo, un incremento de lo injusto, mientras que las condiciones objetivas de punibilidad están exclusivamente en función de consideraciones de política criminal.

bilidad o capacidad de culpabilidad era concebida como un presupuesto de la culpabilidad (23).

La teoría psicológica de la culpabilidad era el correlato del concepto causal de la acción y acusaba, como éste, la influencia del naturalismo y del positivismo en la Ciencia del Derecho Penal de fines del siglo XIX y principios del XX. Este concepto de la culpabilidad permitía hacer abstracción del problema del libre albedrío, en torno al cual existía entonces una ardua polémica, ante el auge de la concepción determinista del ser humano, por influencia del positivismo y de la teoría evolucionista de Darwin.

Frente a esta teoría psicológica de la culpabilidad, FRANK inició el desarrollo de la teoría normativa (24). Frank advierte que en los supuestos de aplicación de la causa de inculpabilidad de estado de necesidad del antiguo art. 54 del Código penal alemán, concurre el dolo. La culpabilidad no se agotaba, pues, en el nexo psicológico entre el autor y el resultado delictivo. Frank añade, por ello, a la imputabilidad y al dolo y la culpa, la normalidad de las circunstancias en las que el sujeto llevó a cabo la conducta delictiva, como elemento de la culpabilidad (25). La culpabilidad, para FRANK, es reprochabilidad.

La teoría psicológica de la culpabilidad tropezaba, además, con graves dificultades en la culpa inconsciente. En ella el autor pudo prever la posibilidad de la producción del resultado delictivo, pero no la previó. No existe, pues, en ella un nexo psicológico entre el autor y el resultado delictivo. Todos los intentos para explicar de un modo satisfactorio la culpa inconsciente, desde el punto de vista de la teoría psicológica, fracasaron (26). Ante estas dificultades, KOHLRAUSCH, en Alemania y VANNINI, en Italia, llegaron a mantener la tesis de que en la culpa inconsciente no hay culpabilidad (27).

(23) Véase, sobre la teoría psicológica de la culpabilidad, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, 2.^a ed., Losada, Buenos Aires, 1963, pp. 149 y ss.

(24) En su artículo, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, publicado en el *Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen, zum Universitätsjubiläum, en 1907*. Véase, sobre el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, pp. 163 y ss., MEZGER, *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal*, traducción de J. M.^a NAVARRETE, prólogo y notas por JUAN DEL ROSAL, Universidad de Valladolid, 1956, pp. 13 y ss. y HANS ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, J. Schweitzer Verlag, Berlín, 1974, pp. 97 y ss. y 133 y ss.

(25) En la evolución posterior de su doctrina sustituyó las «circunstancias normales concomitantes» a la realización del hecho delictivo, como elemento de la culpabilidad, por la «motivación normal» y después por la «libertad» o «el dominio sobre el hecho»; véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, pp. 165-166.

(26) Véase, a este respecto, MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., C.F. MÜLLER VERLAG, Karlsruhe, 1971, p. 363, y MAURACH-ZIFF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, 8.^a ed., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, p. 419.

(27) Véase, acerca de la opinión de KOHLRAUSCH, expuesta en, *Die Reform des Reichstrafgesetzbuches*, I, 1910, ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, p. 162; y OTTORINO VANNINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Florencia, 1948, p. 123.

El desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad se vió favorecido por la influencia de la filosofía neokantiana, de la escuela sudoccidental alemana. GOLDSCHMIDT acentúa el carácter normativo de la culpabilidad, al considerar que ésta supone la infracción de una norma de deber, que rige la conducta interna, independiente de la norma de Derecho, que regula la conducta externa y cuya infracción determina la antijuridicidad (28). FREUDENTHAL dio un paso más y propuso el reconocimiento de la inexigibilidad de otra conducta adecuada a la norma, como una causa general, supralegal, de exclusión de la culpabilidad (29).

La teoría normativa de la culpabilidad penetró en España con cierto retraso (30), por influencia del pensamiento de MEZGER (31). Fue RODRIGUEZ MUÑOZ el primero que sustentó, en la Ciencia del Derecho Penal española, la teoría normativa de la culpabilidad (32), al encontrar puntos de apoyo para ella en nuestro viejo Código penal, concretamente en la eximente de miedo insuperable (n.º 10 del art. 8.º) y en la de encubrimiento de parientes (art. 18). Ambas se basaban según él, en la idea de la no exigibilidad de la obediencia al Derecho. Después de la ampliación de la eximente de estado de necesidad de nuestro viejo Código Penal (n.º 7 del art. 8.º), en la reforma parcial del mismo llevada a cabo en 1944 (33), considera también que el estado de necesidad, en caso de conflicto de bienes iguales es una causa de inculpabilidad basada en el principio de la no exigibilidad de otra conducta (34). A pesar de las re-

(28) GOLDSCHMIDT expuso su concepción normativa de la culpabilidad en, *Der Notstand. Ein Schuldproblem*, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht, 1913 y en *Normativer Schuld begriff*, en Festgabe für R. FRANK, reimpresión de la edición de Tübinga, 1930, Scientia Verlag Aalen, 1969, pp. 428 y ss. De este último artículo se publicó una traducción castellana en la Argentina, *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Depalma, Buenos Aires, 1943.

(29) FREUDENTHAL expuso su pensamiento en su obra, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919, Tübinga, 1922.

(30) JIMÉNEZ DE ASÚA, en su Discurso de apertura del curso 1931-1932, en la Universidad de Madrid, mantenía aún la teoría psicológica de la culpabilidad; véase *Teoría Jurídica del Delito*, Cuadernos de Ciencia Penal y Criminología, 4, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1958, pp. 81 y ss.

(31) Véase su concepción normativa de la culpabilidad, en la que rechaza la concepción de GOLDSCHMIDT de una norma de deber independiente, hace ciertas puntualizaciones a la tesis de FREUDENTHAL y destaca la configuración normativa no sólo de las causas de exclusión de la culpabilidad, sino también de la imputabilidad, así como del dolo y la culpa como formas de la culpabilidad, en el *Tratado de Derecho Penal, II*, trad. de J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, pp. 1 y ss. y *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal*, pp. 13 y ss.

(32) En sus notas a la 2.ª edición de su traducción del *Tratado de Derecho Penal* de MEZGER, II, 1949, pp. 6-9.

(33) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II*, Teoría jurídica del delito / 2, pp. 21 y ss.

(34) En la tercera edición del primer tomo de su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de MEZGER, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, pp. 450-451.

sistencias iniciales (35), la teoría normativa de la culpabilidad se impuso en la Ciencia del Derecho penal española (36).

La doctrina de la acción finalista, al dar lugar a la inclusión del dolo y de la inobservancia del cuidado objetivamente debido en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes, respectivamente, marcó una nueva etapa en el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad. En ella se acentúa el carácter normativo de la misma, pero no es cierto que pase a tener un carácter meramente valorativo, como estimaban WELZEL Y MAURACH (37), según los cuales se habría llegado a una plena realización del esquema sugerido por DOHNA, de estricta separación entre el objeto de la valoración y la valoración del objeto (38). En el juicio de reproche de la culpabilidad, de acuerdo con la sistemática finalista, se tiene en cuenta no sólo la acción típica y antijurídica, que constituye el objeto del mencionado juicio, sino también la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, la conciencia actual o posible de la antijuridicidad y las circunstancias del caso concreto que podrían dar lugar a la apreciación de la inexcusabilidad de la obediencia al Derecho. La distinción entre la valoración y el objeto de la misma es posible y obligada *lógicamente*, pero no cabe reducir la culpabilidad a la mera valoración. El problema consiste, más que en la distinción entre la valoración y el objeto de la misma, en la inserción *correcta* de los elementos fácticos que constituyen el objeto de la valoración entre los diversos caracteres del delito (39).

(35) Véanse las críticas del P. PEREDA, en su artículo, *El concepto normativo de la culpabilidad*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1949, fasc. 1.º, pp. 21 y ss. y ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1952, fasc. 1.º, pp. 47 y 48, que se mantuvieron fieles a la teoría psicológica y las reservas de DÍAZ PALOS, en *Culpabilidad jurídico-penal*, separata de la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Bosch, Barcelona, 1954, pp. 16 y ss. (especialmente pp. 20-21), 42 y ss., 73 y ss. y 85-86, que adoptó una postura ecléctica. En su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia DÍAZ PALOS se inclina, en cambio, claramente en favor de la teoría normativa; véase *La jurisprudencia penal ante la Dogmática jurídica y la Política Criminal*, Colex, Madrid, 1991, p. 95.

(36) Véase, por ejemplo, CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal, I, Parte General*, vol. 1.º, 18 ed., Bosch, Barcelona, 1980, pp. 423-425, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, V*, pp. 92, 156, 172, 187-189 y 215 y ss., ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, pp. 188-189, y QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal, I*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 269-270.

(37) Véase, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 140 y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 83, MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 369 (en relación con la 366) y MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, pp. 423-424 (en relación con la 422).

(38) Véase, ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4.ª ed., Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1950.

(39) Véase ya, en este sentido, la nota 22 a mi traducción de, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, de HANS WELZEL, p. 83 y, en la misma línea, Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 3.ª ed., Carl Heymanns Verlag, 1981 p. 156 (nota 510).

La culpabilidad es la reprochabilidad personal de la acción típica y antijurídica, según la opinión dominante en la moderna Ciencia del Derecho Penal española (40) y alemana (41), aunque existen considerables diferencias de opinión en torno a cuales sean los elementos y el fundamento material de la culpabilidad. Suele decirse que la culpabilidad consiste en un juicio de reproche. La expresión ha dado lugar al malentendido de que la culpabilidad sólo surge cuando un juez o tribunal aprecia su existencia. En este malentendido se basa la conocida objeción de ROSENFELD a la teoría normativa, de que «la culpabilidad de un hombre reside exclusivamente en las cabezas de otros» (42). La culpabilidad, la reprochabilidad es una cualidad inherente a la acción delictiva, cuya existencia aprecia el juez o tribunal de acuerdo con las valoraciones implícitas en el ordenamiento jurídico.

EL CONCEPTO MATERIAL DE CULPABILIDAD

El concepto de culpabilidad como reprochabilidad personal de la acción típica y antijurídica es un concepto formal, pues no indica cuál sea el fundamento de la reprochabilidad, es decir, ¿por

(40) Véase, por ejemplo, CÓRDOBA RODA, notas a su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de R. MAURACH, II, Ariel, Barcelona, 1962, notas 2 y 3, pp. 30-31 y 36-37; *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Bosch, Barcelona 1962, pp. 77-78 y *Una nueva concepción del delito*, Ariel, Barcelona, 1963, pp. 31 y ss. y 53 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, 18 ed., Dykinson, Madrid, 1995, pp. 436 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 1977, p. 53; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General, III, Culpabilidad, Punibilidad, Formas de aparición*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 4 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 416-417, 421-422 y 425; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1989, pp. 119 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 580 y ss. y DÍAZ PALOS, *La jurisprudencia penal ante la Dogmática jurídica y la Política criminal*, p. 96.

(41) Véase, por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 138 y ss., *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 79 y ss.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 362 y ss.; MAURACH-ZIPF, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 418 y ss.; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 420 y ss. (Tratado de Derecho Penal, Parte General, pp. 378 y ss.); STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, pp. 155 y ss.; SCHMIDHAUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.ª ed., J.C.B. MOHR, Tübinga, 1975, pp. 367-368; BAUMANN-WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9.ª ed., Verlag E. y W. Gieseking, 1985, pp. 359 y 369 y ss.; WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 23 ed., C.F. Muller, Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, pp. 112 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1991, pp. 475 y ss. y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, p. 705.

(42) Véase ROSENFELD, *Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1912, tomo 32, p. 469. De esta crítica se hicieron eco en nuestro país el P. PEREDA, *El concepto normativo de culpabilidad*, pp. 29 y ss.; ADOLFO DE MIGUEL, *Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea*, p. 48 y DÍAZ PALOS, *Culpabilidad jurídico-penal*, pp. 17 y 20.

qué se le reprocha al sujeto la realización de la acción típica y antijurídica? (43). La respuesta a esta pregunta nos sitúa ante el problema del concepto material de la culpabilidad.

Según la opinión dominante en la Ciencia del Derecho penal española (44) y alemana (45), el fundamento de la reprochabilidad se halla en la capacidad del sujeto de obrar de otro modo. Este concepto material de la culpabilidad enlaza, como dice WELZEL (46), «con una larga tradición jurídica y filosófica». Una acción típica y antijurídica sólo es culpable si el sujeto, en la situación concreta en que se hallaba, podía haber obrado de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico. La culpabilidad es culpabilidad de la voluntad. Sólo si el sujeto podía haber adoptado en lugar de la resolución de voluntad de llevar a cabo la acción típica y antijurídica, una resolución de voluntad diferente, ha obrado culpablemente.

Este concepto material de la culpabilidad entró en crisis en la moderna Ciencia del Derecho penal española y alemana por considerarse que es imposible la comprobación empírica de si el delincuente en la situación concreta en que se hallaba, podía haber obrado o no de otro modo (47). Ante esta supuesta imposibilidad, GIMBERNAT propuso renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena. MUÑOZ CONDE y MIR PUIG se distancian del concepto tradicional

(43) Véase, en este sentido, especialmente, ANGEL TORÍO LÓPEZ, *El concepto individual de culpabilidad*, en Crime and Criminal Policy, Papers in Honour of Manuel López-Rey y Arrojo, UNSDRI, Franco Angeli, Milán, 1985, pp. 679 y ss.

(44) Véase, por ejemplo, CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal I. Parte General*, Vol. 1.º, pp. 423-424, aunque considera que el problema del libre albedrío está fuera del campo del Derecho Penal y se conforma con una «voluntad consciente y libre (no cohibida)» (p. 431); JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, V, p. 216, aunque, dadas sus convicciones deterministas considera únicamente que la culpabilidad presupone la libertad entendida como obrar espontáneo y motivado (p. 95); ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 192 y ss. («no habiéndose demostrado racionalmente el determinismo se mantiene la creencia en la libertad intuita por nuestra conciencia y de aceptación universal», p. 196); QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal, I*, pp. 266-267; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, pp. 432 y ss. (aunque considera que el concepto de libertad en que se basan las leyes penales consiste exclusivamente en la ausencia de coacción, p. 435); CORDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 70 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 409 y ss. y 415-417; y SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, III, pp. 17-18 y 24.

(45) Véase, por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 138 y ss.; v. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Ferd. Dümmlers Verlag, Bonn, 1948, pp. 106 y ss.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 358 y ss.; BAUMANN-WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 358 y ss., especialmente p. 368; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, pp. 279 y ss.; y BERND SCHÜNEMANN, *Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland*, separata de Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Duncker-Humboldt, Berlín, pp. 151 y ss.

(46) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 140.

(47) Fue decisiva, a este respecto, la crítica de Karl Engisch, en *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1965, pp. 23 y ss.

de culpabilidad y formulan otros conceptos que permitan hacer abstracción del problema del libre albedrío.

LA TESIS DE GIMBERNAT

Ante la supuesta imposibilidad de demostrar, por medio de las ciencias empíricas (como la Psicología y el Psicoanálisis), que un determinado delincuente, en la situación concreta en que se hallaba podía haber obrado de otro modo, GIMBERNAT propone renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena (48). La pena encontraría únicamente su justificación y su medida en las exigencias de la prevención general y de la prevención especial. Esto no implica, sin embargo, según GIMBERNAT, renunciar a la exclusión de la responsabilidad objetiva. El Derecho penal debe reconocer, no obstante, «la relevancia del error invencible de prohibición, excluir la responsabilidad por el resultado y aplicar a los inimputables únicamente medidas de seguridad» (49). Es posible explicar también, según GIMBERNAT, que se sancionen con menor pena los delitos imprudentes que los dolosos sin necesidad de acudir al principio de culpabilidad, atendiendo únicamente a los fines preventivos de la pena.

Si se abandona el principio de culpabilidad, en el sentido de que ésta constituye el fundamento y el límite de la pena no es posible mantener al mismo tiempo todas sus consecuencias, como pretende GIMBERNAT (50). Si la pena encontrara su justificación y su medida únicamente en función de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial sería preciso llegar a consecuencias muy distintas en el problema de la responsabilidad por el resultado, de la relevancia del error de prohibición y de la exclusión de la pena para los inimputables. Desde el punto de vista de la prevención general podría justificarse la existencia de los delitos calificados por el resultado (51). La aplicación de una pena más elevada cuando de una conducta básica, generalmente dolosa, se derive un determinado resultado más grave, doloso, imprudente o incluso fortuito, puede resultar eficaz desde el punto de vista de la prevención general. El sentido de los delitos calificados por el resultado consiste

(48) Véase *lug. cit.* nota 10.

(49) Véase GIMBERNAT, *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*, p. 32.

(50) Véase ya, en este sentido y con mayor extensión, mi artículo, *Culpabilidad y pena*, publicado en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1980, fasc. 2.º, e incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 181 y ss.

(51) Véase, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pp. 46 y ss. y MERCEDES PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986, pp. 156-157.

precisamente en el establecimiento de penas más elevadas que las resultantes de apreciar un concurso de delitos, es decir que las adecuadas a la gravedad de la culpabilidad. Para atender en mayor medida a las exigencias del principio de culpabilidad, en detrimento de las de la prevención general, se excluyeron los resultados fortuitos de los delitos calificados por el resultado en la reforma urgente y parcial de nuestro viejo Código Penal por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 y se han intentado excluir los delitos calificados por el resultado en nuestro nuevo Código Penal (52).

En cuanto al reconocimiento de la relevancia del error de prohibición invencible hay que señalar que en favor del principio del *error iuris nocet* (el error de Derecho perjudica, es decir, no exime de responsabilidad, cabría invocar también consideraciones de prevención general (53). La argumentación de GIMBERNAT de que la aplicación de la pena en los supuestos de error de prohibición invencible no es necesaria —es inútil desde el punto de vista de la prevención general y especial (54)— no me parece convincente. Según él, la irrelevancia del error de prohibición no aumentaría el efecto inhibitorio de la pena para los que no conocen la antijuridicidad de una conducta determinada, pues ignoran, incluso, que se encuentran en un error de prohibición. Es evidente, sin embargo, que la aplicación de una pena en los supuestos de error de prohibición invencible podría servir de acicate para examinar en cada caso, con mayor cuidado, la licitud o ilicitud de la conducta. Desde el punto de vista de la prevención especial, la persona que incurra en un error de prohibición invencible podría revelarse en algún caso, por esta misma circunstancia, como peligrosa y estar indicada la aplicación de una pena (55). La misma distinción de error vencible e invencible presupone, por otra parte, el reconocimiento de la capacidad del delincuente de obrar de otro modo en la situación concreta en que se hallaba (56).

(52) Véase *supra*, pp. 13 y ss.

(53) Véase también, en este sentido, ENRIQUE BACIGALUPO, en su intervención en el Coloquio internacional celebrado en Santiago de Chile. *Revista de Ciencias Penales*, enero-abril, 1973, p. 195 y *Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1974, p. 483; Schöneborn, *Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt*, *Z. Str. W.*, tomo 88, 1976, p. 354; Burkhardt *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1976, pp. 336-337; GUNTER STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, C. F. Müller, 1977, p. 15 y 18 y ss.; y MERCEDES PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, p. 152.

(54) Véase GIMBERNAT, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, pp. 283 y ss.

(55) Véase, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, p. 43 y Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, pp. 35-36.

(56) Como señalé ya en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales, de Chile, en abril de 1973; véase *Revista de Ciencias Penales*, enero-abril, 1973, pp. 189 y 204. Véase también, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pp. 43-44.

El aplicar a los inimputables únicamente medidas de seguridad, no puede fundamentarse en las exigencias de la prevención general. Según GIMBERNAT: «Por la escasa o nula 'motivabilidad' del inimputable, la pena no supone para él, *ex ante*, un factor inhibitorio». Por otra parte, sigue diciendo GIMBERNAT: «La impunidad del loco en nada relaja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los 'imputables'; éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente» (57). No me parece convincente sin embargo, la tesis de que la aplicación de una pena a las personas comprendidas en las eximentes de anomalía o alteración psíquica carezca siempre de sentido desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial (58). Estas personas pueden ser, en algún caso y en alguna medida, susceptibles de intimidación y con mayor razón puede serlo el resto de la colectividad. En la aplicación de una pena a los que padezcan una anomalía o alteración psíquica se puede atender, hasta cierto punto, a las exigencias de la prevención especial (59).

No es posible explicar tampoco la menor punición de los delitos imprudentes en relación con los dolosos desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial (60). Los delitos imprudentes son mucho más frecuentes y podría considerarse, por ello, necesario sancionarlos con mayor pena que los correspondientes delitos dolosos. Los homicidios por imprudencia son mucho más numerosos que los homicidios dolosos; piénsese, por ejemplo, en los homicidios imprudentes cometidos en el tráfico motorizado. El argumento de GIMBERNAT (61) de que la elevación de la pena de los delitos imprudentes sería ineficaz desde el punto de vista de la prevención general, porque en ellos el sujeto confía precisamente en que el resultado no se produzca y éste puede ser más grave aún que la pena, no me parece convincente. El legislador podría establecer unas penas más elevadas para los delitos de peligro, es

(57) Véase GIMBERNAT, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, pp. 282-283 y ya antes, en *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, pp. 517-518.

(58) Véase también, en este sentido, SCHÖNEBORN, *Schuldprinzip und general-präventiver Aspekt*, p. 351; BURKHARDT, *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, pp. 336-337; CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pp. 39 y ss.; STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, pp. 12 y ss, 16 y ss., y 43 y ss.; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 96 y ss. y *Derecho Penal, Parte General*, p. 587; y MERCEDES PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, pp. 149 y ss.

(59) Véase también, en este sentido, STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, pp. 35-36.

(60) Véase también, en este sentido, MERCEDES PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, pp. 157-159.

(61) Véase GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, pp. 515-516, y su intervención en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales, de Chile, Revista de Ciencias Penales, enero-abril, 1973, pp. 192-193.

decir para las conductas que no observan el cuidado objetivamente debido (imprudencia sin resultado). Replica GIMBERNAT que con ello se produciría un caos valorativo, que afectaría a la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general (62). El caos consistiría, sin embargo, únicamente en que se subvertirían las valoraciones sociales actualmente vigentes, que se basan como ha señalado ROXIN, precisamente en el principio de culpabilidad (63). Si se justifica únicamente la pena por sus efectos preventivos, es preciso llevar a cabo una subversión de valores. Entre las conductas que atentan o lesionan un mismo bien jurídico —por ejemplo, la vida— habría que sancionar con mayor pena aquéllas cuya frecuencia sea mayor, si se atiende a las exigencias de la prevención general. Desde el punto de vista de la prevención especial, la peligrosidad del delincuente, es decir la probabilidad de que vuelva a delinquir en el futuro, debería ser el criterio decisivo. Por otra parte, el concepto mismo de imprudencia presupone el reconocimiento de la posibilidad de obrar de otro modo en la situación concreta (64). No en cuanto a la inobservancia del cuidado objetivamente debido, elemento del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes (65), pero sí en cuanto a la capacidad de observar dicho cuidado.

El análisis crítico de la tesis de GIMBERNAT pone claramente de manifiesto la autonomía del principio de culpabilidad frente a las exigencias de la prevención general y la prevención especial (66). La cul-

(62) Véase GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, pp. 509 y ss., y sus intervenciones en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales, de Chile, *Revista de Ciencias Penales*, enero-abril, 1973, pp. 201-202.

(63) Véase la intervención de ROXIN en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales, de Chile, *Revista de Ciencias Penales*, enero-abril 1973, p. 206.

(64) Véanse mis intervenciones en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales, de Chile, *Revista de Ciencias Penales*, enero-abril, 1973, pp. 189 y 204.

(65) Aquí, como señaló GIMBERNAT, la simple constatación de que la conducta del sujeto no responde al cuidado objetivamente debido no implica el reconocimiento de la capacidad de obrar de otro modo; véase la intervención de GIMBERNAT en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales, de Chile, *Revista de Ciencias Penales*, enero-abril, 1973, p. 198.

(66) No me parece convincente, por ello, la tesis de JAKOBS, de que la culpabilidad sea un mero reflejo de las exigencias de la prevención general: véase JAKOBS, *Schuld und Prävention, Recht und Staat, 1976 y Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1991, pp. 469-470 y 480 y ss. Véase una crítica detallada de la tesis de JAKOBS, en Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, pp. 23 y ss. y 29 y ss., BERND SCHÜNEMANN, *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1984, pp. 170 y ss. (La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo, en *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, trad. por J. M.ª Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 159 y ss.). Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, separata de *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker-Humblot, Berlín, pp. 158-159, MERCEDES

pabilidad aparece así como un baluarte, en aras del respeto a la dignidad de la persona, frente a las exigencias desmesuradas de la prevención. Si la medida de la pena se determinara exclusivamente en función de las exigencias de la prevención general, aunque no se la conciba como mera intimidación, sino que se incluya en ella la función de ejemplaridad de la pena (67), o se hable de una prevención general positiva o integradora (68), se podría llegar fácilmente a la aplicación de penas desproporcionadas a la gravedad del delito, a la medida de lo injusto culpable (69). Esto implicaría un grave atentado a la dignidad de la persona humana, pues se utilizaría al delincuente como un mero instrumento para tratar de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro. Si la medida de la pena estuviera exclusivamente en función de las exigencias de la prevención especial, habría que aplicar a los delincuentes peligrosos penas muy elevadas, aunque hubieran cometido delitos de escasa gravedad.

EL CONCEPTO MATERIAL DE CULPABILIDAD DE MUÑOZ CONDE

MUÑOZ CONDE rechaza el concepto tradicional de culpabilidad, dada la imposibilidad de demostrar si una persona determinada, en la situación concreta en que se hallaba, podía o no obrar de otro modo (70). Por otra parte, considera que aunque pudiera demostrarse la capacidad de obrar de otro modo, dicha capacidad no podría servir de fundamento material de la culpabilidad. En el estado de necesidad como causa de inculpabilidad (n.º 5.º del art. 20 del nuevo Código penal) o en la eximente

PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, pp. 168 y ss. y ROXIN, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil I, pp. 713-714. También ACHENBACH considera que la imputación subjetiva (término que, según él, debe sustituir al de culpabilidad, por la imprecisión de que adolece este último) está exclusivamente en función de las exigencias de la prevención general positiva; véase HANS ACHENBACH, *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*, en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, pp. 137 y ss. y 140 y ss.

(67) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp. 25 y 31.

(68) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp. 25, nota 37.

(69) De otra opinión ACHENBACH (*lug. cit.*, pp. 143-145 y 151), por considerar que la prevención general positiva, que concibe como reafirmación del ordenamiento jurídico mediante el fomento de la fidelidad al Derecho, halla su límite en la pena sentida como justa; pero, como señala ROXIN, sólo es sentida como justa, por los ciudadanos, una pena si la consideran adecuada a la medida de la culpabilidad; véase ROXIN, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*, en *Schw. Z. f. Strafrecht*, 1987, fasc. 4.º, p. 364.

(70) Véase F. MUÑOZ CONDE, *El principio de culpabilidad*, III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Universidad de Santiago de Compostela, 1976, p. 223 y *Teoría general del delito*, pp. 120 y 123.

de miedo insuperable (n.º 6.º del art. 20) el autor pudo obrar de otro modo y, sin embargo, está excluida la culpabilidad (71).

Lo importante, dice Muñoz Conde, no es si el sujeto pudo elegir entre varias formas de conducta, sino si pudo abstenerse de realizar la conducta prohibida por la norma. El concepto material de culpabilidad hay que deducirlo, por ello, de la función de motivación de la norma. La culpabilidad, desde el punto de vista material, presupone la capacidad de motivación por la norma (72).

La capacidad de motivación por la norma requiere la participación del individuo en los bienes jurídicos objeto de protección. Ello supone que el autor por convicción no obra culpablemente. Si infringe la norma por considerarla carente de obligatoriedad en conciencia, para él, dadas sus convicciones religiosas, morales o políticas, faltarán no sólo la culpabilidad moral, sino también la culpabilidad jurídica (73). MUÑOZ CONDE hace una salvedad, sin embargo, en relación con los bienes jurídicos esenciales para la vida en común, como la vida, la salud y la libertad, y en caso de intromisión en una esfera jurídica ajena (74). Destaca, por ello, la impor-

(71) Véase F. MUÑOZ CONDE, *El principio de culpabilidad*, pp. 224-225, Über den materiellen Schuldbegriff, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1978, fasc. 2.º, marzo, pp. 68-69 y *Teoría general del delito*, p. 121 (aunque en esta segunda edición pasa a concebir la exigente de estado de necesidad, en todo caso, como una causa de justificación; véase p. 101).

(72) Véase F. MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Carl Heymann's Verlag, 1974, pp. 324 y ss., El principio de culpabilidad, pp. 229 y ss., Über den materiellen Schuldbegriff, pp. 73-74, y *Teoría general del delito*, p. 123. En sus trabajos posteriores, MUÑOZ CONDE considera imprescindible el recurso a un elemento normativo para delimitar la existencia de la capacidad de motivación y, por tanto de culpabilidad en sentido material y dicho elemento viene suministrado por las exigencias de la prevención general en una sociedad y en un momento determinado; véase, su Introducción a *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, recopilación de artículos de ROXIN, traducidos por él al castellano, Reus, Madrid, 1981, pp. 34-36. Culpabilidad y prevención general, en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pp. 166 y ss. y Monismo y dualismo en el Derecho Penal Español, Estudios Penales y Criminológicos, VI, Universidad de Santiago de Compostela, 1983, pp. 228 y ss. (publicado también en alemán, Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1984, fasc. 5.º, pp. 224 y ss.). Con ello, abandona, en realidad, su interesante concepción y viene a coincidir sustancialmente con JAKOBS, para el que la culpabilidad es únicamente reflejo de la prevención general. Según MUÑOZ CONDE: «La pena adecuada a la culpabilidad puede cumplir perfectamente la función preventiva general, porque si se entiende la culpabilidad como aquí lo hacemos, es la pena adecuada a la culpabilidad también una pena adecuada desde el punto de vista preventivo general» (Introducción, pp. 35-36). Véase, a este respecto, *supra*, p. 24, nota 66.

(73) Véase MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, pp. 326 y ss., *El principio de culpabilidad*, pp. 231 y ss. y *Über den materiellen Schuldbegriff*, pp. 74 y ss.

(74) Véase MUÑOZ CONDE, *Über den materiellen Schuldbegriff*, pp. 75-76. En su trabajo anterior, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, pp. 327-328, consideraba, en cambio, que el autor por convicción, cuando no respetaba por motivos de conciencia bienes jurídicos esenciales, no obraba culpablemente. Se revelaba como una persona incapaz de vivir en sociedad, como un inimputable, al que podían aplicarse me-

tancia de la forma del ataque; particularmente, toda omisión que se base en una decisión de conciencia no será culpable (75).

Por último, MUÑOZ CONDE considera que el rol o papel social del individuo es otro elemento del concepto material de culpabilidad, pues sirve para delimitar el ámbito de la exigibilidad de la obediencia al Derecho (76).

El concepto material de culpabilidad, como capacidad de motivación por la norma, sólo permite hacer abstracción del problema del libre albedrío de un modo aparente (77). El conocimiento actual o posible de las normas (prohibiciones o mandatos) y la participación en los bienes jurídicos no permiten, por sí solos, fundamentar un juicio de desvalor sobre el autor, si éste no podía obrar de otro modo. Por ello ROXIN, que concibe la culpabilidad como capacidad de motivación por la norma, susceptible básicamente de comprobación empírica mediante los conocimientos de la Psicología y la Psiquiatría, considera imprescindible introducir en la culpabilidad un elemento normativo. El sujeto, cuya capacidad de autodeterminación, y, por tanto, de motivación por la norma estén intactas, es tratado como si fuera libre; se le atribuye la capacidad de obrar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. La culpabilidad es, por ello, según ROXIN, un concepto mixto empírico-normativo (78).

didadas de seguridad. Véase una acertada crítica de esta solución, propuesta inicialmente por MUÑOZ CONDE, en CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y Pena*, pp. 30-31, por considerar, con razón, que «manifiesta un riesgo para las garantías de la persona, a nuestro juicio intolerable».

(75) Véase *Über den materiellen Schuldbegriff*, p. 75, donde apunta, incluso la posibilidad de que quede excluida en esos casos la antijuridicidad de la conducta.

(76) Véase *Über den materiellen Schuldbegriff*, pp. 76 y ss.

(77) La objeción es válida también respecto al concepto material de culpabilidad, como capacidad de motivación por la norma o por la amenaza penal, sustentado por E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Akal, Jure, Madrid, 1990, pp. 176-177.

(78) Véase ROXIN, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*, pp. 368-369 y *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, pp. 715 y 717-718. ROXIN considera que, al no poderse probar empíricamente la capacidad de obrar de otro modo, la pena no puede hallar su justificación en la culpabilidad y rechaza, por ello, su carácter retributivo y que su imposición pueda suponer un reproche ético. Admite ya, sin embargo, que la culpabilidad no sólo es el límite (en aras de las exigencias del Estado de Derecho), sino también uno de los fundamentos de la pena. Esta se basa en la culpabilidad y en su necesidad, desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial. Propone ROXIN sustituir la culpabilidad por la responsabilidad, como elemento esencial del delito. La responsabilidad sólo concurrirá cuando, existiendo culpabilidad, la pena fuese además necesaria desde el punto de vista preventivo. En las causas de inculpabilidad basadas en la idea de la no exigibilidad de otra conducta, las denominadas causas de disculpa en la Ciencia del Derecho Penal alemana (véase a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, p. 34, nota 120), existe culpabilidad, pero la pena no es necesaria desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial; véase, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, pp. 700-702. En nuestro país se ha adherido a la tesis de Roxin, con algunas matizaciones, M. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la*

El requisito de la participación en los bienes jurídicos para la afirmación de la existencia de culpabilidad, en sentido material, me parece rechazable, pues haría depender la vigencia del ordenamiento jurídico de la aceptación en conciencia de sus normas por los ciudadanos. En el autor por convicción, por ejemplo, el insumiso, que rechaza no sólo el servicio militar, sino también la prestación social sustitutoria (79), o el padre, testigo de Jehová, que rechaza, por sus creencias religiosas que se le haga una transfusión de sangre a su hijo menor de edad, en una intervención quirúrgica y como consecuencia de ello fallece (80), no hay culpabilidad moral, pero sí culpabilidad jurídica (81), (82). Al influir la

imputación subjetiva y de la pena, pp. 191 y ss. y 197 y ss., que hace una exposición y análisis crítico de la evolución del pensamiento de Roxin en materia de culpabilidad. Véase mi crítica de la concepción originaria de Roxin, según la cual la culpabilidad debía ser el límite, pero no el fundamento de la pena, en mi artículo, Culpabilidad y pena, en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 186 y ss. En ella ponía de manifiesto también que las causas de inculpabilidad no pueden explicarse exclusivamente en función de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial; la culpabilidad desempeña también en ellas un papel decisivo (véase pp. 191 y ss.).

(79) Realiza el tipo delictivo del art. 527 del nuevo Código penal.

(80) Realiza el tipo del delito de omisión de socorro del art. 195 y del homicidio por omisión (art. 138, en relación con el art. 11), debiendo aplicarse este último al tratarse de un concurso de leyes a resolver con arreglo al principio de la alternatividad (art. 8, 4.º del Código penal).

(81) Consideran también, en la Ciencia del Derecho Penal española, que en la conducta del autor por convicción no queda excluida la culpabilidad jurídica, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pp. 30-31, TORIO, *Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad*. Cuadernos de Política Criminal, n.º 36, 1988, p. 761. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, pp. 440-441, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 408-409, SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, III, p. 18 y MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, p. 577. TAMARIT, apartándose de la opinión mayoritaria, cree posible excluir, en algunos casos, la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad en la actuación del autor por convicción con base en la idea de la no exigibilidad de otra conducta; véase JOSEF M.º TAMARIT, *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 422 y ss. GÓMEZ BENÍTEZ cree posible aplicar al autor por convicción una causa suprallegal de exclusión de la punibilidad, invocando las normas constitucionales sobre los fines de la pena, cuando la aplicación de una pena no sea necesaria. Propone que se exija como requisitos, para ello, la motivación de conciencia, la no invasión de una esfera jurídica ajena y la finalidad de preservar un bien jurídico penalmente protegido. Véase JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, «Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia», publicado en, *Ley y conciencia*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1993, pp. 78-80. CARLOS PÉREZ DEL VALLE cree que en el autor de conciencia o en el hecho de conciencia, falta la responsabilidad por el hecho, elemento del concepto del delito, intermedio entre la antijuridicidad y la culpabilidad, cuyo reconocimiento propugna en nuestro país BACIGALUPO; véase CARLOS PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia y Derecho Penal. Límites a la aplicación del Derecho Penal en comportamientos de conciencia*, Editorial Comares, Granada, 1994, pp. 284 y ss. y especialmente 294 y ss. y sobre la responsabilidad por el hecho, *infra*, pp. 39 y ss. (la disminución de lo injusto, del desvalor de la acción y del desvalor del resultado, se daría, en estos casos, como consecuencia de la irradiación del art. 16 de la Constitución, donde se garantiza la libertad de conciencia). La sentencia 75/92, de 3 de febrero, del Juzgado de lo Penal n.º 4, de Madrid, aplicó a un insumiso la

índole de los motivos en la medida de la culpabilidad (83), es posible tener en cuenta, sin embargo la motivación ética del autor por convicción en la medición de la pena, en el margen de arbitrio judicial que concede

eximente de estado de necesidad, del n.º 7 del art. 8.º, del viejo Código penal, como causa de justificación. El criterio es rechazable, pues la prestación social sustitutoria no es un mal, de acuerdo con las valoraciones del Derecho (véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II*, pp. 19-20). El Juzgado de lo Penal n.º 25 de Madrid, en la sentencia 279/92 de 20 de mayo, rechazó, en cambio, la aplicación a un insumiso de las eximentes de estado de necesidad (por inexistencia de un mal en sentido jurídico) y de obrar en cumplimiento de un deber, del n.º 11 del art. 8.º del viejo Código penal (por no ser suficiente un deber moral para la aplicación de esta eximente); informa de estas sentencias, GÓMEZ BENÍTEZ, «Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible», con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia, pp. 75, nota 12 y 82 y ss.

(82) En la Ciencia del Derecho Penal alemana, la opinión dominante considera que en la actuación del autor por convicción no quedan excluidas ni la antijuridicidad ni la culpabilidad; véase, por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 176-177 (aunque considera que en estos casos desaparece el aspecto negativo de la reprochabilidad y la decisión en conciencia debería hallar reconocimiento mediante la aplicación de una pena desprovista de todo carácter discriminatorio), MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 412, MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 470-471 (únicamente considera que la decisión en conciencia puede desempeñar un papel en la interpretación de algún elemento del tipo o de algunos requisitos de las causas de justificación o las causas de inculpabilidad, por ejemplo en la determinación de la exigibilidad de otra conducta), BAUMANN-WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 365, WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 115, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 425 y ss., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, pp. 190-191 y 217-218, JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 414-415 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, pp. 372-373) (aunque admiten la posibilidad de apreciar una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad, en las omisiones por motivos de conciencia; véase *Lehrbuch*, pp. 505-6 (*Tratado*, p. 578) y LENCKNER, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, pp. 517-519 (aunque admite la posibilidad de excluir la exigibilidad en los delitos de comisión por omisión; véase pp. 518-519, n.º 120). De otra opinión, ARTHUR KAUFMANN, *Das Schulprinzip*, pp. 128-129, por considerar que materialmente no hay culpabilidad jurídica ni culpabilidad moral. Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pp. 182-183 admite, en algunos casos, la aplicación por analogía del estado de necesidad, como causa de inculpabilidad, regulada en el art. 35 del Código penal alemán. Según JAKOBS, de acuerdo con su concepción funcional de la culpabilidad, en los supuestos de auténtico conflicto de conciencia (en que el autor no tiene posibilidad de otra forma de conducta adecuada a su personalidad y conforme a Derecho), la exclusión de la culpabilidad —desde el punto de vista de la no exigibilidad— depende de que se pueda resolver el conflicto de otra manera, lo cual depende, a su vez, de que la exclusión de la culpabilidad suponga o no un menoscabo del ordenamiento jurídico. En general se dará dicho menoscabo, pero excepcionalmente puede no ser así y se puede reconocer un déficit total o parcial de socialización; véase *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 577 y ss. y sobre los supuestos en que cabe una exclusión o atenuación de la culpabilidad, pp. 580-582. Roxin distingue entre autor por convicción y autor por motivos de conciencia y en este último caso admite, en ocasiones, cuando se trate de supuestos amparados por el art. 4.º de la Constitución (de la República Federal Alemana), donde se proclama la libertad de conciencia, la ausencia de responsabilidad, por falta de necesidad de pena desde el punto de vista preventivo; véase *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, pp. 840 y ss. y especialmente 847 y ss. (admite, incluso, la falta de tipicidad, cuando el Estado tiene a su disposición, para conseguir sus fines, otras alternativas que no afectan a la libertad de conciencia; véase pp. 843, n.º 109 y 847, n.º 120).

(83) Véase *infra*, p. 37.

la regla 1.^a del art. 66 (84), o aplicar por analogía y en su caso, como muy cualificada, la atenuante de arrebató u obcecación (circunstancia 6.^a, en relación con la 3.^a, del art. 21) (85).

El rol o papel que el individuo desempeña en la sociedad y los deberes jurídicos inherentes al mismo influyen, sin duda, en la medida de la exigibilidad de la obediencia al Derecho.

EL CONCEPTO MATERIAL DE CULPABILIDAD DE MIR PUIG

MIR PUIG parte también de la imposibilidad de demostrar empíricamente la capacidad de obrar de otro modo y muestra, incluso, su inclinación por la hipótesis determinista (86). Rechaza, sin embargo, la concepción material de la culpabilidad como capacidad de motivación por la norma, pues por un lado considera que dicha capacidad de motivación condiciona ya lo injusto (87) y por otra parte, señala que la capacidad de motivación no está excluida en los inimputables y concurre, sin duda, en los que actúan en una situación de inexigibilidad (causas de inculpabilidad basadas en la no exigibilidad de otra conducta, las denominadas causas de disculpa en la Ciencia del Derecho penal alemana) (88).

La culpabilidad consiste, desde el punto de vista material, según MIR PUIG, en la capacidad de *motivación normal* por las normas jurídicas, capacidad que está excluida en los inimputables y en los que obran en una situación de inexigibilidad (89).

Subraya MIR PUIG que la culpabilidad representa un límite a las exigencias de la prevención en el Estado social y democrático de Dere-

(84) Según la regla 1.^a del art. 66: «Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho razonándolo en la sentencia».

(85) Véase, en este sentido, TAMARIT, *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, pp. 442-443, y sobre la apreciación de atenuantes por analogía, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II*, pp. 115 y ss.

(86) Véase, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 93-94 y *Derecho Penal, Parte General*, p. 585.

(87) Véase, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 102 y ss. y *Derecho Penal, Parte General*, pp. 592-593.

(88) Véase, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 96-97 y *Derecho Penal, Parte General*, pp. 587-588. Me parece más adecuado el término causas de disculpa que el de «causas de exculpación», que utiliza Mir Puig, pues permite una más clara delimitación terminológica respecto a las causas de exclusión de la culpabilidad (véase, sobre esta distinción en la Ciencia del Derecho penal alemana, *lug. cit.*, en la nota 78).

(89) Véase, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 99 y ss., *Derecho Penal, Parte General*, pp. 577-578 y 588 y ss. y ya antes en ediciones a la trad. de la 3.^a ed. del *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, de H. H. JESCHKE, I, pp. 573 y 584.

cho. La culpabilidad y la pena quedan excluidas aunque el sujeto fuera aun susceptible de motivación y la pena pudiera desplegar, por tanto, una eficacia preventiva. Según MIR PUIG, «la culpabilidad no faltaría por no ser necesaria la pena, sino viceversa, que *la posibilidad de pena encontraría un límite (normativo) en la falta de culpabilidad*» (90).

La inclusión de la capacidad de motivación en lo injusto me parece rechazable. La antijuridicidad implica simplemente una relación objetiva de contradicción entre una acción u omisión humana y la norma (prohibición o mandato). Esta se basa, a su vez, en un juicio desvalorativo de carácter objetivo, general, sobre ciertas acciones u omisiones con independencia de quién las lleve a cabo (91).

Se ha objetado a Mir Puig que la capacidad de motivación normal por las normas jurídicas implica la capacidad de obrar de otro modo (92). MIR PUIG lo rechaza, con razón, pues según él, «el culpable lo es no porque tuviera '*capacidad normal de motivación*', en el sentido de que pudiera haberse motivado a sí mismo en una medida normal a actuar de otro modo —lo que ciertamente supondría la libertad de la voluntad— sino porque *pudo ser* (en pasiva) y *fue motivado* normalmente aunque el motivo representado por la norma no lograra imponerse frente a otros motivos» (93). La distinción es nítida, pero la simple capacidad pasiva de motivación no puede servir de base a la atribución del hecho a su autor, como persona, si éste no podía obrar de otro modo, es decir, no podía ser «motivado con éxito» para obrar de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico.

HACIA UN CONCEPTO EMPÍRICO-NORMATIVO DE CULPABILIDAD CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

Antes de tomar posición ante el problema del concepto material de culpabilidad es preciso hacer algunas matizaciones a la tesis de que no se puede comprobar empíricamente si una persona determinada, en una situación concreta, pudo obrar o no de otro modo.

HENKEL, en un penetrante análisis de los límites de la comprobación empírica de la capacidad de autodeterminación del ser humano, considera que algunos elementos relevantes para el juicio de culpabilidad son susceptibles de comprobación (94). Si el autor pudo o no, en la

(90) Véase, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 98, y *Derecho Penal, Parte General*, p. 588.

(91) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp. 368 y ss.

(92) Véase Carbonell, en J.C. CARBONELL MATEU, J. L. GÓMEZ COLOMER, J. B. MENGUAL LULL, *Enfermedad mental y delito*, Civitas, Madrid, 1987, p. 32.

(93) Véase *Derecho Penal, Parte General*, pp. 590-591, nota 38.

(94) Véase HENKEL, *Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem, Festschrift für Karl Larenz*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1973, pp. 23 y ss.

concreta situación, prever el curso externo de la acción y las repercusiones de la misma (la producción de un determinado resultado de lesión o peligro), «puede considerarse enjuiciable mediante un suficiente número de comprobaciones del grado de inteligencia y de la experiencia de la vida del autor». «Lo mismo sucede —dice HENKEL— con la pregunta acerca de si el autor, de acuerdo con su personalidad, tal como se ofrece al que formula el juicio, podía comprender el desvalor o lo injusto de su conducta». No son susceptibles de comprobación empírica, individualizada, en cambio, otros factores: «Si el autor tenía la posibilidad concreta de asumir emocionalmente el fin de su conducta considerado como ‘correcto’ por su razón, es decir, si su razón podía desencadenar los impulsos emocionales del sentimiento del valor y del deber, que hubieran sido apropiados para mover la voluntad en esa dirección. Tiene que quedar también sin respuesta la pregunta de si el autor tenía la posibilidad de aportar mediante su voluntad la energía que hubiera sido necesaria para superar las inhibiciones y resistencias que se derivaban de las circunstancias externas y (o) de impulsos contrapuestos de la esfera vital o del sentimiento». Es cierto, por tanto, como concluye Henkel, que no cabe un juicio global empíricamente comprobable de la capacidad de obrar de otro modo del delincuente en la situación concreta. Esta comprobación sólo puede realizarse respecto a aspectos parciales, aunque de gran trascendencia para el juicio de culpabilidad.

Las dificultades del enjuiciamiento de la capacidad del delincuente para obrar de otro modo, en la situación concreta, no se resuelven sustituyendo este juicio por el de la capacidad de autodeterminación de otra persona en la misma situación. Ni siquiera si para ello se recurre a la figura del ser humano dotado de una capacidad de autodeterminación media (95). La capacidad de decisión o la fuerza de voluntad media no es susceptible tampoco de comprobación empírica. Se trataría necesariamente de un criterio normativo (96), en cuya concreción influirían, sin

(95) Véase, en este sentido, por ejemplo, JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 410-11 y 427 y ss. (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, pp. 369-370, 386-387); HENKEL, *Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem*, p. 25; LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 24 ed., C.H. Beck, Munich, 1991, p. 171 (n.º 110); Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pp. 18 (n.º 13) y 157 (n.º 513); y ARTHUR KAUFMANN, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, p. 282 («El juicio de culpabilidad se basa siempre en una analogía»). CÓRDOBA RODA invoca también un criterio generalizador al afirmar: «De admitir, conforme a autorizada doctrina, que existen dificultades prácticamente insuperables para poder llegar a afirmar, en virtud de un juicio *individualizador*, que el sujeto concreto disponía de la indicada libertad de actuación o sufría alguna de las referidas alteraciones, entendemos que las referidas situaciones de ausencia o aminoración de capacidad deben ser concebidas como aquellos estados que producen un tal efecto de ausencia o disminución en *cualquier persona* en la que concurra el conjunto de elementos integrantes de la respectiva situación»; véase CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, p. 70.

(96) En este sentido, expresamente, JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 410-11 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, pp. 386-387).

duda, las exigencias de la prevención general y la prevención especial, lo cual podría afectar a la función de la culpabilidad como límite de la prevención. Por otra parte, el criterio es sumamente insatisfactorio, pues lo decisivo es saber si el delincuente pudo obrar de otro modo en la situación en que se hallaba. Cuando se pueda demostrar que no pudo obrar de otro modo (por ser su error de prohibición invencible, por ejemplo), sería injusto afirmar la existencia de culpabilidad porque otra persona en su lugar hubiera podido hacerlo (97).

El concepto material de culpabilidad ha de ser coherente con el concepto del ser humano que inspira la Constitución (98). Nuestra Constitución, que consagra un Estado social y democrático de Derecho, se basa, sin duda, en la concepción del hombre como persona, como ser responsable, como un ser capaz de autodeterminación conforme a criterios normativos (99).

Esta concepción del hombre es, por otra parte, la predominante en la moderna Antropología y la que se deduce de las investigaciones de psicología comparada de los seres humanos y los animales (100). La inteligencia humana y la riqueza de formas de conducta del ser humano no se deben a un mayor grado de desarrollo y diferenciación de los instintos animales (como se suponía en la concepción determinista del hombre que predominaba a fines del siglo pasado y principios de éste), sino, al contrario, a una drástica reducción de las formas innatas de conducta. Esta desvinculación de los instintos sería fatal para la supervivencia del

(97) Véase también, en este sentido, TORÍO, *El concepto individual de culpabilidad*, p. 683, («El sujeto no es penado por su propia culpabilidad, sino atendiendo a la de otro, es decir a la culpabilidad de un sujeto hipotético, imaginario, que en esa situación hubiera procedido de un modo diverso a como lo hizo el hombre real»), que reivindica, con razón, un concepto individual de culpabilidad frente al llamado concepto «general» o «social», que atiende a la capacidad de autodeterminación media (véase especialmente pp. 685 y ss.) Véase también, en este sentido, el artículo de TORÍO, «Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad», pp. 760-762 (donde propone, como Achenbach, en Alemania —véase supra nota 66— la sustitución del término culpabilidad por el de imputación subjetiva o imputación personal, por su carácter más neutral, para hacer referencia «a la necesidad de que la acción, además de objetivamente imputable, sea también subjetivamente atribuible a sus actos»; véase p. 762-763).

(98) Véase también, en este sentido, ZIPF, en MAURACH-ZIPF, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 431 (n.º 50) y 487 (n.º 16).

(99) Según el art. 1.1 de nuestra Constitución: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»; y en el art. 10.1 se proclama que: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social».

(100) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 142 y ss., *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Ariel, Barcelona, 1964, pp. 86 y ss.; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 409 y ss. y 415 y ss. (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, pp. 369 y 374-375); ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, pp. 116 y ss.; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 845-846 (n.º 13); y WESSELS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, p. 113.

ser humano, si no se viera compensada por su capacidad de pensamiento racional, por su capacidad de regirse por los criterios del sentido, de la verdad y del valor (de lo que tiene sentido o es absurdo, de lo que es verdadero o falso, de lo que es valioso o no lo es). En la psique humana se distingue una capa profunda, inconsciente, en la que anidan los impulsos vitales de autoconservación y conservación de la especie, las pasiones, deseos, aspiraciones, inclinaciones e intereses y una capa superior, de la personalidad, en la que se encuentra el Yo, como centro de la inteligencia y de la voluntad. Este desempeña una función de control de los impulsos de la capa profunda, neutralizándolos o potenciándolos, en definitiva dirigiéndolos con arreglo a su contenido de sentido o de valor. El ser humano, de acuerdo con los conocimientos de la moderna Antropología, es un ser que se caracteriza precisamente por la capacidad de autodeterminación conforme a sentido.

El Derecho ha partido siempre de la concepción del hombre como persona, como ser responsable. Es difícil imaginar, incluso, que no lo hiciera y partiera de una concepción determinista del ser humano. Las normas serían concebidas únicamente como factores causales de posible influencia en la conducta de los ciudadanos. Esto resultaría tanto más desconcertante y disfuncional en cuanto los seres humanos se creen libres, tienen el sentimiento de la libertad de poder obrar en cada momento de un modo u otro, de asignarse libremente los fines de su conducta. El Derecho no puede ignorar la conciencia de la libertad de los ciudadanos, la visión que tienen del mundo y de sí mismos y que se refleja, incluso, como ha puesto de manifiesto SCHÜNEMANN, en las estructuras del lenguaje, en la reconstrucción social de la realidad (101).

La concepción de la culpabilidad como capacidad de obrar de otro modo viene avalada no sólo por exigencias normativas (el concepto del hombre que inspira la Constitución), sino también por la concepción del ser humano de la moderna Antropología y la Psicología comparada, así como por el reconocimiento de la libertad de la voluntad en la realidad social, objeto de la regulación del Derecho (102).

Es cierto que de la capacidad general de autodeterminación del ser humano no cabe deducir la capacidad de obrar de otro modo de una persona determinada en una situación concreta. Esta capacidad de obrar de otro modo sólo puede ser demostrada empíricamente de un modo parcial, como hemos visto. Pero siempre que pueda comprobarse la imposibilidad de obrar de otro modo debe quedar excluida, en principio, la culpabilidad. El reproche de la culpabilidad jurídico-penal se basa sólo

(101) Véase B. SCHÜNEMANN, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, pp. 163 y ss. y Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, pp. 151 y ss.

(102) HIRSCH trata de fundamentar recientemente el principio de culpabilidad no en la existencia del libre albedrío, sino en su reconocimiento por los ciudadanos; véase, H.J. HIRSCH, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, Z. Str. W. 1994, fasc. 4.º, pp. 763 y ss.

en parte en la comprobación empírica de la capacidad de obrar de otro modo y tiene siempre como sustrato, en mayor o menor medida, la capacidad general de autodeterminación del ser humano.

La culpabilidad jurídica no coincide, por ello, con la culpabilidad moral. Se trata de dos conceptos enraizados en la concepción del hombre como persona, como ser responsable, capaz de autodeterminación conforme a sentido, pero que no coinciden plenamente en su contenido. La culpabilidad jurídica no supone siempre una culpabilidad ética [y no solamente en los supuestos excepcionales del Derecho injusto (103) y del autor por convicción (104)]. Se trata de dos conceptos íntimamente relacionados, sin embargo, pues la prueba, en los aspectos parciales en los que es posible, de la incapacidad de obrar de otro modo excluye no sólo la culpabilidad moral, sino también la culpabilidad jurídica.

La culpabilidad es culpabilidad de la voluntad. Se le reprocha al sujeto que haya adoptado la resolución de voluntad de llevar a cabo la acción (u omisión) típica y antijurídica, en lugar de haber adoptado una resolución de voluntad diferente, de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico (105).

Desde la concepción del hombre como persona, como ser responsable, aparece como rechazable la llamada culpabilidad de carácter. Según esta concepción material de la culpabilidad, que no ha hallado eco en la Ciencia del Derecho penal española, una acción u omisión típica y antijurídica será culpable cuando aparezca como expresión del carácter asocial del autor (106), o simplemente porque el ser humano debe responder siempre de su carácter o manera de ser (107). El carácter de una persona

(103) El Derecho injusto es, a mi juicio, obligatorio mientras no suponga una infracción grave de un principio material de justicia, especialmente del principio, de validez *a priori*, del respeto a la dignidad de la persona humana; véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, p. 22.

(104) Véase *supra*, p. 28.

(105) En la culpa inconsciente (en que el sujeto no previó, pero pudo prever la posibilidad de la producción del resultado) tropieza con dificultades la teoría de la culpabilidad como culpabilidad de la voluntad, como señala ARTHUR KAUFMANN; véase *Das Schuldprinzip*, pp. 156 y ss. Según ARTHUR KAUFMANN, no existe culpabilidad en todos aquellos casos en que no se dio con anterioridad a la producción del resultado un momento de infracción consciente del deber de cuidado: si, en el conocido ejemplo de Mezger, la mujer que dejó sobre la mesa de la cocina la botella con el líquido corrosivo no pensó, en ningún momento, en la posibilidad de que su hijo se lesionara. En estos supuestos de culpa inconsciente hay, a mi juicio, culpabilidad de la voluntad, al menos en sentido amplio, pues al ser previsible por la mujer la producción del resultado, pudo adoptar una resolución de voluntad diferente. La concepción material de la culpabilidad de ARTHUR KAUFMANN (*Das Schuldprinzip*, p. 153), como resolución de voluntad consciente contra el veto que se deriva de la representación de la producción segura o posible de un resultado delictivo, me parece demasiado restringida.

(106) En este sentido, FRANZ V. LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de la 20 edición alemana por LUIS JIMENEZ DE ASUA, II, Reus, Madrid, 1916, p. 376.

(107) En este sentido, por ejemplo, GRAF ZU DOHNA, *Ein unausrotbares Misverständnis*, Z. Str. W., tomo 66, 1954, pp. 508-509 («es una ley fundamental de la vida social que cada uno debe responder de lo que hace, siempre que sea emanación de su personalidad»); HEINITZ, *Strafzumessung und Persönlichkeit*, Z. Str. W., tomo 63, 1951,

depende, sin embargo, sólo en parte de su voluntad y no es posible deslindar, además, qué rasgos del carácter o en qué medida cada uno de ellos dependa de su voluntad (108).

Dada la concepción del ser humano como persona, como ser responsable, aparece, por otra parte, como insuficiente como fundamento material de la culpabilidad la disposición de ánimo o talante con que el sujeto haya llevado a cabo la acción u omisión típica y antijurídica. Según la teoría de la culpabilidad de disposición de ánimo, desarrollada principalmente por GALLAS y JESCHECK (109) y que no ha hallado eco en la Ciencia del Derecho penal española, la culpabilidad consiste en la «reprochabilidad del hecho en consideración a la disposición de ánimo, desaprobada por el ordenamiento jurídico, que lo inspira» (110). No se trata de una disposición de ánimo permanente o duradera, que guardaría estrecha relación con el carácter de la persona, sino de la disposición de ánimo que inspiraba la acción u omisión concreta realizada. Esta disposición de ánimo se caracteriza en el dolo por la hostilidad o indiferencia ante el Derecho y en la culpa por la ligereza o despreocupación por los bienes jurídicos (111). Parten estos penalistas de la teoría de la doble posición del dolo (que pertenecería a lo injusto como portador del sentido subjetivo de la acción, de la finalidad y a la culpabilidad como expresión de la disposición de ánimo hostil o indiferente al Derecho) y distinguen, por tanto, una culpabilidad dolosa y una culpabilidad culposa. Hablan también, por ello, de un tipo de la culpabilidad, paralelo al tipo de lo injusto al que pertenecerían también elementos específicos contenidos en algunas figuras delictivas.

p. 74 («Se responde en la vida por lo que se es, sin tener en cuenta los variados motivos por los que se ha llegado a ser así»); y ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der Strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, pp. 44 y ss. y especialmente p. 64.

(108) Véase, en este sentido, ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, p. 190 y RODRÍGUEZ DEVEZA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, p. 440, nota 60. Sobre las dificultades con que tropieza la teoría de la culpabilidad de carácter para excluir la culpabilidad en los inimputables (enajenados o menores de edad, por ejemplo), véase ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, pp. 191-192 y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, pp. 711-713 (n.º 29 y 30).

(109) Véase W. GALLAS, *Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund*, en *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Verlag C. H. Beck, Munich y Berlín, 1954, pp. 323-324, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, separata de la Z. Str. W., Walter de Gruyter, Berlín, 1955, pp. 45-46; y JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 421-422 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, p. 380). A esta concepción se han adherido WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 114-116 y 120-121 y LENCKNER, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, pp. 174-176 (n.º 119-123), y está muy próximo a ella SCHMIDHÄUSER, para el cual la culpabilidad consiste en la conducta espiritual del autor lesionadora de un bien jurídico, en la disposición de ánimo que inspira el hecho, en que el autor no se ha tomado en serio el bien jurídico lesionado; véase Eb. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, pp. 365 y ss. y *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, pp. 185 y ss.

(110) GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, p. 45.

(111) Véase GALLAS, «Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund», p. 323.

Aunque el fundamento de la culpabilidad, en el aspecto material, sea la capacidad de obrar de otro modo, en la medida de la culpabilidad, es decir, de la reprochabilidad de la adopción de la resolución de voluntad contraria a las exigencias del Derecho, influye también, sin duda, la índole de los motivos. Este es el fundamento de la circunstancia agravante de cometer el delito por precio, recompensa o promesa, y de la de cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencia de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca, 3.^a y 4.^a, respectivamente, del art. 22 del Código penal español. La motivación ética, en el autor por convicción supone, por ello, también una menor reprochabilidad de la acción u omisión típica y antijurídica (112).

La disposición de ánimo o talante no puede fundamentar por sí sola la culpabilidad, pero sí puede influir en su medida. Una actitud de rebeldía, por ejemplo, frente a las exigencias del ordenamiento jurídico determina una mayor reprochabilidad personal de la acción u omisión típica y antijurídica. En la circunstancia agravante de ensañamiento (5.^a del art. 22 y 5.^a del art. 139), la mayor gravedad del delito está determinada, no sólo por una mayor gravedad de lo injusto, del desvalor de la acción, sino también por un elemento subjetivo, de la disposición de ánimo o talante, la crueldad, que rebasa la mera conciencia y voluntad de producir sufrimientos innecesarios y supone una mayor gravedad de la culpabilidad.

La capacidad de obrar de otro modo puede estar disminuida, en ciertos casos, por las circunstancias anormales en que se llevó a cabo la acción u omisión típica y antijurídica y la presión emocional a la que se vio sometido el sujeto. En estos casos no le es exigible a esa persona que actúe conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Este es el fundamento de las eximentes de estado de necesidad como causa de inculpabilidad (n.º 5.º del art. 20) y de miedo insuperable (n.º 6.º del art. 20). En estos casos hay culpabilidad, pero tan disminuida que no alcanza gravedad suficiente para merecer una pena, no llega al umbral de la culpabilidad jurídico-penal (113). En la eximente de encubrimiento de parientes, del art. 454 (114), estamos también ante una causa de inculpabilidad, basada en la idea de la no exigibilidad de otra

(112) Véase *supra*, pp. 29-30.

(113) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II*, p. 34, nota 120.

(114) De acuerdo con este precepto: «Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, o por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del artículo 451».

conducta (115). La capacidad de obrar de otro modo se halla considerablemente disminuida en este caso por el afecto existente normalmente entre los parientes. Desde el momento en que se limita el círculo de los «parientes» a los que es aplicable la eximente [no están comprendidos, por ejemplo, los tíos y sobrinos, o las personas del mismo sexo unidas por una análoga relación de afectividad a la de los cónyuges (116)] y se presume la existencia real de afecto si no en todos (117) en la mayor parte de los casos, se alzan en la causa de inculpabilidad elementos objetivos (118). Del mismo modo que en la antijuridicidad hay elementos subjetivos (119), en la culpabilidad hay también elementos objetivos (120).

CULPABILIDAD POR EL HECHO Y CULPABILIDAD POR CONDUCTA DE VIDA

El objeto del reproche de la culpabilidad es la realización de una acción u omisión típica y antijurídica. La culpabilidad es culpabilidad por el hecho. En el juicio de reproche deben tenerse en cuenta, sin embargo, no sólo todos los elementos objetivos y subjetivos de la acción u omisión típica y antijurídica realizada, sino también todas las circunstancias que rodearon la conducta delictiva y que concurrían en el delincuente. En lo que a éste respecta hay que tener en cuenta su vida anterior (el medio social del que procede, si pudo o no recibir una educación adecuada, si pudo o no conseguir trabajo, sus posibles antecedentes penales, etc.) y su personalidad. A las circunstancias personales se remite expresamente la regla 1.^a del art. 66, de medición de la pena. No es que el objeto del juicio de reproche sea la vida del delincuente [culpabilidad por conducta de vida (121)] o su carácter, sino que esos datos son relevantes para determinar si la realización de la acción u omisión típica y antijurídica le era o no reprochable y, en su caso, en qué medida le era reprocha-

(115) Véase, en este sentido, RODRIGUEZ MUÑOZ, en relación con la eximente de encubrimiento de parientes del art. 18 del viejo Código penal; notas a su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de MEZGER, I, Ed. Rta. de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 161.

(116) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, p. 146.

(117) Con las palabras «análoga relación de afectividad» parece que se quiere hacer referencia únicamente a las personas de distinto sexo que vivan una relación matrimonial *de facto*, sin que ello implique la necesidad de probar la existencia real de afecto entre ellas.

(118) Véase, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 318 y 448.

(119) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, pp. 360 y ss.

(120) Su existencia se reconoce en la Ciencia del Derecho Penal alemana, a partir de FRANK; véase, a este respecto JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, pp. 471-472 (*Tratado de Derecho Penal*, Parte General, pp. 426-427).

(121) Término acuñado por MEZGER; véase EDMUND MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Duncker-Humblot, Berlín-Munich, 1950, pp. 35-36.

ble. No es preciso acudir, por ello, a la culpabilidad por conducta de vida o la culpabilidad de carácter (122) para fundamentar la culpabilidad en la culpa inconsciente, en el error de prohibición vencible, en los delitos cometidos en un estado emotivo o pasional, o en la *actio libera in causa* (123). En cuanto a la agravante de reincidencia (8.ª del art. 22 del Código penal), no se basa en la culpabilidad por conducta de vida, sino en la mayor gravedad de la culpabilidad por el hecho. La culpabilidad es mayor en el nuevo hecho delictivo cometido cuando el sujeto había sido ya condenado con anterioridad por otro delito comprendido en el mismo Título del Código y de la misma naturaleza. La sentencia anterior implicaba no sólo un juicio desvalorativo ético-social sobre la conducta realizada, sino también una advertencia, que desoyó el delincuente. Este habrá recibido, además, en principio, si había cumplido la pena, un tratamiento tendente a conseguir su reinserción social.

Nuestro Código penal se basa en el principio de la culpabilidad por el hecho, pero excepcionalmente algunos de sus preceptos se inspiran en la concepción de la culpabilidad por conducta de vida. Éste es el caso en la receptación habitual de faltas contra la propiedad (art. 299). En realidad esta figura delictiva se inspira, más que en un Derecho penal de hecho, en un Derecho penal de autor. Se castiga, más que una acción o una serie de acciones, un tipo de autor. Coherentemente se basa en la culpabilidad por conducta de vida.

Este precepto del Código penal español que se basa en la concepción de la culpabilidad por conducta de vida debería ser reformado o suprimido, pues esa concepción de la culpabilidad no es coherente con la concepción del hombre como persona. Sólo en parte y es difícil precisar en qué medida, la vida de una persona depende de su voluntad.

CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

MAURACH, en Alemania (124), y BACIGALUPO (125), en nuestro país, han propuesto la introducción entre la antijuridicidad y la cul-

(122) Como hacen, por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 150; y JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 489 y ss., especialmente 491. De otra opinión, en el mismo sentido que el texto, LENCKNER, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, pp. 168-169 (n.º 105) y MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, pp. 471 y ss., especialmente p. 473.

(123) Se denomina *actio libera in causa* aquella acción que no era libre en el momento de su realización, pero sí en un momento anterior; por ejemplo, si el sujeto se provocó un trastorno mental transitorio con el propósito de cometer el delito (n.º 1.º del art. 20 del Código Penal).

(124) Véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 369 y ss. y 374 y ss., y MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, pp. 424-428 y 432 y ss.

(125) Véase E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, Parte General, pp. 162 y ss., y ya antes en, *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, La Ley, Año VII, n.º 1611, 23 de diciembre de 1986, p. 3 y *Unrechtsminderung und Tatverantwortung*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag» 1989, pp.

pabilidad de otro elemento esencial del delito, la responsabilidad por el hecho. Esta propuesta se basa en el diferente grado de generalización con que se procede en las causas de inculpabilidad basadas en la idea de la no exigibilidad [estado de necesidad como causa de inculpabilidad, miedo insuperable (126)] y en las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad o de inimputabilidad (por ejemplo, anomalía o alteración psíquica) y en la causa de inculpabilidad del error de prohibición invencible. En las primeras, dice BACIGALUPO, «el derecho penal no tiene en cuenta si el autor tuvo o no *realmente* la capacidad de obrar de otra manera, sino que mediante un procedimiento generalizador, excluye la responsabilidad, aunque el autor haya podido comportarse de un modo diferente». En cambio, en las «verdaderas» causas de exclusión de la culpabilidad «el derecho penal opera en forma individualizadora, es decir, considerando la capacidad concreta del autor de motivarse de acuerdo con la norma» (127). MAURACH y BACIGALUPO incluyen las causas de inculpabilidad basadas en un criterio generalizador en la nueva categoría de la responsabilidad por el hecho, intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad. La concurrencia de una causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho no excluye la antijuridicidad, pero impide la aplicación de medidas de seguridad y permite que los partícipes queden exentos de pena (aunque se parta del criterio de la accesoriedad limitada, según el cual basta para que los partícipes incurran en responsabilidad que la conducta del autor sea típica y antijurídica, pero no es preciso que sea culpable). La construcción de BACIGALUPO presenta, sin embargo, rasgos originales, pues, según él, en las causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho estamos ante una considerable disminución de lo injusto: la conducta sigue siendo antijurídica, pero queda excluido lo ilícito penal (128). Para MAURACH, en cambio, la responsabilidad por el hecho integra, junto a la culpabilidad, la categoría

461 y ss. En un principio BACIGALUPO utilizaba también el término atribuibilidad, junto al de responsabilidad por el hecho (que es el utilizado por MAURACH); véase BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal Español, II*, El hecho punible, Akal, Iure, 1985, pp. 89 y ss. y *Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad*, p. 3. Siguen la tesis de BACIGALUPO, en nuestro país, PATRICIA LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Bosch-Spicum, Barcelona, 1990, pp. 319 y ss. y CARLOS PÉREZ DEL VALLE, *Concincia y Derecho Penal*, pp. 284 y ss. JIMÉNEZ DE ASUA había hablado ya de la atribuibilidad como requisito previo a la culpabilidad y que sería necesario también para aplicar una medida de seguridad. Según JIMÉNEZ DE ASUA: «La atribuibilidad de una infracción dañosa es posible cuando viene el acto u omisión, que materialmente le causa, de una mera causación psíquica que afirma el acto como propio de su causante (mismidad)»; véase, *Tratado de Derecho Penal, V*, pp. 30 y ss., especialmente pp. 37-38.

(126) BACIGALUPO menciona también el exceso en los límites de una causa de justificación (véase, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 162 y 165), aunque una exigente de este tipo existe en el Código Penal alemán (art. 33, exceso en la legítima defensa), pero no en el Código Penal español.

(127) Véase, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, p. 162.

(128) Véase BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 162 y 164-165.

de la atribuibilidad (129). Por otra parte, BACIGALUPO incluye también, entre las causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho, las excusas absolutorias, entre las que menciona la del art. 564 del viejo Código penal español (art. 268 del nuevo Código penal) y el encubrimiento de parientes (art. 18 del viejo Código penal y 454 del nuevo) (130), y entre las «verdaderas» causas de inculpabilidad el error invencible sobre la desaprobación jurídico-penal del hecho, es decir, sobre la punibilidad (131).

En las causas de inculpabilidad basadas en la idea de la no exigibilidad de otra conducta se da, sin duda, una menor gravedad de lo injusto, del desvalor de la acción y en ocasiones del desvalor del resultado (132) y la exclusión de la culpabilidad, o de la culpabilidad jurídico-penalmente relevante, lleva implícita la referencia a un criterio generalizador. Hay que atender a la conducta que observaría en esa misma situación un hombre medio, o mejor una persona inteligente, respetuosa con las exigencias del ordenamiento jurídico (133). La determinación de la capacidad o incapacidad de culpabilidad (imputabilidad), por ejemplo, en las eximentes de anomalía o alteración psíquica y la determinación del carácter invencible del error de prohibición, implicarán también, sin embargo, con frecuencia la referencia a un criterio generalizador. En la causa de exclusión de la capacidad de culpabilidad de la menor edad (n.º 2.º del art. 8.º del viejo Código penal, que continúa en vigor mientras no se apruebe una ley que regule la responsabilidad penal del menor) (134) el propio texto legal cierra toda posibilidad de individualización, al declarar que está exento de responsabilidad criminal el menor de 16 años (135). Por otra parte, dadas las limitaciones existentes para poder probar si el sujeto podía o no obrar de otro modo, en la situación concreta en que se hallaba, el reproche de la culpabilidad se basa siempre, como vimos, en mayor o menor medida, en la capacidad general de autodeterminación del ser humano (136).

(129) Véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, pp. 374 y ss. y MAURACH-ZIPF, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 432 y ss.

(130) Apartándose, en este último caso, de la opinión mayoritaria en la Ciencia del Derecho Penal española que considera, a partir de RODRÍGUEZ MUÑOZ (véase supra nota 115), que el encubrimiento de parientes es una causa de inculpabilidad basada en el principio de la no exigibilidad de otra conducta.

(131) Véase BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 176 y ss., *Delito y punibilidad*, Cívitas, Madrid; 1983, pp. 159 y ss. y El error sobre las excusas absolutorias, *Cuadernos de Política Criminal*, 1978, n.º 6, pp. 3 y ss.

(132) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, p. 34.

(133) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, p. 35.

(134) Véanse el art. 19, la Disposición derogatoria única y la Disposición transitoria duodécima del nuevo Código penal.

(135) Véase, sobre esta dificultad, que reconoce el propio MAURACH, CÓRDOBA, notas a su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH, II, Ariel, Barcelona, 1962, p. 39.

(136) Véase supra, pp. 31 y ss. y mi artículo Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus spanischer Sicht, en *Rechtfertigung und Ent-*

La tesis de Bacigalupo, en su formulación más reciente, se aproxima, por otra parte, aunque con una fundamentación diferente, a la distinción de GÜNTHER entre causas de exclusión de lo injusto penal y causas de justificación, a la que cabe oponer graves objeciones (137). En realidad BACIGALUPO transforma las causas de inculpabilidad basadas en la idea de la no exigibilidad (y las excusas absolutorias) en causas de exclusión de lo injusto penal, por lo que lo lógico sería que incluyera la responsabilidad por el hecho en la antijuridicidad.

En cuanto a las consecuencias jurídicas del reconocimiento de la responsabilidad por el hecho, como categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad, no me parece satisfactorio que la exclusión de la responsabilidad por el hecho impida la aplicación de medidas de seguridad a los que actúen amparados por una causa de inculpabilidad, basada en la idea de la no exigibilidad (138), o en una excusa absoluta. No es que se exija más a los inimputables que a los que tienen capacidad de culpabilidad, como supone BACIGALUPO (139), sino que los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y de las penas son diferentes. Las medidas de seguridad son aplicables a los delincuentes peligrosos (sean o no imputables).

Por otra parte, la exclusión de la responsabilidad por el hecho del autor no determina, por sí misma, como reconoce BACIGALUPO, la impunidad de los partícipes (140). Esta tendría, en su caso, otro fundamento (141). En realidad la medida de la accesoriidad de la participación depende de la naturaleza de la misma (142) y de la concepción de lo injusto que inspira el Código.

chuldigung, III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtsskolloquium, 1990, publicado por ALBIN ESER/WALTER PERRON, Freiburg i. Br. 1991, p. 20 [La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española, en *Justificación y exculpación en Derecho Penal* (Coloquio hispano-alemán de Derecho Penal), Universidad Complutense, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1995, pp. 26-7].

(137) Véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, I, pp. 447-448.

(138) Véase, en este sentido, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 3.ª Ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1978, p. 348 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 3.ª ed. por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Ariel, Barcelona, 1981, I, pp. 591-592) y ROXIN, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, I, p. 724 (n.º 53).

(139) Véase *Principios de Derecho Penal, Parte General*, p. 164.

(140) Véase *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 165-166.

(141) En el estado de necesidad, como causa de inculpabilidad, no parece convincente que la impunidad del autor se extienda automáticamente a los partícipes; véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, II, p. 35.

(142) Véase JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 3.ª ed., p. 348 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, p. 592).

Para una revisión de la dogmática de los delitos contra el honor

ENRIQUE BACIGALUPO

Catedrático de Derecho Penal. Magistrado del Tribunal Supremo

I

El sistema penal de la protección del honor es uno de los capítulos del Código penal más resistentes a todos los programas de reforma integrales del derecho criminal. Si se observan los textos proyectados en 1980, 1983, 1992 y 1994 se verá que las ideas básicas de la redacción de 1848 no han sido puestas en duda (1). En términos generales se puede decir que en el derecho vigente el honor es protegido frente a las imputaciones falsas de delitos que pueden ser perseguidos de oficio y frente a las expresiones de menosprecio o deshonrantes, en este caso con independencia de su veracidad. Este sistema ofrece en primer lugar dudas respecto del objeto de protección, pues la calumnia tiene una notoria cercanía en la denuncia falsa y la injuria más que el honor parece proteger cierto ámbito de privacidad y tranquilidad.

El origen de la regulación de los tipos de la injuria y la calumnia está en el Código de 1822 (arts. 699 y ss.), que distinguió uno y otro delito según que se tratara de palabras o manifestaciones por hechos realizados para deshonrar, afrentar, etc. (injuria, art. 703) y la imputación de un hecho falso (calumnia, art. 699). La imputación falsa de un «delito o culpa» era una hipótesis típica agravada de la calumnia. Muy probablemente los autores del Código de 1822 tuvieron en cuenta el Código Francés de Napoleón y en él se inspiraron para la elaboración de los delitos contra el honor. Este origen marcará el desarrollo de los delitos contra el honor

(1) Confr. P1980, arts. 220 y ss.; PAPCP 1983, arts. 194 y ss.; P1992 arts. 204 y ss.; P1994, arts. 197 y ss.

en una forma especialmente notoria en relación al bien jurídico protegido. En efecto, en el derecho francés, antes y después de la reforma de 1992 (2) el delito de calumnias no parece concebido como un delito contra el honor, sino como una denuncia falsa y el delito de injurias tampoco parece vincularse con el honor de una persona, sino con un bien jurídico de contornos menos precisos. Ambos delitos aparecían en el antiguo Código Francés de 1810, después de la reforma introducida por la Ley de 17 de mayo de 1819, entre los «atentados a la vida privada, denuncia calumniosa y revelación de secretos» (arts. 368 y ss.). La similitud del art. 373 de este Código con el 325 del Código Penal es notoria. El delito de injurias, que se encontraba en el art. 376 fue excluido del Código Penal y se encuentra sólo en el art. 29 de la L. de 29 de julio de 1881 (3). La reforma del Code Napoléon de 1819 introdujo la regla de la irrelevancia de la *exceptio veritatis*, poniendo de esta manera en entredicho que el delito de injurias tenga el propósito de proteger el honor, pues si los hechos son verdaderos lo que, en todo caso, se protegería sería un honor meramente aparente (4). De esta manera el derecho francés distinguió los tipos de *denuncia* calumniosa (consistente en la imputación ante oficiales públicos de un hecho delictivo) de la injuria (en la que se trata de la imputación pública de un «vicio determinado»). La prueba de la verdad se limitó a los casos de imputaciones contra «los depositaires ou agents de l'autorité ou contre tout personnes ayant agi dans un caractère public, des faits relatifs a leurs fonctions» (5).

La recepción de este sistema de protección en el Código de 1848 (arts. 365/381) fue clara, aunque con algunas modificaciones. La Calumnia no requiere la denuncia ante la autoridad y la injuria sólo requiere la publicidad en el caso de las leyes (art. 372). La *exceptio veritatis* está cargo del acusado en la calumnia (art. 368) y, en las injurias, limitada a las imputaciones realizadas «contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo». Por lo tanto, de esta manera se introdujo en el derecho español una regulación que tiene la finalidad de proteger el honor, pero que no parece totalmente ajustada a este bien jurídico. Como se dijo, la calumnia es más cercana a la falsa denuncia y, por ello, a un delito con-

(2) L. n.º 92-683, de 22 de julio de 1992, que introdujo el nuevo Código Penal para Francia.

(3) A la que fue incorporado en 1944.

(4) Sobre el problema de la verdad de la imputación y la protección del honor y la reforma francesa de 1819 ver, CHAUVEAU ADOLPHE et FAUSTIN HÉLIE, *Theorie du Code Penal*, V. 1.ª ed., T. 4, 1887, pp. 602 y ss.; K.J.A. MITTERNAIER, *Notas al Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, de FEUERBACH, 14 ed. 1847, nota IV al * 289, p. 472; críticamente también respecto de la ley francesa de 1819; CARRARA; *Progamma del corso di Diritto Criminale*, PS, 6.ª ed., vol. III, 1897, p. 36, especialmente pp. 189 y ss.

(5) La cuestión de la verdad de la imputación y su significación en la injuria fue motivo de muy fuertes controversias en el s. XIX; ver al respecto, FEUERBACH, *loc. cita*, nota 4, pp. 470 y ss.; CARRARA, *loc. cita* nota 4, pp. 184 y ss.; MITTERMAIER, *loc. cita* nota 4.

tra la administración de justicia, como lo demuestra su práctica superposición con el art. 325 CP, o contra la persecución injusta de un ciudadano. La justificación misma de esta duplicidad de delitos es más que dudosa. A su vez, una injuria que, por regla, sanciona también las imputaciones de hechos verdaderos tiene mas cercanía con un delito contra los secretos privados que con un delito de protección del honor, dado que —como ya se dijo— la punibilidad en el caso de hechos verdaderos puede llegar a proteger un honor que no es merecedor de protección. Como dice WELZEL, el honor es «un aspecto de la dignidad personal que tiene cada persona por el hecho de serlo. Por ello —agrega— al honor le corresponde la pretensión de no ser disminuido inmerecidamente por debajo de la honra real (Ehrbestand)» (6). Esta relación desarmónica entre el honor real, entre el honor que corresponde a la honra verdadera de cada uno, y un tipo penal que permite también la protección de una honradez o integridad en el obrar que no existe, permite poner en duda el punto de partida del legislador y su concepción del honor (7).

En resumen, se puede decir que la situación legislativa actual no es precisamente clara en la Ley penal y que esta falta de claridad es consecuencia de una distinción poco rigurosa de los conceptos de honor, intimidad y derecho al secreto, implícita en el modelo legislativo francés que le sirvió de modelo. A ello se debe agregar que la LO 1/82, de protección del honor, la intimidad y la propia imagen, tiene un presupuesto teórico-jurídico muy diverso del que se acaba de caracterizar como propio del Código Penal, pues proviene de la concepción alemana del *derecho general de la personalidad*. Lamentablemente en esa ley el concepto de un derecho general de la personalidad tampoco ha sido bien entendido, pues se lo ha mezclado con el honor, que en realidad es ya algo diferente (8).

Una situación legal de estas características, que no se apoya en una síntesis racional de diversas concepciones, sino en una yuxtaposición más o menos casual, exige una reelaboración urgente y cuidadosa de la interpretación de los delitos contra el honor, sobre todo con miras a una futura reforma de los mismos. Esta reelaboración debe tener como principal objetivo extremar el rigor en la distinción entre el bien jurídico honor y otros, como la intimidad o la propia imagen, que tiene su propia configuración.

II

1) El *delito de calumnia*, tal como aparece definido en el art. 453 CP, consiste en la imputación falsa de un delito que dé lugar a un procedimiento de oficio. La ley conoce otra forma atenuada de calumnia, que

(6) *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. 1969, p. 303.

(7) Sobre esta cuestión del delito de injurias ver, BACIGALUPO, en *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.^a ed. 1994, pp. 135 y ss., pp. 151 y ss.

(8) Confr. ARTZ, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphaere*, 1970.

el legislador ha denominado «injuria grave», en el art. 458.1.º CP y que —si se tiene en cuenta que el problema no es meramente nominalista— responde a la misma estructura conceptual que el tipo del art. 453 CP, del que sólo se diferencia en un aspecto que no afecta lo que BELING (9) hubiera llamado «la imagen directriz» del tipo del delito (10).

En la interpretación de los elementos de la calumnia se percibe —sobre todo en su desarrollo jurisprudencial— una fuerte influencia de la falsa denuncia y, más precisamente, de la denuncia calumniosa francesa. En efecto, partiendo de exigencias de una denuncia falsa, la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo que la imputación debe ser concreta, terminante y contener los elementos requeridos para definir el delito que se atribuya a otro. Paralelamente las expresiones vagas o genéricas, tales como «eres un ladrón», no deben ser consideradas calumnia (11). La conexión de este punto de vista con su antecedente francés es claro. En Francia estas exigencias se imponían a la denuncia calumniosa, pues este delito requiere que «la primera condición de su existencia sea que el acto revelador constituya una *denuncia*» (12).

Lo estricto de estos requisitos contrasta con la solución dada al caso de la imputación de un delito que da lugar a un procedimiento de oficio cuando el hecho punible imputado se halla prescrito (13). Es evidente que, si es posible que la imputación de un delito prescrito pueda afectar el honor, la necesidad de que el hecho imputado sea perfectamente típico puede ser puesta en duda, dado que sólo podría ser explicado por medio del peligro de persecución penal que la imputación entraña y que sólo se justifica en un delito como la «denuncia calumniosa» francesa o el del art. 325 CP.

La jurisprudencia ha considerado también que la imputación de una falta no es suficiente para la tipicidad en los términos del art. 453 CP (14). Este punto de vista también es discutible, pues se apoya en una concepción ontológica de las faltas que hoy parece totalmente abandonada. Si, por el contrario, las faltas no son sino hechos punibles merecedores de una pena atenuada, parece claro que su capacidad lesiva del honor no puede ser puesta en duda y que una interpretación tan literal como ésta

(9) *Die Lehre com Tatbestand*, 1930.

(10) Problemas nominales como este existen muchos en el derecho penal: homicidio y asesinato, robo y hurto, malversación y apropiación indebida, etc. Se trata de delitos que comparten una misma «*imagen directriz*», pero que difieren en otros elementos. La cuestión de si el distinto nombre que adoptan unos y otros importa algo más que una cuestión de palabras, constituye un problema de considerable entidad.

(11) Así SSTS de 17 de junio de 1905; 31 de enero de 1906; 15 de diciembre de 1921; 30 de noviembre de 1921; 12 de diciembre de 1921; 15 de febrero de 1921; 21 de marzo de 1930; 16 de enero de 1969; 20 de octubre de 1975; 16 de octubre de 1981; 15 de febrero de 1984; 17 de noviembre de 1987. En el mismo sentido PACHECO, *El Código Penal*, Tomo II, 2.ª ed. 1856, pp. 169 y ss.

(12) CHAUVENU ADOLPHE, *Hélie*, nota 4, p. 604.

(13) STS 3 de octubre de 1960.

(14) STS 6 de noviembre de 1987.

resulta inadecuada para la protección del bien jurídico. La imputación de una estafa o de un hurto de valores superiores a 30.000 pts. no es, parece obvio, un hecho irrelevante para la honra de una persona; bajo ciertas circunstancias hasta puede ser todavía más deshonroso que hacerlo por una suma mayor. En todo caso: ¿por qué razón lesionaría el honor en la forma agravada de la calumnia la estafa de 30.001 pts. y no la de 29.999 pts.? ¿Por qué razón la imputación a un Juez de una falta de hurto va a afectar menos su honor que la acusación de haber sustraído 100.000 pts.? Aquí se vuelven a presentar problemas puramente terminológicos: si las faltas constituyan delitos sancionados con penas especialmente atenuadas, y no entendidas «ontológicamente» diversas de los delitos, su exclusión de la punibilidad de las calumnias no parece, al menos, incuestionable.

Todo lo anterior permite extraer una consecuencia fundamental desde la perspectiva de la protección del honor: no importa la exactitud de la descripción del hecho delictivo, sino el carácter de reproche social elevado que tienen los hechos punibles. Por ello mismo tampoco debe tener una significación decisiva que el hecho punible imputado sea delito o falta. La distinción implica cuestiones técnico-jurídicas de cierta complejidad que el público en general apenas puede distinguir y que, consecuentemente, no disminuyen la gravedad de una imputación que sitúa al sujeto pasivo en el grupo social de los infractores de la Ley penal.

Como resultado de estas consideraciones parece claro que de *lege lata* la imputación de un delito, en el sentido del tipo penal de la calumnia, no se debería entender de manera rigurosamente idéntica a la falsa denuncia del art. 325 CP. Consecuentemente, ya la afirmación de hechos «normativamente coloreados», tanto como «la afirmación de hechos en forma verbalmente global ("ladrón", "prostituta", etc.)» (15) se debe considerar típica. Una interpretación teleológica, es decir, orientada al objeto de protección (bien jurídico) de la norma, no debería perder de vista que no es posible que la única diferencia entre la falsa denuncia y el delito de calumnia sea que la imputación haya sido hecha ante funcionario administrativo o judicial, como en general admite la doctrina dominante (16). Por lo tanto, las expresiones de juicios de valor que tienen estrecha conexión con la ejecución de acciones delictivas deben ser consideradas típicas en el sentido del art. 453 CP. A su vez, de *lege ferenda*, es necesario pensar en una reforma que abandone el modelo francés de la denuncia calumniosa, a fin y al cabo, ya contenida en el art. 325 CP, y se oriente hacia el modelo de la difamación en el sentido del art. 173 del CP suizo, del párrafo 186 del CP alemán, del párrafo 111 [1] del CP austríaco, del art. 595 del CP italiano o del art. 164 del CP portugués. En todo caso: no se

(15) STRATENWERTB, *Schw. Strafrecht I*, 1973, p. 114, en referencia al art. 173 CP suizo que define la difamación.

(16) Confr. SÁINZ CANTERO, en *ADCP 1957*; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, PE, 9.ª ed. 1993, pp. 727 y ss. con mayores indicaciones bibliográficas.

justifica la coexistencia de los arts. 453 y 325 en el mismo Código Penal.

2) Problemas de difícil solución son los que se presentan con el elemento «falsedad» de la imputación. Tradicionalmente la doctrina ha entendido que se trata de un elemento del tipo objetivo, es decir, que la falsedad de una imputación depende de la *no existencia* del hecho imputado según un juicio *ex-post* de un observador objetivo. La falsedad de la imputación de un robo, por consiguiente, se desprende de la comprobación de la inexistencia del robo realizada por el tribunal que juzga los hechos (17). La consecuencia práctica de este punto de vista es clara: un error culpable (evitable) excluye el dolo y conlleva la impunidad, dado que se estima que la realización culposa del tipo, aunque sea temeraria, no es punible (18). El grado de desprotección del honor que ésta significa es notorio. Prueba de ello es que el art. 197 del Proyecto de Código Penal de 1994 ha extendido la punibilidad a los supuestos de «*manifesto desprecio hacia la verdad*», que se puede entender, muy probablemente, como una forma de imprudencia temeraria. La nueva orientación legislativa tiene su origen en la importante reinterpretación del elemento «falsedad» de la imputación propuesta por VIVES ANTÓN (19), que, por primera vez, ha considerado que se trata de un elemento del tipo subjetivo. «La imputación ha de ser falsa, esto es» —dice VIVES— «*subjetivamente inveraz*, bien porque se haya llevado a cabo a sabiendas de su inexactitud, bien porque se haya procedido con manifiesto desprecio hacia la verdad». La razón de esta reclasificación de la falsedad de la imputación es coherente con el punto de partida adoptado por VIVES: la tipificación de las imputaciones objetivamente falsas, en cuanto pudiera implicar una lluvia de acciones penales sobre sus usuarios produciría el efecto indeseable de desalentar el ejercicio de los derechos de información y crítica. El interés del Estado, continúa, en que tales derechos se ejerciten efectivamente y contribuyan a formar la opinión pública provoca la exclusión de la tipicidad de las *imputaciones objetivamente falsas, siempre que resulten subjetiva y fundamentalmente verdaderas*» (20). La exclusión de la falsedad o de la inveracidad del tipo penal también es postulada en Alemania respecto del delito de difamación previsto en el parágrafo 186 StGB, «en consideración al conflicto de intereses entre el autor y el lesionado» (21).

No cabe duda de que este desplazamiento de la falsedad desde el tipo objetivo al tipo subjetivo tiene una consecuencia inmediata: el tipo objetivo queda reducido a la imputación de un delito que de lugar a un

(17) Ver por todos: MUÑOZ CONDE, *loc.cit.*, p. 130.

(18) SSTs de 23 de noviembre de 1981; 30 de abril de 1982; 3 de febrero de 1984; 14 de noviembre de 1985; 19 de abril de 1986, entre otras.

(19) En *Derecho Penal*, PE, p. 687.

(20) VIVES ANTÓN, *loc. cit.*, nota 19, p. 683; en el mismo sentido BACIGALUPO, en *REDC*, 1987.

(21) LACKNER, StGB, 19. ed., 1991, parágrafo 186,7.

procedimiento de oficio. Si esto es así, toda imputación de un delito *objetivamente veraz, pero subjetivamente inveraz* debería ser típica (!), al menos como tentativa. El costo de este reordenamiento de la falsedad para resolver el problema de la temeridad, es decir de la punibilidad a pesar del error evitable sobre la veracidad de la imputación y de la reducción consiguiente de la protección penal en tales casos, obligaría, por esta vía, a una extensión inusitada del tipo objetivo.

Para evitar estas consecuencias sin una disminución notoria de la protección penal sería necesario un desplazamiento sistemático de la falsedad de la imputación, pero dentro del elemento objetivo del delito. La única categoría sistemática del hecho punible en la que los errores evitables no excluyen la punibilidad es la de la justificación. Teniendo esto en cuenta cabe preguntarse, si la falsedad de la imputación no podría constituir un *elemento objetivo de la justificación*: un error evitable sobre la falsedad sería punible, según lo establece el art. 6 bis a) III CP, si este elemento pudiera ser considerado como componente de la justificación (por supuesto negativamente formulado en el texto legal). Para ello es necesario un fundamento dogmáticamente consistente. En esta dirección la STS de 22 de abril de 1991 sostuvo que el error sobre la falsedad es, en realidad, un error sobre un elemento de la justificación, es decir, sobre un presupuesto del ejercicio del derecho a la libertad de expresión del art. 20 CE. De esta manera se pueden alcanzar los mismos resultados propuestos por VIVES, aunque sin necesidad de incriminar la imputación de un hecho objetivamente *verdadero*, sólo porque es «subjetivamente inveraz». Dicho de otra manera: la diferencia entre uno y otro punto de vista tiene una parte importante de su explicación en las diferencias que separan la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad en materia de error de prohibición.

La consideración de la falsedad (aspecto negativo de la veracidad) como un elemento de la justificación surge, en primer lugar, del propio texto constitucional: el art. 20.1.d) considera la libertad de información a que ésta sea «veraz»; es obvio que aunque la libertad de expresión (art. 20.1.a)) no haga referencia expresa a la veracidad no podría significar que la Constitución garantiza el derecho a expresar hechos inclusive cuando sean falsos. Por otra parte: en la medida en que toda información es expresión de pensamiento, no cabe duda que la distinción de una y otra libertad, respecto de la exigencia de veracidad, carecería de todo fundamento material.

En consecuencia, desde este punto de vista la imputación de un hecho verdadero, pero subjetivamente inveraz, no constituirá una tentativa de calumnia (error de *tipo* al revés), sino un delito putativo (error de *prohibición* al revés) (22). Por otra parte, la punibilidad del error evitable sobre la veracidad/falsedad propuesta tanto aquí como por VIVES,

(22) Confr. por todos, CRAMER, en *Schoenke/Schroeder*, 24 ed., 16,6.

no podría ser sospechada en modo alguno de una limitación excesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 20 CE y, por lo tanto, incompatible como tal con el límite del art. 53.1 CE, dado que la veracidad de la imputación se juzgará *ex-ante*, es decir, según las posibilidades de conocimiento del autor en el momento de ejecutar su acción (23). Es interesante señalar, con miras a la reforma de estos delitos, que el art. 173.2. CP suizo establece este criterio —que constituye, de todos modos, un principio general de la justificación— de una manera expresa, pues excluye la punibilidad del autor, cuando éste «tuvo serias razones para tenerlas por verdaderas de buena fe». Similar es la distinción que contiene el párrafo 111 [3] del Código Penal austríaco.

b. En la aplicación del derecho vigente tampoco está fuera de toda duda, qué se debe entender por «falsa» imputación o, lo que es lo mismo, qué debe probar el acusado en los términos del art. 456 CP. ¿Es necesario que la imputación sea (*ex-ante* considerada) inveraz o es suficiente con que no sea posible demostrar su veracidad? La pregunta resulta legítima porque la lesión del honor puede resultar tan irreparable cuando la imputación es falsa como cuando ni el autor ni el sujeto pasivo pueden demostrar ni la veracidad ni la falsedad (p. ej. porque la prueba depende de testigos muertos o desaparecidos). Se trata de hechos que dejan sospechas que normalmente no pueden ser categóricamente desmentidas y que, por lo tanto, ensombrecen el honor de una persona abriendo un interrogante sobre si cometió o no un delito que no tendrá nunca una respuesta contundente.

La realidad de este problema se ve ratificada por otros derechos vigentes en Europa que prevén expresamente esta situación: el art. 174 del CP suizo describe la acción como «hacer aparecer a alguien como sospechoso» y el párrafo 186 del Código alemán establece como *condición objetiva de punibilidad* (24) que «el hecho no pueda ser probado como verdadero». Ciertamente esto implica el riesgo de que el autor de una afirmación verdadera resulte punible, cuando la prueba de la falsedad no sea posible. Pero este riesgo para el autor existe también en el derecho vigente español y, si se quiere, de una manera más aguda, toda vez que el art. 456 CP pone a cargo del acusado probar el hecho criminal imputado. Por el contrario, en el derecho alemán la prueba de la condición de punibilidad incumbe a la acusación (25).

Una definición de la falsedad adecuada a la finalidad de protección del honor no debería ser, por lo tanto, la que considera que un hecho falso es aquél cuya veracidad ha quedado totalmente excluida por la prueba. También se debe reputar falsa la imputación cuya veracidad no sea posible probar, pues de lo contrario el derecho vigente estaría alentando

(23) Confr. BACIGALUPO, *loc. cit.* nota 20.

(24) Así la doctrina dominante: confr. por todos LACKNER, StGB, 19 ed., 1991, párrafo 186.7.

(25) Confr. LACKNER, *loc. cit.* nota 24.

a los que recomiendan: «calumnia que algo queda». En tales casos no puede jugar a favor del acusado el principio «*in dubio pro reo*», pues una equitativa distribución del riesgo impone al que imputa un delito asumir aquél que se pueda derivar de la imposibilidad de la prueba. Ello no quiere decir, como es claro, que el art. 456 CP, al imponer al acusado la prueba, no sea sospechoso de inconstitucional. Pero, una cosa es quién deba probar y otra qué significa probar el hecho criminal imputado.

3) El tipo subjetivo también requiere una revisión. En principio el dolo requiere el conocimiento del peligro concreto de afectar el honor de otro y del carácter delictivo de los hechos imputados. Es claro que a este respecto alcanza el conocimiento paralelo en la esfera del lego. Desde el punto de vista de la «teoría de la culpabilidad» no es necesario un conocimiento actual de la falsedad de la imputación para configurar el dolo, dado que como se ha visto se la debe considerar como un elemento de la justificación, que —por ello— pertenece a la culpabilidad y no al tipo de la calumnia.

La jurisprudencia ha requerido, además del dolo, la concurrencia de un «*animus difamandi*», definido como el «propósito de atentar contra el honor y la fama del ofendido» (26). Mediante el reconocimiento de este elemento, que no surge directamente de la ley, en realidad se ha reducido la punibilidad sólo a los casos de *dolo directo* y se ha creado la base para excluir mediante el *criterio* de hacer depender la punibilidad de la imprudencia de si el tipo doloso está integrado o no por especiales elementos subjetivos de lo injusto o de la autoría (27).

Sin embargo, la exigencia de un elemento subjetivo complementario del dolo, como el *animus difamandi*, no sólo carece, como se dijo, de un fundamento preciso en el texto legal, sino que, además reduce la punibilidad de una manera no deseable. ¿Qué razón existe para no proteger el honor de las personas frente a calumniadores indolentes, conscientes del peligro de causar una lesión difícilmente reparable? Al menos en esta materia se requiere una distinción: cabe pensar en una limitación de la punibilidad sólo a los casos de dolo directo, e inclusive sólo a los intencionales, en la calumnia *sin publicidad* (art. 455 CP); pero carece de toda justificación una reducción semejante en el ámbito de la calumnia *con publicidad*. En este sentido, no se puede sino aprobar que el P1994 haya introducido en su artículo 197 una ampliación de la punibilidad a los casos de dolo eventual y excluido en forma expresa, de esa manera, toda referencia a un «*animus difamandi*». El «temerario desprecio hacia la verdad» (28) se dará cuando el autor haya sido consciente del peligro concreto que su imputación de un delito tiene para el honor de una per-

(26) SSTS de 26 de noviembre de 1976; 16 de octubre de 1981; 12 de mayo de 1987, entre otras.

(27) Compr. ANTÓN ONECA, *Der. Penal*, PG, 1949, pp. 224/225.

(28) Propuesto de *lege lata*, como se dijo, por VIVES ANTÓN: ver *loc. cit.* nota 19.

sona. Es claro que sin esta conciencia del peligro concreto no es posible expresar el desprecio por la verdad.

Por el contrario es dudoso que sea suficiente para la punibilidad de la calumnia con la *imprudencia temeraria*. Su exclusión no necesita ser derivada del criticado punto de vista que elimina la punibilidad de la imprudencia de la existencia de «elementos subjetivos de lo injusto» en el tipo (en el sentido de MEZGER), es decir, de la incompatibilidad de tales elementos con la culpa. Pero, este criterio puramente formal, difícilmente sostenible con la distinción de lo objetivo y lo subjetivo en el abandonado sistema propio de la concepción causal de la ilicitud, carece hoy de todo apoyo en la sistemática moderna del delito, que reconoce, por un lado, un tipo objetivo y un tipo subjetivo y por el otro considera la imprudencia como una alternativa a *todo* el tipo subjetivo del delito doloso (29). En realidad, la no punibilidad de la calumnia culposa se debería derivar del *efecto irradiante de los derechos fundamentales*, concretamente del art. 20 CE. Conforme a este criterio, la interpretación del derecho ordinario no debe conducir a una reducción del contenido esencial del derecho fundamental (30), y ello es lo que ocurriría si el derecho a la libertad de expresión y de información se viera limitado por la punibilidad de la calumnia imprudente, es decir, de los casos en los que el autor desconoce el peligro concreto de lesión del honor de la imputación del hecho que realiza.

4) El *error de autor sobre el carácter delictivo del hecho imputado*, por lo demás, constituye, por regla, un supuesto de «error de subsunción», que no excluye el dolo, pero que puede ser la fuente de la que surja un error de prohibición en el caso concreto.

III

El *delito de injurias* (art. 458 CP) constituye una forma atenuada de la calumnia. El fundamento de la atenuación reside en la menor lesión del honor que tiene la manifestación de menosprecio en la que el sujeto pasivo no es tratado como un delincuente. Esta distinción de los tipos y de la gravedad de las imputaciones, según que constituyan delito o no, es insatisfactoria. En realidad procede de la adaptación, ya criticada, de la denuncia calumniosa a las funciones de un delito contra el honor y tiene, como trasfondo, una idea equivocada de la capacidad del legislador para ser quien decida sobre la percepción social de los hechos deshonrosos. Ante el público —suponiendo que «el público» fuera un

(29) Confr. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2.^a ed. 1991, p. 255 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT, 2 ed. 1994, pp. 890 y ss.

(30) Confr., por todos, K. DESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 16 ed. 1988, pp. 132 y ss.

sujeto colectivo de una opinión unitaria— no siempre lo que el legislador considera delito es más grave que lo que éste no considera punible. Ejemplo de ello puede ser —acaso hoy ya no lo sea así— el supuesto de la imputación de homosexualidad: si bien no existe un delito de homosexualidad en el derecho vigente español, tratar como tal a un militar o a un sacerdote puede (o pudo) ser más grave que imputarle algún hecho establecido como delito en el Código Penal.

Asimismo, no se explica —como se adelantó al comienzo— qué razones existen aquí para una *exclusión de la prueba de la verdad*, salvo en los limitados casos en los que exista un interés estatal (art. 461 CP). La protección del honor no debería favorecer la apariencia de una honra inexistente en ningún caso y no sólo cuando se vea afectado el Estado por la deshonor de sus funcionarios. En estas condiciones el delito de injuria se convertiría en un «*delito de indiscreción*» (31), con la consiguiente confusión respecto del bien jurídico protegido.

De estas consideraciones se deduce que el actual sistema legislativo de protección del honor, basado en la distinción entre la calumnia y la injuria, se apoya sobre bases confusas y necesitadas de una revisión no sólo dogmática, sino también orientada a la futura configuración de la ley penal en esta materia.

IV

1) Probablemente en el *tipo objetivo* es donde la revisión de la dogmática de la injuria encuentra menos materias para la crítica. La *acción* consiste en una *manifestación de menosprecio* que sea idónea para afectar el honor. El menosprecio se puede manifestar tanto verbalmente como mediante acciones o, inclusive, omisiones. La expresión utilizada debe ser *objetivamente idónea* para afectar el honor en las circunstancias concretas en las que es utilizada. En este sentido el significado objetivo de las expresiones no es sólo un problema idiomático, sino también un problema contextual. El contexto, el marco social y la situación no pueden quedar fuera de consideración en la valoración del significado injurioso de un determinado acto verbal o comunicativo de otra especie. Precisamente la importancia que se asigna en este delito a la *adecuación social*, es decir, a los casos en los que un objetivamente injurioso pierde este carácter por el contexto social en el cual tiene lugar, es una prueba de lo que se viene afirmando. Paralelamente es claro que el mero *sentido subjetivo* dado a una expresión difícilmente puede ser considerado suficiente para la tipicidad del hecho.

(31) Confr. BELING, *Wesen, Strafbarkeit und Beweis der üblen Nachrede*, 1909, p. 48.; BACIGALUPO, *Estudios*, 2.ª ed., 1994, pp. 148 y ss.

La manifestación de menosprecio puede tener lugar mediante la *imputación de hechos* o mediante la exteriorización de *juicios de valor* sobre la persona del sujeto pasivo. Si se trata de imputación de hechos éstos deben reunir dos características: ser *proprios* (no ajenos) y *deshonrosos* (que impliquen deshonra). Los hechos ajenos pueden afectar a la intimidad personal o familiar, pero no al honor, pues, por definición, la honra de una persona depende de sus propias acciones. El honor no es un bien jurídico colectivo de grupo, sino estrictamente personal. La condición de «hijo natural», p. ejemplo, no afecta el honor, aunque pueda constituir una circunstancia que el afectado tenga derecho a guardar en secreto. Pero, no todo lo secreto, o lo que se pretenda mantener como tal, tiene relación con el honor. Es necesario, sin embargo, tener un especial cuidado en la aplicación de esta premisa, pues hay juicios de valor que se presentan recubiertos de una apariencia de hechos ajenos. Ejemplo: las expresiones «hijo de puta» sólo hacen una referencia aparente a acciones de otra persona; en realidad son la expresión de un juicio de valor sobre el destinatario de las expresiones.

El menosprecio puede también ser exteriorizado mediante un comportamiento *omisivo*, como negar el saludo a una persona en público y en un contexto determinado. Asimismo es posible la *comisión por omisión* (32). Aquí tiene singular importancia la cuestión de la posición de garante en el marco de las *actividades periodísticas*. El artículo 15 CP tiene su explicación más acabada, probablemente, en la definición de las posiciones de garante de los responsables de una publicación. La circunstancia de que esta posición de garante sólo opere subsidiariamente en los casos en los que el autor del texto, escrito o estampa no pueda ser responsabilizado o estuviere exento de responsabilidad criminal, no constituye otra cosa que un límite de la posición de garante, pero no puede ocultar la verdadera función de la disposición contenida en el art. 15 CP.

No está fuera de duda si las llamadas «*injurias indirectas*» se deben considerar típicas o no. Se trata de si el comportamiento de una persona respecto de una tercera persona puede ser considerado como una manifestación de menosprecio hacia otra que tiene con la afectada una estrecha relación: ¿es responsable de injurias al marido el amante de una mujer casada? El Tribunal Supremo Federal alemán consideró en 1954 que comete injurias contra el titular de la guarda de la niña el profesional sanitario que abusó de una menor de diez años (33) exigiéndole que no lo revelara a sus padres. A este respecto las opiniones se dividen. Algunos consideran que el supuesto no quiera ninguna problemática especial y que «la respuesta depende del sentido respectivo de la conducta en las circunstancias concretas» (34). Otros, sin embargo, establecen cier-

(32) Confr. WELZEL, *loc. cit.* nota b, p. 309.

(33) Confr. BGHSt 7, pp. 129 y ss.

(34) SCHZIDHAEUSER, *Strafrecht* (BT), 1980, p. 51.

tas distinciones: aunque, probablemente, admiten la injuria en el caso del BGHSt 7, 129, la niegan en el del marido de la adúltera (35), con el argumento de que tales subsunciones implicarían una recaída en la teoría de la *injuria mediata*, ya rechazada en el siglo pasado, que caracterizó a la dogmática de la injuria en los años treinta, pero en la actualidad nuevamente abandonada. A ello se debe agregar que el delito de injurias no debe ser utilizado para una función subsidiaria respecto de toda lesión de la personalidad no punible de otra manera.

Como se dijo, la *adecuación social* tiene una relevancia especial en este delito por el llamado «carácter circunstanciado» del mismo. Las injurias en ciertos círculos familiares o de amistad caen, por este motivo, fuera del campo del tipo penal. En la jurisprudencia esta problemática —perteneciente al tipo objetivo— se ha tratado, por lo general, bajo uno de los aspectos del *animus* que se considera elemento de este delito (36). El resultado en este tratamiento del problema no es el mejor. En realidad, un enfoque puramente subjetivo de la cuestión en la forma de la antigua teoría italiana (37) proporciona una notable inseguridad, puesto que su determinación será «un juego de prudencia de parte del juez» (...) y que «cuando el juez se convenza de que sólo se tuvo voluntad de bromear, no puede condenar solamente porque el otro no ha querido aceptar la broma, mostrando su resentimiento» (38). Por otra parte, la solución depende básicamente de que la teoría de la injuria, basada en el *animus*, tenga o no perspectivas teóricas de ser sostenida. Como ésto la discusión se traslada a los problemas del tipo subjetivo de la injuria.

2) El problema de si cabe o no la comisión imprudente del delito de injuria es idéntico al ya tratado en relación a la calumnia. Por lo tanto, no es necesario reiterar aquí lo ya dicho en relación a este último delito. La jurisprudencia ha admitido en forma constante, y paralelamente a lo que ocurre en el delito de calumnia, que en la injuria se requiere un «*animus injuriandi*». Este elemento permitiría la exclusión, ya criticada, de la punibilidad del tipo imprudente (39). La teoría del «*animus injuriandi*», sin embargo, tiene consecuencias negativas difícilmente soslayables. En primer lugar, confunde los niveles dogmáticos del tratamiento de los problemas, en especial en lo referente a la justificación. En efecto, si se la aplica estrictamente el error, es decir la suposición errónea de obrar amparado por un derecho (de libertad de expresión), hubiera debido excluir el *animus injuriandi*, lo que vendría a significar apartamiento injustificado de las reglas del error previstas en el art. 6 bis

(35) Confr. WELZEL, nota 6, p. 307.

(35) Confr. WELZEL, nota 6, p. 307.

(36) Aunque en la jurisprudencia (ver SSTS 18 de diciembre de 1931; 1 de febrero de 1957) el *animus jocandi* ha sido considerado compatible con el de injuriar.

(37) Confr. CARRARA, *loc.cit.* nota 4, p.108.

(38) *Ibidem.*

(39) Confr. BACIGALUPO, en Rev. Española de Derecho Constitucional, N.º 20/1987, pp. 83 y ss. con indicaciones jurisprudenciales y doctrina.

a) IV CP. Es probable que por estas razones la jurisprudencia y la doctrina no ha seguido consecuentemente la teoría del *animus injuriandi*, sosteniendo que éste es de apreciación inexorable «cuando resultaba claramente el valor difamatorio de las expresiones empleadas (en relación con otras circunstancias subjetivas)» (40). Es claro que esta afirmación no hace sino demostrar que el *animus injuriandi* no es esencial y que se confunde con el dolo: cuando el autor sabe del contenido injuriante de las expresiones que profiere o de las acciones que realiza, es decir, cuando tiene el conocimiento requerido por el dolo de los elementos del tipo objetivo ya no es necesario ningún otro elemento. Esta es una consecuencia necesaria de las presunciones en el ámbito del derecho material: lo que procesalmente no es necesario probar o demostrar, es lo que —en verdad— no constituye elemento del delito.

Asimismo, se ha sostenido —como complemento de lo anterior que si la conducta lesiona el honor, es decir, si es típica, no cabría alegar el derecho a la libertad de expresión o información—, pues este derecho tendría su límite objetivo en el respeto del honor. De esta manera el *animus* del autor tampoco tiene importancia cuando el autor ha lesionado el honor del injuriado. Estas consecuencias —como se ha señalado en otro lugar— (41) resultan *pragmáticamente* explicables, toda vez que una aplicación rígida del punto de vista subjetivista conduciría a una peligrosa desprotección del bien jurídico honor, pero son dogmáticamente inconsistentes.

En suma: de todos modos no se trata de ser consecuente con la teoría del *animus injuriandi*, sino de replantear la cuestión de su justificación dogmática. Una concepción del «animus injuriandi» que lo define como una «intención específica (que) es un elemento subjetivo de lo injusto» (42) no puede diferenciarlo este elemento subjetivo del dolo, pues el que conoce el carácter lesivo del honor de las palabras proferidas, sabe que lesiona el honor y eso es el dolo (43). En este sentido no tiene importancia que el dolo sea concebido según la teoría de la voluntad o en la más moderna concepción que no considera esencial el elemento volitivo del dolo (44).

El estudio realizado permite obtener ahora algunas conclusiones. Básicamente la revisión dogmática de los delitos contra el honor debería

(40) Confr. SSTS 9-2-1935; 29-9-1943; 6-10-1967; 13-3-1970; 25-4-1975; 24-2-1976.

(41) Confr. BACIGALUPO, nota 38, p. 86.

(42) MUÑOZ CONDE, *Der. Pen. PE*, 9.ª ed., 1993, p. 125; en el mismo sentido BUSTOS RAMÍREZ, *Der. Pen. PE*, 1986, p. 168.

(43) Confr. BACIGALUPO, nota 38, p. 88; QUERALT, *Der. Pen. Español*, PE, 28 ed. 1992, p. 220; redefiniendo el concepto de *animus injuriandi*, VIVES ANTÓN, nota 19, p. 691.

(44) Confr. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2.ª ed. 1991, pp. 255 y ss.; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983; otro punto de vista: ROXIN, *Strafrecht*, AT I, 2.ª ed. 1994, pp. 347 y ss.

conducir a una reconsideración de las bases en las que se ha basado el legislador para configurar estos tipos penales. Ello requiere encarar un estudio del bien jurídico que se quiere proteger y además, teniendo en cuenta la relación de estos delitos con los derechos fundamentales, también se debe pensar en una regulación de los casos en los que el legislador renunciará a la punibilidad con el objeto de no limitar por encima de su núcleo esencial el derecho a la libertad de expresión y de información, según el modelo de parágrafo 184 CP alemán.

Una reforma de estas características conducirá, sin duda, a una completa reestructuración de los tipos penales de la injuria y la calumnia, sobre bases muy diversas de las actuales.

En esta tarea serán de singular importancia estudios comparativos del derecho penal de otros Estados en esta materia, con miras a una cierta armonización del derecho europeo de la protección del honor.

El régimen abierto

JOSÉ L. DE LA CUESTA ARZAMENDI

Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea

I. CRISIS DE LA PRISIÓN Y ALTERNATIVAS

1. Que la realidad penitenciaria, tal y como la percibimos diariamente, suscita una imagen por lo general negativa no es algo que, hoy por hoy, precise de gran explicación. A pesar del esfuerzo realizado en pro de la reforma legislativa, fundamentalmente en la década de los 70, y no obstante las innegables mejoras de algunos de los aspectos de la vida prisional, la cárcel (y con ella el sistema penal, del que es privilegiado escaparate) continúa presentándose como un mero lugar de exclusión y de segregación, fuente de injusticia y de sufrimiento inútiles.

Orientada constitucionalmente en nuestro país a la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), la prisión se caracteriza precisamente por lo contrario. La población interna excede ampliamente la capacidad del sistema y, si no lo impide, dificulta muy mucho la implementación de cualquier política penitenciaria racional que vaya más allá de la mera contención o almacenamiento de los presos. Los presupuestos penitenciarios, las más de las veces volcados a la aplicación de los avances técnicos en materia de seguridad, resultan muy restrictivos en cuanto al desarrollo de programas reeducadores y resocializadores eficaces (que los hay) (1). A ello se añade una alta penetración en prisión de la droga y de los problemas derivados de la misma (SIDA...). Resultado: la prisión actual, lejos de resocializar, acentúa la desocialización y margina-

(1) S. REDONDO, V. GARRIDO, «Diez años de intervención en las prisiones españolas», *Delincuencia*, 1991, 3.3, pp. 237 y ss.

ción de los internos que, controlados muchas veces más por las mafias del interior que por la propia Administración y ante una sociedad cada vez más represiva e insensibilizada por la problemática penitenciaria, viven el período de internamiento como una época de privaciones (no sólo de la libertad), volcada a la acentuación y reforzamiento de sus carreras criminales.

2. La constatada dificultad de lo penitenciario para propiciar los fines resocializadores pretendidos no es nada nuevo. Nacida a finales del XVIII como respuesta más racional y humana que las anteriores para el fenómeno delictivo, la prisión muy pronto demostró que raramente contribuía a resolver alguno de los conflictos individuales o sociales puestos de manifiesto o suscitados por el crimen, de aquí que, junto a los esfuerzos (presentes en el sistema penitenciario desde sus orígenes) por lograr sistemas más suaves y eficaces de ejecución de la pena (p.e. la prisión abierta), ya desde la segunda mitad del XIX asistimos a un proceso de búsqueda e invención de alternativas a la institución carcelaria.

Dejando al margen las experiencias orientadas a la evitación de toda reacción penal (no sólo privativa de libertad), las alternativas existentes a la privación de libertad como pena se suelen dividir en dos bloques:

a) De un lado, las surgidas originariamente en torno a la suspensión condicional de las penas cortas de privación de libertad y que, en la actualidad, constituyen todo un conjunto de *instituciones probatorias* que van desde los procedimientos de diversión (suspensión a prueba de la persecución) hasta el indulto condicional.

b) De otra parte, las consistentes en la *sustitución* de la pena privativa de libertad *por otras penas*, menos incisivas de un derecho tan fundamental como la libertad y más favorables, por tanto, para la persona del delincuente y para la sociedad (2).

Si se analizan los sistemas penales vigentes en nuestro ámbito cultural, al lado de las alternativas en escrito, esto es, las dirigidas a evitar o acortar la pena privativa libertad, también existen otros mecanismos que, sin eliminar el internamiento (total o parcialmente), permiten cuanto menos una suavización de sus condiciones de aplicación. Estamos,

(2) En cualquier caso, conviene recordar, porque muchas veces se olvida, que la búsqueda e implementación de alternativas a la prisión, como pena, resulta insuficiente. Sólo la mitad de la población penitenciaria se compone de condenados. La otra mitad son presos preventivos, retenidos y custodiados por orden del juez a la espera de la celebración del correspondiente juicio en el que habrá de examinarse su culpabilidad y, en su caso, imponer la pena. También para los preventivos parece imprescindible y urgente articular mecanismos que permitan evitar el internamiento en prisión. Medidas como la imposición de reglas o prohibiciones de conducta, entrega y depósito de ciertos documentos, cauciones y control y asistencia por órganos designados por la autoridad judicial, deberían ser más profusamente utilizadas por los jueces, de cara a reducir y evitar con carácter general el empleo sistemático de la privación de libertad como única vía garantizadora de la presencia del encausado en el juicio.

por tanto, ante «*alternativa(s)* a la prisión clásica» (3): sistemas de ejecución atenuada, surgidos (o potenciados) como resultado de la crisis apuntada y cuya importancia en el seno de la vida penitenciaria y, también, como «contribución positiva a la racionalización de la reacción al delito» (4) es esencial. Destacan entre ellos los arrestos domiciliarios, la pena de semilibertad, la semidetención, el arresto de tiempo libre (o de fin de semana) y la *ejecución abierta*, vía ésta especialmente atractiva de conciliación entre las exigencias del cumplimiento de la pena y la disminución de los efectos nocivos de la prisión y que, como recuerda LANDROVE DIAZ, «adquiere verdaderamente sentido cuando se configura como tránsito hacia la desaparición de las prisiones» (5).

II. EL RÉGIMEN ABIERTO. HISTORIA. CARACTERÍSTICAS. RÉGIMEN ABIERTO Y RESOCIALIZACIÓN. CONDICIONES DE ÉXITO

1. Según las recomendaciones de los Congresos Internacionales, es abierto el establecimiento penitenciario caracterizado «por la ausencia de precauciones materiales y físicas contra la evasión (tales como muros, cerraduras, rejas y guardia armada u otras guardias especiales de seguridad), así como por un régimen fundado en una disciplina aceptada y en el sentimiento de la responsabilidad del recluso respecto de la comunidad en que vive» (6). Dos son, en consecuencia, con E. NEUMAN (7), los aspectos esenciales del régimen de la prisión abierta: uno «objetivo o sustancial», consistente en la inexistencia «absoluta» de obstáculos materiales o físicos contra la evasión; y otro «subjetivo o moral»: la confianza en la aceptación responsable por el preso de las normas y, en particular, de la disciplina penitenciaria.

Dejando al margen la cuestión terminológica sobre la corrección o no de la expresión «prisión abierta» para designar a este tipo de establecimientos (8), comparto la opinión de que, en la actualidad y a la vista

(3) C. MIR PUIG, «La prisión abierta», *Anuario de Derecho Penal*, 1985, p. 769.

(4) A. GARCÍA PABLOS, en *Posibles Alternativas al Sistema Carcelario Actual*, Madrid, 1993, p. 227.

(5) «El régimen abierto», *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, Santiago de Compostela, 1988, p. 124.

(6) Esta es la definición «amplia y descriptiva» que, siguiendo el camino del XII Congreso Penal y Penitenciario de La Haya (1950), que ya se había preguntado «¿En qué medida las instituciones abiertas están llamadas a reemplazar a la prisión clásica?» (sección II, primera cuestión), ofreció el I Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, (recomendación 1). E. NEUMAN, *Prisión abierta. Una nueva experiencia penológica*, 2.ª ed. Buenos Aires, 1984, pp. 145 y ss. y 165 y ss.

(7) *Ibidem*, p. 146.

(8) Explícitamente a favor de la expresión «prisión abierta» entre otros, L. GARRIDO GUZMÁN, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid 1983, p. 472; C. MIR PUIG, «La prisión abierta», *cit.*, 1985, p. 768; E. NEUMAN, *Prisión abierta*, *cit.*, pp. 162 y ss.; A.

de la regulación penitenciaria existente en la mayor parte de los países, resulta preferible aludir al «régimen abierto». Este término permite abarcar mejor la pluralidad de situaciones de la ejecución abierta, que no siempre conlleva el destino a un establecimiento de régimen abierto o a una prisión abierta, en sentido estricto.

2. Históricamente el régimen abierto encuentra sus orígenes en los primeros sistemas progresivos: en particular, en el sistema irlandés (o de CROFTON) y el sistema de MONTESINOS en Valencia; éste precede históricamente al anterior, aun cuando —incluso en la literatura científica en castellano— sea menos conocido.

En el Presidio de San Agustín de Valencia aplicó MONTESINOS un sistema progresivo que dividía la ejecución penitenciaria en tres períodos: «de los hierros», «del trabajo» y la «libertad intermedia». Contenido central de esta última fase eran las llamadas «duras pruebas» y, entre ellas, las salidas al exterior para trabajar o para llevar a cabo encargos diversos. A través de estas pruebas el interno confirmaba ser o no acreedor a la confianza en él depositada y, en caso afirmativo, ello le abría la puerta de la libertad (9).

Por su parte, CROFTON, Director de Prisiones en Irlanda a partir de 1854, importó el sistema australiano de MACONOCHIE con una importante mejora: la adición de un período «intermedio» entre el trabajo en común y la libertad provisional, dedicado al trabajo al aire libre, principalmente agrícola, y en un ambiente disciplinario más relajado que el ordinario (10).

3. En la actualidad, cuestionado el sistema progresivo y sustituido en muchos lugares por sistemas (como el de individualización científica) más centrados en el estudio de la personalidad del interno, el régimen abierto sigue siendo una modalidad especialmente atractiva de ejecución penitenciaria.

Principio fundamental del régimen abierto es hoy la reducción al máximo de la privación de libertad en que consiste la pena, para desarrollar de manera efectiva el postulado general de equiparación de las condiciones de vida y de intercomunicación entre la vida en prisión y el mundo exterior. Esto se trata de conseguir mediante la instauración de un régimen de vida lo más normalizado posible, sin un control permanente e inmediato de los internos por parte de los funcionarios y con múltiples espacios de libertad de movimiento en el centro y hacia el exterior, así como a través de la eliminación —o, al menos, fuerte reduc-

STEFFEN, *Prisión abierta*, Santiago de Chile, 1972. En contra, por todos, B. MAPELLI CAFFARENA, «El régimen penitenciario abierto», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, 1979, pp. 61 y ss.

(9) V. BOIX, *Sistema Penitenciario del Presidio Correccional de Valencia*, Valencia, 1850. Ver el número monográfico de la REP, núm. 159, octubre-diciembre 1962.

(10) M. GRÜNHUT, *Penal Reform*, Oxford, 1948, pp. 83 y ss.; T. ERIKSSON, *The Reformers*, New York, 1976, pp. 89 y ss.

ción (11)— de los dispositivos ordinarios contra la evasión (12), que tanto contribuyen a dificultar en los regímenes ordinarios y cerrados la participación y comunicación entre el mundo de la prisión y la vida «libre».

La intensificación de los espacios de libertad y de la comunicación con el mundo exterior es vista con recelo desde algunos sectores, que la consideran un auténtico «vaciado» del contenido de la pena (13). Una crítica que se añade a la tradicional del mayor peligro de evasión de los internos para exigir, si no la abolición, sí la mayor restricción en el empleo del régimen abierto. Con independencia de que el temor a un mayor índice de evasiones o fracasos nunca se ha traducido en datos significativos empíricamente (14), los reproches acerca de la pretendida «erosión» o «vaciado» de la pena no parecen aceptables (15). Cumplidas fundamentalmente con su imposición las exigencias retributivas y de prevención de la pena, en la ejecución penitenciaria (a la que igualmente corresponde contribuir a la afirmación de aquellos principios) deben atenderse prioritariamente las exigencias de intervención mínima y resocialización. Estas obligan a optar por aquel régimen, adecuado a las características del condenado, que menos negativamente afecte a sus derechos e intereses no alcanzados por la condena, con el fin de no correr el riesgo de agravar innecesariamente la desocialización inherente a la decisión judicial de internamiento y para favorecer el retorno en su día a la libertad en las mejores condiciones posibles.

En todo caso, y frente a las resistencias, prevalecen sin duda las ventajas derivadas de su modo de organización que «optimiza» los contactos externos y permite una gran equiparación con la vida en libertad (16). Además, generalmente se reconoce su escasa potencialidad conflictiva y

(11) Antes se hablaba de «inexistencia absoluta», pero en la actualidad las legislaciones emplean el término régimen abierto en un sentido amplio comprensivo de no pocas modalidades que, estrictamente, habría que calificar de semiabiertas.

(12) Lo que no significa, a juicio de KAISER, que los intentos de evasión no puedan o deban impedirse, pues, aun en régimen abierto, el interno sigue estando privado de libertad. Otra cosa es que no estén establecidos medios estrictos y permanentes dirigidos a impedir la evasión. KAISER/KERNER/SCHÖCH, *Strafvollzug. Ein Lehrbuch*, 4.ª ed., Heidelberg, 1992, §9, 35, p. 293.

(13) J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «La ejecución conforme al sistema de individualización científica (Art. 72)», *Comentarios a la Legislación penal*, T.VI Vol. 2.º, *Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 1986, p. 1043. Ver también las opiniones recogidas por E. NEUMAN, *Prisión abierta*, cit., pp. 226 y ss.

(14) En España el número de regresiones en grado oscila en torno al 10 por 100 de las resoluciones de clasificación o progresión al tercer grado, comprendiéndose dentro de ese 10 por 100 tanto los supuestos de fuga o quebrantamiento de condena, la evolución negativa del tratamiento y los supuestos de revocación de la libertad condicional. A. YUSTE CASTILLEJOS, «El tercer grado penitenciario. Requisitos y efectos», en *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Bibliografía)*, Madrid, 1993, p. 232.

(15) Por todos, A. ASUA, «El régimen penitenciario abierto. Consideraciones sobre su fundamentación», en *Criminología y Derecho Penal al Servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989, pp. 966 y ss.

(16) A. ASUA, «El régimen penitenciario abierto», cit., p. 965.

su mayor eficacia resocializadora: las investigaciones empíricas demuestran que el paso por el régimen abierto, verdadero «trampolín para la libertad» (17), contribuye significativamente a facilitar el desarrollo de una vida futura sin delitos (18).

La relación entre régimen abierto y resocialización es ciertamente intensa. Dos son las vías fundamentales en que la meta resocializadora halla concreción en el ámbito penitenciario (19): como objeto primordial del tratamiento y como principio inspirador del régimen. La exigencia resocializadora se traduce, en primer lugar, en la obligación de la Administración penitenciaria de ofertar a cuantos lo precisen (y sin imposición) un tratamiento que mejore su posición cara a su integración social en el momento de la liberación. Centrado en conseguir una «normalización de la persona», la primera tarea a realizar en el medio abierto (20) consiste en desprogramar la escala de valores carcelarios aprendidos durante el internamiento, procurando colaborar al redescubrimiento de los valores sociales y a la adquisición de habilidades por los internos (21).

Pero, el postulado resocializador no puede limitarse a servir de meta al tratamiento penitenciario. La orientación fundamental de la pena privativa de libertad también ha de alcanzar al régimen penitenciario, que por influjo del mismo debe organizarse como un auténtico régimen penitenciario resocializador (22). Régimen penitenciario resocializador es aquél que rechaza organizar la vida en prisión de un modo desocializador (23) y trata por todos los medios de aproximar las condiciones de vida interna con las del exterior, potenciando el establecimiento y generalización de los lazos entre el mundo prisional y el «libre», única vía de fomentar positivamente las posibilidades actuales y futuras de participación social de los privados de libertad. Pues bien, no cabe duda de que el régimen penitenciario menos desocializador es el régimen abierto. Ningún régimen, al margen del abierto, consigue a la postre subordinar las exigencias custodiales a la resocialización y logra erigir a ésta «de forma generalizada» en el auténtico criterio ordenador de la ejecución penal» (24).

(17) C. MIR PUIG, «La prisión abierta», *cit.*, p. 773.

(18) HOFFMAN/LESTING, *AK StVollzG Kommentar zum Strafvollzugsgesetz*, 3.^a ed., Neuwid, 1990, § 10, 1, pp. 64 y ss.

(19) J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El sistema penitenciario: reforma o abolición», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 12, 1983, pp. 19 y ss.

(20) Pues la idea de que el régimen cerrado «trata» y «prepara» para el abierto es «pura fantasía». S. GONZÁLEZ I NAVARRO, «Tractament en medi obert a Catalunya: algunes consideracions», *Presó i Comunitat*, Barcelona, 1988, p. 227.

(21) I. SPOTTORNO, en *Posibles Alternativas...*, *cit.*, p. 216.

(22) J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización», *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 2 extraordinario, octubre 1989, pp. 59 y ss.

(23) F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y Control Social*, Jerez, 1985, pp. 89 y ss.

(24) C. MIR PUIG, «La prisión abierta», *cit.*, p. 769.

Dadas sus características y esta especial relación entre régimen abierto y resocialización es parecer muy extendido que el régimen abierto debería ser el régimen prioritario de internamiento de modo que sólo quedaran fuera del mismo los internos que, motivadamente, no fueran considerados aptos (25). La cuestión se ha suscitado especialmente en el Derecho alemán, donde del tenor literal del §10, 1 StVollzG la doctrina (y la jurisprudencia) deducen una «primacía jurídica» del régimen abierto (26), que se erige así en la «forma regular de ejecución» (27). No obstante, los conceptos indeterminados empleados por el legislador dejan un cierto margen (aunque estrecho) de discreción a la Administración penitenciaria, habiéndose eliminado los plazos inicialmente establecidos en el § 201,1 que permitían (hasta 1985) el internamiento en régimen cerrado en tanto faltaren las instalaciones materiales y las dotaciones personales y de organización necesarias para la aplicación de lo dispuesto en el §10; de aquí que, en la práctica, sea un reducido porcentaje de la población penitenciaria el que disfruta del régimen abierto (28).

4. Tradicionalmente (29) se ha insistido en la relevancia para el buen funcionamiento del régimen abierto de un conjunto de presupuestos: en particular, el emplazamiento, el número de reclusos, la adecuada selección de un trabajo (preferentemente agrícola), la cooperación con las poblaciones vecinas y el acierto en su regulación normativa.

Poco hay que objetar a este conjunto de recomendaciones generales cuyo adecuado planteamiento condiciona sin duda el éxito de la intervención penitenciaria en régimen abierto. Que el número de reclusos, la adecuada selección de un personal idóneo o la cooperación con las poblaciones vecinas alcanzan a tal efecto una importancia esencial resulta del todo evidente. No parece, sin embargo, tan de recibo la insistencia tradicional en el medio rural o agrícola como emplazamiento ideal de los establecimientos abiertos (30). La práctica demuestra que también en el ámbito urbano pueden crearse secciones abiertas de funcionamiento muy satisfactorio y, siendo urbana la procedencia de la mayor parte de los internos, múltiples razones aconsejan profundizar en estas experiencias —hasta de manera prioritaria— sobre los proyectos de establecimientos de régimen abierto alejados de pueblos y ciudades.

La cuestión del emplazamiento se ha ligado muchas veces a la conveniencia del desarrollo en régimen abierto de un trabajo preferentemente agrícola y/o al aire libre. Si bien el trabajo es un elemento esencial

(25) La Regla Penitenciaria europea núm. 67.3 exhorta a los Gobiernos a esforzarse en colocar a los internos en establecimientos de régimen abierto.

(26) H. SCHÖCH, en KAISER/KERNER/SCHÖCH, *Strafvollzug*, cit., § 6.27, p. 181.

(27) HOFFMANN/LESTING, *Ak StVollzG*, cit., §10,4 p. 66.

(28) HOFFMAN/LESTIN, *ibidem*, §10,6, p. 67.

(29) Por todos, E. NEUMAN, *Prisión abierta*, cit., pp. 174 y ss.

(30) Así, la resolución del Congreso de La Haya (1950), reproducida por E. NEUMAN, *ibidem*, p. 196.

de la intervención penitenciaria, en general (31) —y, en particular, de la intervención penitenciaria en régimen abierto (32)—, hay que romper definitivamente con ese «bucolismo penitenciario» (33), poco o nada realista (34). Con independencia de los posibles aspectos positivos del trabajo agrícola o al aire libre, lo esencial en el régimen abierto no es tanto el tipo trabajo a realizar cuanto el desarrollo de una actividad laboral plenamente asimilada desde un prisma técnico, organizativo, económico y jurídico a la de los trabajadores «libres» y en las mismas instalaciones, siendo el trabajo en empresas del exterior (industriales, agrícolas, de servicios...) el sistema que mejor se presta a estos propósitos.

Uno de los argumentos que frecuentemente se aducen para justificar la escasa extensión (en la práctica) del régimen abierto es la dificultad que plantea la imprescindible selección de los internos que —indica NEUMAN— ha de ser «rigurosa», «estricta, concreta y precisa» y «constituye la única manera de evitar un posible fracaso» (35). Objetivo del régimen abierto es eludir las cargas y limitaciones inherentes y accesorias al régimen cerrado para aquellos sujetos cuyo internamiento sin grandes medidas de seguridad no supone un importante riesgo para la sociedad (36). Está claro que no todos los presos son aptos para el régimen abierto. El problema consiste en acertar con los criterios a manejar a la hora de decidir si un sujeto puede o no ser destinado al mismo. Es muy dudoso que los instrumentos tradicionales de clasificación (delito cometido, pena impuesta, edad...) sirvan para algo a este propósito. Más bien, debe atenderse fundamentalmente a las cualidades personales, partiendo evidentemente de la aceptación voluntaria por el interno (37) y de otros aspectos, como el nivel de apoyo social con que cuente y las posibilidades de desarrollo de una actividad laboral estable (38). Dada la escasez de ofertas laborales para los internos, son a la postre las condiciones personales las que sirven de criterio orientador de mayor peso para la decisión. No debería, por ello, reducirse la aplicación del régimen abierto a quienes ya llevan un tiempo en prisiones ordinarias, limitando injustificadamente (39) las po-

(31) J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El Trabajo Penitenciario Resocializador. Teoría y Regulación Positiva*, San Sebastián, 1982.

(32) J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El trabajo en régimen abierto», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 240, 1988, pp. 95 y ss.

(33) E. NEUMAN, *Prisión abierta*, cit., p. 204.

(34) B. MAPELLI CAFFARENA, «El régimen penitenciario abierto», cit., p. 65.

(35) *Prisión abierta*, cit., p. 175.

(36) G. KAISER, en KAISER/KERNER/SCHÖCH, *Strafvollzug*, cit., § 9,33, p. 292.

(37) Matizadamente, E. NEUMAN, *Prisión abierta*, cit., pp. 191 y ss. Indica G. KAISER que puede haber internos que se sientan incapaces de hacer frente a la asunción de esa mayor responsabilidad por su propio comportamiento que el régimen abierto supone. En tales casos el personal les debería ayudar y animar, puesto que esas mismas responsabilidades habrán de asumir el día que salgan en libertad. KAISER/KERNER/SCHÖCH, *Strafvollzug*, cit., §9, 33, pp. 292 y ss.

(38) R. SAINZ DE ROZAS, en la obra colectiva *Régimen abierto en las prisiones. Estudio jurídico y sociológico sobre una alternativa sociopenitenciaria en la Comunidad autónoma del País Vasco*, Vitoria-Gasteiz, 1992, p. 63.

(39) C. MIR PUIG, «La prisión abierta», cit., p. 775.

sibilidades de clasificación inicial, o a los condenados que no tengan todavía causas pendientes (40): también se precisan alternativas a la prisión preventiva (41) que permitan evitarla o, al menos, atenuar sus efectos. Por lo demás, suelen quedar fuera, en principio, del régimen abierto los internos con probado alto riesgo de alcoholismo o toxicomanía o de evasión (42) y aquéllos de los que cabe temer un influjo negativo a dañino sobre otros (43). De todos modos, en estos (y en todos los) supuestos deberían examinarse con gran atención las condiciones personales y demás datos de la realidad que prueban los riesgos indicados en el caso concreto (44), con el fin de no impedir el acceso al régimen abierto con base en meras presunciones o datos apriorísticos y prejuicios (45) o para no limitar su aplicación, como tantas veces sucede, a los individuos menos problemáticos desde el prisma de su reinserción (46). Baste recordar que no siempre un pronóstico criminal desfavorable se identifica con el peligro de fuga: no pocas personas que delinquen en libertad se comportan adecuadamente en prisión (47). Aún más, sólo apostando por los internos, dándoles ocasión de demostrar su aptitud para la libertad, se llegará a una verdadera extensión del régimen abierto, de aquí que únicamente cuando se trate de sujetos probadamente peligrosos, sospechosos de evasión o incapaces de vida en común debería impedirse el acceso al régimen abierto.

La última de las condiciones más arriba indicadas es la necesidad de una adecuada regulación normativa. En realidad, y como destacan los autores del *AK StVollzG* alemán (48), la forma ideal de ejecución abierta sería la de una comunidad de vida con un alto grado de autorregulación, algo radicalmente contrario a proyectos como el *trabajo all'aperto*, que a veces se ha querido incluir entre los regímenes abiertos incurriendo en un auténtico «fraude de etiquetas» (49). La oportunidad de un alto nivel de autorregulación no ha confundirse con la mera remisión al reglamento interno de cada centro o sección abierta de toda la normativa referente a la vida penitenciaria en régimen abierto. Son muchos los beneficios que pueden derivar de la elaboración de un reglamento es-

(40) E. NEUMAN, *Prisión abierta*, cit., pp. 154 y ss.

(41) J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992» en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, pp. 321 y ss.

(42) Críticamente, HOFFMANN/LESTING, *AK StVollzG*, cit., §10, pp. 12 y ss.

(43) Así, en Derecho alemán, SCHÖCH, en KAISER/KERNER/SCHÖCH, *Strafvollzug*, cit., §6, 28, p. 182.

(44) HOFFMANN/LESTING, *AK StVollzG*, cit., §10, 15 y ss., pp. 71 y ss.

(45) B. MAPELLI CAFFRENA, «El régimen penitenciario abierto», cit., p. 64.

(46) J. FONT I CATALAN, «Reflexions envers els criteris de classificació i concepte de tercer grau. Règim obert», en *Presó i Comunitat*, cit., p. 270.

(47) KAISER, en KAISER/KERNER/SCHÖCH, *Strafvollzug*, cit. § 9, 33, p. 292.

(48) HOFFMANN/LESTING, *AK StVollzG*, cit., §10,3, p. 65.

(49) DÜNKEL/LESTING, *Die Entwicklung der Strafvollzug in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970. Materialien und Analysen*, 2.^a ed., Freiburg i.Br., 1982, p. 43.

pecífico para cada centro, máxime si se cuenta con la participación de los internos (50). Ahora bien, para garantizar una mínima uniformidad y hasta los propios derechos de los internos, los aspectos centrales del régimen abierto y los criterios de adopción de las decisiones principales en este ámbito deberían ser objeto de una concreta regulación por parte de la legislación penitenciaria de carácter general.

III. EL RÉGIMEN ABIERTO EN EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

El régimen abierto, «única medida -semialternativa- a la prisión tradicional» (51) en España, fue introducido en este país con la reforma de 1968 del Reglamento de Servicio de Prisiones (arts.48 y 51 V) y se encuentra en la actualidad regulado por la Ley Orgánica General Penitenciaria, promulgada en 1979 en desarrollo del artículo 25,2 de la Constitución, y en el Reglamento Penitenciario.

La lectura de la regulación que la LOGP y el RP dedican al régimen abierto pone de manifiesto su imperfección e insuficiencia.

1. Tanto la Ley como el Reglamento «restrictivo con relación a la propia Ley» (52), se limitan a establecer una normativa muy general, que no contempla al régimen abierto «desde una perspectiva diferenciada consistente en sí misma» (53). En efecto, la recomendación doctrinal, anterior a la propia LOGP, de recoger en un único título (o capítulo) todas las normas relativas a la institución, con objeto de dotarles de una unidad y sentido propios (54), no fue seguida por el legislador ni por los redactores del Reglamento. Ambos textos tan sólo contienen un escaso conjunto de previsiones, «normas-marco» o «reglas mínimas» para el programa del centro (55), en parte dispersas y que no dejan de suscitar dificultades de interpretación. Estas, además de no otorgar la necesaria sustantividad y autonomía al régimen abierto —el cual acaba por construirse sobre la base del que la propia ley califica explícitamente de «ordinario»—, olvidan importantes aspectos de la vida en semilibertad cuyo tratamiento queda, en definitiva, remitido en su totalidad a la normativa específica de cada Centro.

A la vista de lo anterior, no ha de extrañar el fracaso en la «potenciación del régimen abierto y reducción del cerrado a supuestos extraordinarios» propugnada por la Exposición de Motivos del Proyecto como

(50) Alude MAPELLI a la autonomía, fomento de la responsabilidad en el penado y adecuación al funcionamiento cotidiano de la institución y sus posibilidades. «El régimen penitenciario abierto», *cit.*, p. 66.

(51) E. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, A. RIFA I ROS, *Introducció al dret penitenciari. Teoria i pràctica*, Barcelona, 1992, p. 93.

(52) G. LANDROVE DÍAZ, «El régimen abierto», *cit.*, p. 119.

(53) R. SAINZ DE ROZAS, en *Régimen abierto*, *cit.*, p. 60.

(54) Por todos, B. MAPELLI CAFFARENA, «El régimen penitenciario abierto», *cit.*, p. 88.

(55) C. MIR PUIG, «La prisión abierta», *cit.*, p. 785.

uno de los rasgos sobresalientes del texto legislativo presentado. Los índices de aplicación del régimen abierto (56) se encuentran lejos de ese 45% de los penados propugnado por el autor y principal comentarista de la LOGP (57) y el régimen más generalizado de ejecución de la pena privativa de libertad sigue siendo el ordinario. Es más, en la práctica penitenciaria (58), es clara hasta la subordinación del medio abierto o secciones abiertas respecto del ordinario o cerrado: poca e inadecuada dotación infraestructural (dormitorios improvisados en la entrada de las prisiones), escasez de personal dedicado al medio abierto, sujeción del reducido personal a las direcciones de los centros penitenciarios tradicionales... En suma, y como era de temer, la misma dependencia del régimen ordinario que se observa en su configuración normativa acaba reflejándose en la realidad en la total sumisión de la intervención penitenciaria en medio abierto a las dinámicas y necesidades de la prisión clásica, cuando a nadie se le oculta que se trata de contextos absolutamente diferentes que requieren una óptica y criterios de actuación esencialmente diversos.

2. Entrando en el detalle de la regulación, frente a lo que sucede en otras legislaciones (v.gr. §141,2 StVollzG alemana), ni la LOGP ni el RP contienen una *definición o descripción general* de los establecimientos de régimen abierto, previstos en el art. 9.1 de la LOGP (también art. 38.1 RP) como una «modalidad normal»(59), «típica» y no excepcional (60) de los establecimientos penitenciarios de cumplimiento, los cuales pueden ser en España de dos tipos: *de régimen ordinario* y *de régimen abierto*. Esta criticable carencia obliga a distinguir entre estos establecimientos no por las características (v.gr. arquitectónicas...) propias de los mismos, sino con base en otros preceptos. Así, los arts. 72.2 LOGP —250.2 RP— y 43, 2.^a RP identifican los establecimientos de régimen abierto con los destinados a acoger a los penados clasificados en tercer grado para recibir tratamiento «en régimen de semilibertad» (art. 43, 2.^a RP).

A. En realidad, es el art. 45 RP el que recoge la mayor parte de las normas específicas a las que se deben ajustar los establecimientos y secciones de régimen abierto. Este configura a grandes rasgos al régimen abierto como una modalidad de ejecución penitenciaria:

(56) El *Informe General 1991*, Madrid, 1993 p.177 (último de los oficialmente publicados), con referencia a toda la población penitenciaria española (salvo Cataluña) aludía a un 17'80% de los penados (en enero) y un 17'97% en diciembre. Esto, sobre el total de internos (29.169 en enero y 32.399 en diciembre), suponía un índice del 10,85% en enero y un 11,47% en diciembre de aquel año. Habla, sin embargo, de un 23% en 1991, A. YUSTE CASTILLEJOS, «El tercer grado penitenciario», *cit.*, p. 229.

(57) C. GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2.^a ed., Madrid, 1982, p. 43. Ver también del mismo autor, *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Madrid, 1989, pp. 296 y ss.

(58) S. GONZÁLEZ I NAVARRO, «Tractament...», *cit.*, pp. 275 y ss.

(59) M. JABARDO QUESADA, «Los Centros de integración social», en *Derecho Penitenciario y Democracia*, Sevilla, 1994, p. 65.

(60) C. MIR PUIG, «La prisión abierta», *cit.*, p. 779.

- a) inspirada en el principio de confianza (norma 1.^a), y
- b) a la que sólo pueden acceder los penados clasificados en tercer grado que, debidamente instruidos, consientan formal y voluntariamente, manifestando igualmente su aceptación y compromiso de observancia de las condiciones y régimen de vida que les son específicos (norma 2.^a).

Eliminado en 1993 el anterior requisito reglamentario (no previsto por la LOGP) del transcurso de un mínimo de dos meses para la *clasificación* en tercer grado (61), ésta (62) requiere del cumplimiento de la cuarta parte de la condena, salvo «que concurren favorablemente calificadas las otras variantes intervinientes en el proceso de clasificación, valorándose especialmente la primariedad delictiva, buena conducta y madurez o equilibrio personal» (art. 251,I RP). Órgano competente es el Equipo de Observación y de Tratamiento del centro, el cual debe atender a los criterios de la LOGP y el RP, pudiendo clasificar inicialmente en tercer grado al interno que «resulte estar en condiciones para ello» (art. 72.3 LOGP). En cuanto a los criterios de clasificación (63), en la práctica hay que distinguir: mientras que en las clasificaciones iniciales en tercer grado (en torno a un tercio del total) es determinante la primariedad delictiva y que ni la condena ni las carencias sociolaborales sean excesivamente importantes, en el caso de las progresiones a tercer grado como nueva fase del tratamiento pierde significación la primariedad delictiva, centrándose la decisión en la evolución positiva plasmada en la participación activa en las actividades formativas o laborales y en los permisos; el factor de buena conducta activa desciende en importancia en las progresiones próximas a la libertad condicional, bastando la buena conducta pasiva y el pronóstico favorable para la libertad condicional; en cuanto a las «clasificaciones por motivos específicos» (acceso a

(61) Objetivo de la reforma era, en realidad hacer frente a la difícil situación creada por los insumisos condenados, a quienes se quería poner de inmediato en tercer grado. No obstante, contribuyó también a superar la rigidez anterior, que dificultaba el tratamiento de supuestos como el del liberado condicionalmente (o en libertad definitiva) que vuelve a ingresar en prisión por condenas correspondientes a delitos anteriores (A. YUSTE CASTILLO, «El tercer grado penitenciario», *cit.*, p. 236). En cualquier caso, la fórmula sustitutiva elegida alude al «tiempo...suficiente» para lograr el «adecuado conocimiento del interno, ...la previsión de conducta y de la consolidación de factores favorables», lo que, a la vista de la indeterminación de sus contornos y los escasos medios que en la práctica existen para realizar un estudio cabal de cada interno, «puede llevar a la práctica arbitrariedad a la hora de la concesión del tercer grado». L. M. MORENO JIMÉNEZ, «La clasificación penitenciaria en tercer grado de tratamiento», *Vigilancia Penitenciaria (VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*, Madrid, 1994, p. 165.

(62) Hay supuestos especiales: para disfrutar próximamente de la libertad condicional (con carácter general o en los supuestos del art. 60 RP), recibir tratamiento extrapenitenciario (art. 57.1 RP) o en casos de extranjeros para su expulsión conforme a la L.O. 7/1985, de 1 de julio. MORENO JIMÉNEZ, *ibidem*, pp. 167 y ss.

(63) J. ALARCÓN BRAVO, «Las resoluciones de tercer grado desde la publicación de la LOGP», *Revista de Estudios Penitenciarios*, 240, 1988, pp. 21 y ss.; J. FONT I CATALAN, «Reflexions...», *cit.*, pp. 267 y ss.

la liberación condicional, art. 57.1, art. 60, extranjeros...), los factores especiales o finalistas acaban convirtiéndose en los elementos decisivos (64).

Frecuentemente se ha criticado la deficiente regulación reglamentaria de los criterios de clasificación, en general y para el tercer grado, que restringe injustificadamente las posibilidades ofrecidas por la propia LOGP, cuya normativa, en casos de conflicto, debe siempre prevalecer. Prescindiendo de otros aspectos, comparto la opinión de aquel sector doctrinal (65) que rechaza, en particular, la exclusión del acceso a tercer grado de cuantos tengan «causas en situación preventiva» (art. 252 II RP). Esta restricción, no prevista explícitamente por la LOGP (66), afecta también a los condenados que tengan todavía alguna causa pendiente, los cuales, salvo si incurrían en la excepción prevista por el RP (67), no pueden acceder al régimen abierto. Como ya se ha indicado más arriba, la exclusión de los preventivos (condenados o no) del régimen abierto no resulta aceptable. Supone impedirles de raíz —con base únicamente en su situación procesal y no en sus cualidades personales o en su incapacidad de adecuación al mismo— el disfrute de un régimen (que no deja de ser custodial) más llevadero y menos peligroso, menos lesivo y limitador de sus derechos que el ordinario. De otra parte, si atendemos a los objetivos que, conforme al art. 32 RP, deben regir las limitaciones en el régimen de detenidos y presos, no cabe duda de que en no pocos casos (que requieren una cierta custodia, pero no las 24 horas del día) el mejor modo de alcanzarlos podría ser el destino a un régimen similar al abierto, suavizando el régimen de detención, alejándole de la influencia potencialmente nociva de otros internos y permitiendo al preventivo mantener una mejor y más intensa relación con el exterior.

En cuanto a la *regresión*, ésta puede proceder por «evolución desfavorable de su personalidad» en relación al tratamiento (arts. 65.3 LOGP y 243.3 RP) o por quebrantamiento de condena (art. 253 RP) (68). En la práctica, la razón que mayor peso alcanza es la fuga con ocasión de per-

(64) A. YUSTE CASTILLEJOS, «El tercer grado penitenciario», *cit.*, p. 231.

(65) G. LANDROVE DÍAZ, «El régimen abierto», *cit.*, p. 120; C. MIR PUIG, «La prisión abierta», *cit.*, pp. 782 y ss. Expresamente favorable a la exclusión, L. GARRIDO GUZMÁN, que lo considera acertado y razonable porque ayuda a la necesaria selección, *Manual...*, *cit.*, p. 494.

(66) Aunque implícitamente puede deducirse de algunos de sus preceptos que, puesto que los establecimientos de régimen abierto son «de cumplimiento» y la clasificación de los preventivos se rige por el art. 16 (v. art. 64), el tercer grado es sólo para los condenados.

(67) El párrafo I del art. 252 prevé la situación del penado con causas pendientes en situación preventiva, ordenando que no se haga «la propuesta de clasificación correspondiente hasta que no haya sido condenado o absuelto en la última de las mismas», salvo «que la causa o causas penadas lo hayan sido a penas graves y los delitos imputados en las causas preventivas tengan legalmente atribuidas penas inferiores», supuesto en que se podrá excluir la aplicación de aquella regla.

(68) También puede darse el salto de la libertad condicional al segundo grado, en supuestos de revocación. L. M. MORENO JIMÉNEZ, «La clasificación penitenciaria...», *cit.*, pp. 182 y ss.

misos; también suele fundamentarse, aunque en menor medida, en la comisión de nuevos delitos y, últimamente, en cuestiones relacionadas con las drogas (69).

B. Combinando el contenido del art. 45 con otros preceptos legales y reglamentarios, las características propias del régimen abierto en España pueden resumirse del modo siguiente:

a) *En general* (art. 45), tendencia a la asimilación de la vida en prisión con la «convivencia normal en toda colectividad civil» (norma 1.^a). En consecuencia:

— se eliminan los controles rígidos (como formaciones, cacheos, requisas, intervención de visitas y correspondencia) (norma 1.^a),

— se permite a los internos moverse sin vigilancia tanto en el interior de la institución como en las salidas para el trabajo y permisos (norma 3.^a), y

— se autoriza el dinero de curso legal y el uso de objetos de valor (norma 6.^a).

b) Desde esta base, previsión de una *pluralidad de regímenes* abiertos, lo que se deriva tanto de la libertad otorgada a cada centro para su estructuración en fases (70), como de la admisión de casos individuales específicos.

— En efecto, la norma 4.^a del art. 45 autoriza a las Juntas de Régimen y Administración (a propuesta del equipo técnico del Centro) al establecimiento de fases o modalidades diversas en el sistema de vida de los internos (conforme a sus características) y en los grados de control a mantener durante sus salidas al exterior.

— Por su parte, el art. 43, norma 2.^a (71), prevé la existencia de internos que, por diversas causas de orden personal, laboral o de tratamiento (72), queden sustraídos al régimen del art. 45 y sometidos a lo dictaminado por el Equipo de tratamiento o, en su defecto, la Junta de Régimen y Administración, en cuanto al tipo de vida aplicable al interno

(69) J. ALARCÓN BRAVO, «Las resoluciones...», *cit.*, pp. 22 y ss.

(70) Así, por ejemplo, la S.O. de Lleida-I estructura su tratamiento en dos fases: integración y normalidad. A. PAGES I TOLDRA, «Fenomen d'adaptació al medi obert: una experiència a la S.O. de Lleida-I», *Presó i comunitat*, *cit.*, pp. 249 y ss. Para una detallada exposición de las fases proyectadas para los Centros de Integración Social: Observación-admisión (7 días), Integración y Normalización social, M. JABARDO QUESADA, «Los Centros de integración social», *cit.*, pp. 77 y ss. Ver también la propuesta de fases (Apoyo, Consolidación y Normalización) para los «Centros de Régimen Abierto» (distintos de los «Departamentos de Tránsito»), que presentan los autores de la obra colectiva *Régimen abierto en las prisiones*, *cit.*, pp. 198 y ss. Ver también L. M. MORERO JIMÉNEZ, «La clasificación penitenciaria...», *cit.*, pp. 176 y ss.

(71) MAPELLI Y TERRADILLOS denominan a este régimen «impropio», frente al «propio» del art. 45 RP. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2.^a ed., Madrid, 1993, p. 126.

(72) Menciona el RP: la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala, imposibilidad de desempeñar un trabajo en el exterior, condiciones personales diversas o indicaciones de su tratamiento penitenciario.

y, en particular, en lo referido a las salidas al exterior y permisos de fin de semana, sólo o acompañados.

— Finalmente, el párrafo V de la norma 1.^a del art.57 se refiere a los «penados clasificados en tercer grado que, por presentar problemas de drogadicción necesiten un tratamiento específico», en cuyo caso «la Dirección General podrá autorizar su asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, dando cuenta al Juez de Vigilancia y condicionando ello a que el interno dé su consentimiento y se comprometa formalmente a observar el régimen propio de la institución que le haya de acoger y a los controles que establezca el Centro directivo».

c) En el *plano laboral*: trabajo en empresas libres (art. 188 RP):

— bajo contratación ordinaria con posibilidad de tutela de la relación laboral por la dirección del Centro;

— con posibilidad de extinción por causas penitenciarias (sanción disciplinaria, regresión de grado, traslado u otras) y

— con referencia explícita a «los efectos que procedan», más allá de los laborales, en caso de despido disciplinario justificado o de extinción voluntaria de la relación laboral por el interno.

d) Ampliación de las posibilidades de *relaciones con el exterior* (73):

— autorizando cuantas comunicaciones orales permita el horario de trabajo (art. 90, norma 1.^a RP);

— elevando hasta 48 días por año las posibilidades de permisos ordinarios o vacaciones (de hasta siete días), una vez extinguida la cuarta parte de la condena y con buena conducta (art. 47.2 LOGP y 254.2 RP) (74);

— permitiendo, como norma general, el disfrute de permisos de salida de fin de semana (art. 45 norma 7.^a), que no se computan a los efectos de los días-límite del art. 47.2 LOGP (75); y,

— regulando las salidas programadas, con base en el art. 59 y en conexión con los arts. 60.2 y 62 LOGP, cuya duración no se computa en los días anuales de permisos ordinarios.

e) Flexibilización del sistema de *participación de los internos*, bajo la supervisión de los educadores, en el desarrollo de las distintas

(73) Además, el art. 81 RP permite que se autorice a los penados clasificados en tercer grado y régimen abierto, que deban ser trasladados a otro Establecimiento, a hacerlo por sus propios medios y no por cuenta de la Administración Penitenciaria.

(74) Por regla general, se tiende a conceder seis permisos de cuatro días cada uno (lunes a jueves), una semana por mes y enlazando con el fin de semana correspondiente. Ver Circular de 11 de diciembre de 1990.

(75) Acerca de la duración de los permisos de fin de semana en régimen abierto, la Circular de 23 de julio de 1990 de la DGIP consideró que se extenderían desde la finalización de la jornada laboral del viernes hasta la incorporación a la jornada laboral del lunes. Ver el texto en *Informe General 1990*, Madrid, 1993, p. 121. En las fiestas entre semana, la práctica es autorizar las salidas desde las 9 a las 22 hs.

actividades del establecimiento (art. 45 norma 5.^a). En particular (art. 136 RP):

— existencia al menos de tres Comisiones: programación y desarrollo de las actividades educativas, culturales y religiosas; actividades recreativas y deportivas; y actividades laborales;

— integración en cada comisión, como mínimo, de tres internos y asistencia a las reuniones del educador o funcionario que tenga a su cargo las actividades cuya programación y desarrollo vayan a ser objeto de estudio;

— elecciones cada seis meses, convocadas por el órgano a renovar, con participación como candidatos y electores de todos los internos de la segunda y tercera fase (76), pudiendo elegir cada interno a dos de los candidatos presentados por cada órgano de participación.

f) *Sistema disciplinario*: el «propio(s) para el logro de una convivencia normal en toda colectividad civil» (art. 45 norma 1.^a).

g) Finalmente, posibilidad de «solicitar la colaboración y *participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas* ocupadas en la resocialización de los reclusos» con el fin de «obtener la recuperación social de los internos» (art. 69.2 LOGP —art. 247.2 RP—) (77).

C. *Comentario crítico*: La insuficiente atención prestada por la LOGP y el RP al régimen abierto resulta evidente.

— Temas tan centrales en el desarrollo de la vida prisional, como el orden (¡o la disciplina!) se despachan con formulaciones de gran vaguedad («los propios para el logro de una convivencia normal en toda colectividad civil») que, si bien apuntan a la mayor asimilación posible entre la vida en régimen abierto y el mundo en libertad, abren la puerta a todo tipo de regulaciones por parte del programa del centro, con lo que esto puede suponer de peligro para la seguridad jurídica.

Igualmente peligrosa es la amplísima libertad concedida a las Juntas de Régimen y Administración, a propuesta del Equipo Técnico del Centro, para «establecer distintas fases o modalidades en el sistema de vida de los internos». Con anterioridad a la reforma de 1984, la norma 4.^a del art. 45 RP (versión 1981) ordenaba la división del régimen abierto en tres fases (78):

a) *de iniciación*, enfocada hacia la información a los internos acerca del programa del Centro, presentación a los funcionarios y

(76) El Real Decreto de 26 de marzo de 1984 —que rompió con la rígida separación en tres fases (iniciación, aceptación y confianza)— eliminó en la norma 5.^a (art. 45) la limitación del derecho a la participación a los internos de la segunda y tercera fase. Esta referencia se mantuvo, sin embargo, en el art. 136 RP.

(77) Es ésta una previsión que no se limita, con todo, a los internos en tercer grado, sino que resulta también aplicable para los del segundo grado de tratamiento.

(78) Ver un ejemplo de la aplicación de estas tres fases en C. IZQUIERDO MORENO, «El Instituto penitenciario para jóvenes de Liria. Centro de Rehabilitación Social», *Cuadernos de Política Criminal*, 27, 1985, pp. 539 y ss.

compañeros, y ocupación en tareas de limpieza y conservación, hasta la elección de uno de los contenidos en la relación de puestos de trabajo que se les proporcione; durante esta fase en sus salidas al exterior eran debidamente controlados;

- b) *de aceptación*, pudiendo salir a trabajar y permanecer fuera del establecimiento el tiempo necesario para la actividad laboral y desplazamientos; durante esta fase, se encomendaba a los educadores la tarea de comprobar en forma discreta las actividades de los internos durante los permisos; y
- c) *de confianza*: con reconocimiento de la plena responsabilidad por parte de los internos y permisos de fin de semana sin limitaciones.

Ciertamente, una regulación tan rígida de las fases del régimen abierto no resultaba aconsejable y dejaba poco margen a la autorregulación del régimen (con participación de los internos) en cada sección o establecimiento. Ahora bien, la ruptura que supone la reforma de 1984 parece excesiva. En lugar de seguirse una vía intermedia diseñando un marco general, con indicación de aquellos aspectos en que expresamente se autoriza a las Juntas de Régimen y Administración a adaptarlos a sus propias peculiaridades, el nuevo texto opta por delegar en cada Junta el establecimiento de las «fases o modalidades en el sistema de vida de los internos, según las características de éstos y los grados de control a mantener durante sus salidas al exterior». Cuál deba ser el alcance de la referencia al «sistema de vida de los internos» (que, a la postre, alude a todos los aspectos y circunstancias que rodean al interno) no es algo fácil de dilucidar, aun cuando dada la extensión de la expresión es obvio que la interpretación deberá ser restrictiva y centrada fundamentalmente en la última parte del inciso: el referido al nivel de control que se requiere durante la salida de los internos al exterior.

Algo similar sucede con el que, siguiendo a MAPELLI/TERRADILLOS, hemos llamado régimen abierto impropio, contemplado en el art. 43.2 RP y que en la práctica requiere disponer de una ocupación (laboral) en el exterior (79) y muchas veces se aplica para facilitar la progresión a fases próximas al período de libertad condicional (80). Dejando al margen la criticable ampliación de los supuestos operada en la defectuosa reforma de 1984 (81), también aquí se autoriza a los órganos colegiados a «dictaminar(á) el tipo de vida aplicable al interno». Nuevamente la expresión es de una vaguedad excesiva y precisa de una

(79) Algo nada sencillo con el índice de desempleo existente.

(80) A. YUSTE CASTILLEJOS, «El tercer grado penitenciario», *cit.*, p. 231. En realidad, recuerda J. ALARCÓN BRAVO, que éste fue su sentido originario: «corregir una corruptela surgida al amparo de la regulación anterior a la LOGP: las famosas propuestas de tercer grado a los solos efectos de libertad condicional». «Las resoluciones...», *cit.*, p. 19.

(81) Lo que ahora es una mera enumeración de supuestos, en 1981 eran «dos variables en relación causal». J. ALARCÓN BRAVO, «Las resoluciones...», *cit.*, p. 19.

interpretación restrictiva. Esta debe perseguirse ligando las posibilidades de reglamentación específica a los aspectos mencionados en la última parte del mismo párrafo (82): posibilidad de salidas al exterior y de los permisos de fin de semana, así como exigencia de «que el interno vaya acompañado por personas que merezcan confianza, funcionarios de instituciones penitenciarias, asistentes sociales o miembros de asociaciones o instituciones públicas o privadas que se ocupen de la resocialización de los reclusos».

Por su parte, la posibilidad recogida en el art. 57.1 RP ha sido objeto de desarrollo a través de Circulares e Instrucciones internas (83). Estas consideran especialmente susceptibles de atención preferente en esta línea a los internos que en el momento de ingreso sigan un programa de tratamiento o con una clara etiología delictiva propiciada por el consumo de tóxicos y pena inferior a prisión menor, postulándose, en general, que les falte como de tres años para la libertad condicional (84). Definen como «instituciones adecuadas», a estos efectos, las públicas o privadas (debidamente acreditadas), en lo posible de la propia Comunidad Autónoma, estructuradas en comunidades terapéuticas en fases o comunidades en régimen de semitutela en ámbito urbano y de tipo cerrado, aunque se acepta —con base en el art. 57.1 RP (en relación con los arts. 43.2 y 45)— la posibilidad de tratamientos en régimen ambulatorio en servicios específicos, con carácter previo o no al régimen de internado. Las instituciones han de asumir, en principio, todo el proceso de rehabilitación (que no tiene por qué coincidir con el fin del tratamiento penitenciario) conforme al plan de seguimiento establecido y debe quedar claramente definida la persona o entidad que se hace cargo del costo del mismo. En todo caso, cabe la posibilidad de que los internos que hayan superado con éxito el tratamiento se inscriban en otros programas de reinserción. Mensualmente al menos el Equipo de Tratamiento contactará con el interno y con el Equipo Técnico de la institución; cuando el tratamiento se lleve a cabo de forma ambulatoria el contacto del Equipo de Tratamiento con el interno será semanal. En cuanto a los informes, trimestralmente se solicitará un informe a la institución sobre la evolución del interno y semestralmente deberá comunicarse al Centro Directivo el informe evaluador y de incidencias. Por lo demás, la renuncia voluntaria del interno a continuar tratamiento en la institución extrapenitenciaria no conlleva

(82) J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Teoría de la pena*, Madrid, 1991, p. 270; R. SÁINZ DE ROZAS, en *Régimen abierto...*, cit., p. 78.

(83) Así, Instrucción Circular de 13 de marzo de 1990, sobre asistencia en Instituciones Extrapenitenciarias de internos clasificados en tercer grado que presenten problemas de drogadicción (*Informe General 1990*, Madrid, 1993, pp. 112 y ss.). Ver también Circular DGIP de 30 abril 1992, que corrige, en parte, a la anterior.

(84) Algo no requerido ni por la Ley ni por el Reglamento.

necesariamente propuesta de regresión en grado, aunque pueda valorarse a tal efecto. El beneficio de la redención de penas por el trabajo puede seguir disfrutándose en este marco y los permisos de salida se compaginarán en cada caso con las exigencias del programa establecido.

— Poco cabe decir en materia de visita y permisos, salvo insistir en la insuficiencia del RP en cuanto a la fijación sin ambigüedades de los niveles en que la determinación de las fases o modelos de vida (art. 45) o las circunstancias del interno (art. 43.2) pueden afectar a su derecho a salir al exterior. Especialmente digno de atención es, precisamente, el supuesto del art. 43.2 RP, pues, con base en él, personas que cumplen los «requisitos objetivos necesarios» no llegan a disfrutar de permisos hasta la libertad condicional o definitiva «por circunstancias que no les son directamente imputables» o «por el escaso desarrollo institucional de personal colaborador en el exterior» (85). Por lo demás, hay que valorar positivamente (86) la introducción de las salidas programadas. Se consideran «salidas programadas» las que, a propuesta del Equipo de Observación y Tratamiento, con aprobación de la Junta de Régimen y autorización de la Subdirección General, realicen internos clasificados en segundo o tercer grado que puedan disfrutar de permisos. Se trata, por tanto, de «salidas puntuales, con objetivos definidos dentro de una actuación programada, con una participación activa, voluntaria y positiva de los beneficiarios», los cuales son «acompañados por personal del centro penitenciario» (87).

— En cuanto al trabajo, es obvio que en régimen abierto debe potenciarse el trabajo en empresas del exterior, pero no conviene concentrar todos los esfuerzos en este campo, excluyendo las posibilidades de suministro de la actividad laboral por otros medios (88). Que el interno se encuentre en régimen abierto no elimina ni atenúa la obligación de la Administración de facilitarle un trabajo, expresamente contenida en el art. 26 II e) LOGP.

También la regulación que del sistema de trabajo en empresas del exterior ofrece el art. 188 RP resulta altamente imperfecta desde un pris-

(85) F. MOYA HURTADO DE MENDOZA, «Problemas generales de los permisos de salida», en *Vigilancia Penitenciaria (VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*, Madrid, 1994, pp. 207 y ss.

(86) Es de criticar, sin embargo, el contenido de la Circular interna de 3 de noviembre de 1988 y subsiguientes (no aplicables al régimen abierto —ver Instrucción de 15 12.1988)—, por lo que supone de asunción por la DGIP de competencias que no le son propias. F. MOYA HURTADO DE MENDOZA, «Problemas generales...», *cit.*, pp. 227 y ss.

(87) Ver «Circular de 12 de febrero de 1990 de la DGIP sobre salidas programadas», *Informe General 1990*, Madrid, 1993, pp. 109 y ss.

(88) C. MIR PUIG alude así a la conveniencia de utilización complementaria de otros sistemas como el de Administración o la contrata. «La prisión abierta», *cit.*, p. 800.

ma jurídico (89). El plausible punto inicial de partida —la sumisión de los trabajadores en empresas del exterior a la contratación ordinaria— se ve inmediatamente desmentido por el contenido del artículo. Las desviaciones que autoriza convierten en nada ordinaria esa contratación tanto en cuanto a las partes contractuales (90), como en lo que respecta a sus incidencias y extinción. No se concreta la intervención administrativa tuitiva y controladora, ni se especifican claramente las incidencias penitenciarias con repercusión en la relación laboral y viceversa, que vienen a ser aludidas de un modo ambiguo e impreciso, con el riesgo que ello supone para la seguridad jurídica de los internos trabajadores. De otra parte, son conocidos los problemas jurídicos que la asimilación del penitenciario al trabajo libre suscita (91), a falta del Decreto de aplicación del art. 2.1 c) LET, que califica de «relación laboral especial» la de «los penados en las instituciones penitenciarias». Por ello —y a pesar de la normativa del RP—, conviene seguir reclamando la aprobación de la correspondiente normativa que dé efectividad a la disposición citada, regulando también de manera expresa y detallada las peculiaridades de los trabajadores en régimen abierto.

— Junto a la normativa laboral es la referida a la participación de los internos la que encuentra mayor desarrollo en el caso del régimen abierto.

Más arriba se ha recordado ya la conveniencia de que el régimen abierto se constituya como una comunidad autorregulada, aspecto en el que la participación de los internos deviene esencial. La participación es, en efecto, el único sistema de reforzar y demostrar la seriedad de los postulados básicos sobre los que se asienta el régimen abierto y posiblemente la única vía eficaz de desbloqueo de esa relación natural de desconfianza que tiene lugar entre sujetos que, en definitiva, ocupan posiciones antagónicas: el privado de libertad y el personal de instituciones penitenciarias. En este sentido, el que desde la legislación penitenciaria se regulen los sistemas de participación merece, en principio, una valoración positiva.

Se trata, no obstante, de una participación (la prevista por la LOGP y RP) referida a las «actividades» del establecimiento y que no parece alcanzar al ámbito disciplinario (92) ni, lo que es mucho más importan-

(89) Por todos, J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El trabajo en régimen abierto», *cit.*, pp. 99 y ss.

(90) Ver, con todo, F. BUENO ARUS, «El trabajo penitenciario y la redención de penas por el trabajo», *Vigilancia penitenciaria (VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*, Madrid, 1994, p. 83.

(91) J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El trabajo en régimen abierto», *cit.*, pp. 101 y ss.

(92) Obviamente, no para la imposición de sanciones, participación prohibida por el art. 41.2 LOGP. Por su parte, el fomento de la participación de los internos en la programación y ejecución de su tratamiento, se prevé con carácter general por el art. 61.1 LAGP. Ver también art. 239 RP.

te, al programa del Centro, competencia de la Junta de Régimen y Administración (en la que no existe representación alguna de los reclusos). Pero, como se ha llegado a admitir desde la propia Dirección General, una interpretación amplia del art. 136 RP —que da libertad a las Juntas de Régimen, en los Establecimientos de cumplimiento de régimen abierto, para decidir los ámbitos de actividad en que deban participar los internos— podría permitir la formación hasta de comisiones dirigidas a evaluar «el funcionamiento global del Centro»; esto abriría un cauce para que los internos llegaran «con sus opiniones a tener parte en el proceso de valoración y evaluación de conductas negativas de sus propios compañeros» (93).

Resalta, en todo caso, el limitado alcance concedido por el RP a la participación (94): canalización a través de comisiones (no asambleas), elevación de propuestas o sugerencias a los funcionarios encargados y concurrencia con éstos en la programación y ejecución de las actividades, todo ello «de acuerdo con las normas de régimen interior del Establecimiento» (art. 137).

— Probablemente, sea el disciplinario el capítulo en el que la ausencia de una regulación normativa específica legal y/o reglamentaria más destaca (95). Los criterios inspiradores de los arts. 104 y ss. RP, centrados en la adaptación al régimen cerrado, ultrarreglado, no son transplantables automáticamente al régimen abierto, enfocado hacia la adaptación del sujeto al medio social y no al penitenciario. Ahora bien, no vale con afirmar, como hace el RP, que la disciplina exigible será la propia «para el logro de una convivencia normal en toda colectividad civil»: aun cuando el régimen sea abierto no deja de ser régimen penitenciario y el penado sigue estando privado de libertad. Razones de seguridad jurídica y de uniformidad de trato exigen que cuestiones como las infracciones y sanciones propias del régimen abierto y su repercusión cara a la clasificación del interno no queden absolutamente en manos de los órganos directivos de cada establecimiento y, sin perjuicio de la delimitación estricta de algunos espacios de autonomía (cogestionada), sean objeto de regulación uniforme.

— Para terminar, es incuestionada la importancia que para el régimen abierto y la propia reinserción social del interno ha de tener la intercomunicación con el mundo exterior. Se ha llegado a decir, con razón, que si «la prisión abierta constituye la antesala de la libertad condicional o definitiva», dos elementos resultan «indispensables» para el desarrollo de su función: «los permisos de salida... y la participación de la comunidad social en la vida, la dinámica, los objetivos y los intereses

(93) M. JABARDO QUESADA, «Los Centros de Integración Social», *cit.*, p. 97.

(94) B. MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, pp. 240 y ss.

(95) C. MIR PUIG, «La prisión abierta», *cit.*, p. 789; R. SÁINZ DE ROZAS, en *Régimen abierto*, *cit.*, pp. 71 y ss.

del centro» (96). El papel que el voluntariado (97) y, en general, los colectivos no penitenciarios pueden alcanzar en el régimen abierto es, ciertamente, de gran importancia. Además de ampliar las posibilidades de relación de los internos, pueden apoyar al equipo de tratamiento, colaborar con los educadores en el diseño y aplicación de los programas socioculturales, laborales, etc. y hasta contribuir a la mejora de los sistema de información y documentación de los Centros, a través de sus relaciones (frecuentemente intensas) con otros colectivos o instituciones (98). Por todo ello, y máxime a la vista de «la obsolescencia funcional de las Comisiones de Asistencia Social» (99), resulta lamentable y muy insuficiente la mera «posibilidad» que se abre en el art. 69.2 LOGP de «solicitar la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos», con el fin de «obtener la recuperación social de los internos» (100).

IV. CONCLUSIÓN. NECESIDAD DE UN CAMBIO DE RUMBO. LÍNEAS DIRECTRICES

A pesar de la voluntad de «potenciación» que manifestó la Exposición de Motivos del Proyecto de LOGP, el hecho cierto es que, casi dieciséis años después, éste sigue siendo un régimen penitenciario residual, al que se destina un muy pequeño porcentaje de penados. Causa de lo anterior es la escasa atención prestada por la política penitenciaria a la verdadera implantación del régimen abierto como modalidad autónoma de ejecución penitenciaria, auténtica alternativa al régimen ordinario.

Así, frente a la necesidad de establecimientos abiertos, y dejando a salvo algunas interesantes experiencias (más que nada «piloto») (101)

(96) R. BONAL FALGAS, «La comunidad y el régimen abierto», *Revista de Estudios Penitenciarios*, 240, 1988, p. 111.

(97) A. BERSTAIN, «Relaciones entre los privados de libertad y el mundo exterior (El voluntariado)», *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. extraordinario, enero 1988, pp. 29 y ss. Ver también, del mismo autor, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994, pp. 49 y ss.

(98) E. ARNAZ VILLALTA, «El papel de los colectivos no penitenciarios en la dinámica sociocultural del centro», *Revista de Estudios Penitenciarios*, 240, 1988, pp. 57 y ss.

(99) M. MORENO JIMÉNEZ, «La clasificación penitenciaria...», *cit.*, p. 178.

(100) Para el procedimiento de registro y autorización de asociaciones y voluntariado ONG, ver «Circular de 2.11.1989 sobre participación de asociaciones, grupos y particulares en la tarea de resocialización penitenciaria», *Revista de Estudios Penitenciarios*, 242, 1989, pp. 216 y ss. Ver también Instrucción del Subdirector General de 5.12.90.

(101) Lo que para MAPELLI pone de manifiesto la desconfianza en el sistema. «El régimen penitenciario abierto», *cit.*, p. 89.

de Unidades Dependientes (102), se ha optado por la apertura de secciones o anexos en los establecimientos de régimen ordinario, lo que reafirma la equivocada idea de que estamos ante un grado más del sistema de individualización científica, cuando lo que procede es su reconocimiento como una realidad radicalmente diferente del encierro clásico.

Tampoco desde el prisma jurídico se ha dado una auténtica promoción del régimen abierto. Por el contrario, las pocas disposiciones de la LOGP han encontrado un escaso (y, en ocasiones, restrictivo) desarrollo reglamentario, limitado a subrayar las peculiaridades de este régimen, que jurídicamente se sigue construyendo sobre la base del régimen ordinario (cerrado).

Evidentemente, si como destaca casi toda la doctrina, el régimen abierto constituye la forma más aceptable, en la actualidad, de ejecución de la pena privativa de libertad, urge dar la vuelta a este estado de cosas y optar por un cambio radical de la política penitenciaria en este ámbito.

Líneas directrices de este cambio de rumbo habrían de ser las siguientes:

1) En el plano legislativo y reglamentario, la inmediata reforma de la normativa en vigor, dirigida a la regulación de todo lo relativo al régimen abierto en un capítulo aparte del Reglamento Penitenciario, con reconocimiento explícito de su sustantividad y autonomía. La nueva regulación habría de flexibilizar la actual perspectiva en la que se mueve el régimen abierto y, sin perjuicio de considerar la posibilidad de apertura de nuevas vías de acceso (103), promover en el marco terapéutico un «concepto situacional» (104) más ligado a la evolución en el tratamiento que el actual enfoque institucional. Con todo, no debería prescindir de una clara definición y descripción de partida de las características y dimensiones (reducidas) de los establecimientos de régimen abierto, propugnando su colocación alejada de las prisiones tradicionales e integrados en el medio social.

Objeto de la normativa deberían ser igualmente:

— la tipificación de los criterios de clasificación en régimen abierto, distinguiendo las posibles modalidades (105) del mismo y las peculiaridades en el tratamiento;

(102) Ver una descripción general y algún ejemplo en la obra *Posibles alternativas...*, cit., pp. 215 y ss.

(103) Como para aquellos sujetos que, al margen de la evolución de su tratamiento o su negativa a ser tratados, se encuentren próximos a su salida en libertad y puedan merecer suficiente confianza de no evasión.

(104) M. ARUMI I RICART, «Eixos nuclears per una política del tractament penitenciari a reclusos classificats en tercer grau, article quaranta-cinc, i en situació de règim obert» *Presó i comunitat. cit.*, p. 259.

(105) ¿Por qué no se puede pensar en un régimen abierto «de día» en el que el interno tenga que participar durante el día en prisión (o fuera de ella) en determinadas actividades y pueda regresar a su vivienda durante la noche para convivir con su grupo familiar?

— el diseño de las líneas elementales (comunes) de todo régimen abierto, garantizando cierta autonomía (limitada) de los Centros plasmada en el Programa respectivo; expresa y detallada regulación habrían de merecer en este punto los derechos de los internos (comunicaciones, visitas, permisos, trabajo...), las prestaciones de la Administración y, muy en particular, la participación de los internos (que debe procurarse lo más amplia posible), la intervención de los voluntarios y colectivos no penitenciarios, el orden y la disciplina;

— por último, aunque no en importancia, la estructuración de la dirección y de los equipos de trabajo en medio abierto, tanto técnicos como de funcionarios de vigilancia, con dependencia directa de un Departamento General de Régimen abierto, orgánica y funcionalmente separado de los dedicados a los centros ordinarios o cerrados (106). Merece mencionarse en este punto la posibilidad que ofrece el art. 66.1 LOGP de constitución de comunidades terapéuticas, en las que el equipo de tratamiento pueda asumir la mayor parte de las funciones de la Junta de Régimen y Administración (107).

2) Todos somos conscientes de que la mera reforma legal y reglamentaria, aunque muy relevante, no basta. Esta debe ir unida a un plan serio de aplicación de sus previsiones con fijación de las correspondientes y periódicas dotaciones que permitan disponer de instalaciones abiertas en todas las provincias (108) y atraer hacia ellas los medios personales, infraestructurales y de funcionamiento que se precisan. En orden al mejor aprovechamiento y optimización de los recursos existentes, de particular importancia parece en este punto asegurar la coordinación de las instituciones y unidades de régimen abierto con los servicios generales. De un lado, porque sin perjuicio de la conveniencia de un servicio social específico para el tercer grado (109), el principio general de asimilación de la vida en prisión a la vida en libertad aconseja evitar la duplicación de estructuras administrativas y tratar de lograr que la atención a los internos se integre en los servicios ofertados de modo general a toda la población. De otra parte, no hay que olvidar que son los servicios municipales, comarcales, regionales... los que estarán llamados a intervenir a partir de la liberación definitiva (110), de aquí que convenga entablar desde antes la más estrecha relación.

(106) S. GONZÁLEZ I NAVARRO, «Tractament...», *cit.*, pp. 276 y ss. Para un modelo estructural del servicio de régimen abierto en la C.A. País Vasco, *Régimen abierto*, *cit.*, pp. 207 y ss.

(107) A juicio de M. JABARDO QUESADA, todas menos las de los dos últimos apartados del art.263 RP. «Los Centros de integración social», *cit.*, p. 73.

(108) Ver Criterio núm. 11 de los «Criterios refundidos de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria aprobados en la VII Reunión (Madrid, septiembre de 1993)» en *Vigilancia Penitenciaria (VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*, Madrid, 1994, p. 301.

(109) En este sentido, por todos, H. ARUMI I RICART, «Eixos nuclears...», *cit.*, p. 261.

(110) R. BONAL FALGAS, «La comunidad y el régimen abierto», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 240, 1988, p. 117.

ADDENDA

El nuevo reglamento penitenciario de 9 de febrero de 1996

El 9 de febrero de 1996 fue promulgado el Real Decreto 190/1996, por el que se aprobó el nuevo Reglamento Penitenciario (en adelante, NRP), publicado por el BOE núm. 40 de 15 de febrero, y con entrada en vigor, conforme a lo dispuesto por su disposición final única 2, el 25 de mayo de 1996.

Seguidamente, daremos cuenta del contenido del NRP en lo relativo al régimen abierto.

1. Frente a lo que sucedía en la regulación anterior, el NRP sí contiene una *definición o descripción general* de los establecimientos penitenciarios. Conforme al art. 10,1 un Establecimiento penitenciario o centro es una «entidad arquitectónica, administrativa y funcional con organización propia», formada «por unidades, módulos y departamentos que faciliten la distribución y separación de los internos» (art. 10,2) (1). Ello no obstante, sigue sin existir una definición o descripción general de los establecimientos de régimen abierto, que debe deducirse del concepto de régimen abierto: el destinado —en terminología muy similar a la del anterior art. 43 2.^a RP— «a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad» (art. 74,2).

2. La falta de una definición o descripción explícita de los establecimientos de régimen abierto no impide al NRP fijar sus diversas *modalidades*.

(1) El art. 12 se ocupa, además, de los «establecimientos polivalentes», en los que habrá que cuidar «que cada uno de los departamentos, módulos o unidades que los integren tengan garantizados, en igualdad de condiciones, los servicios generales y las prestaciones adecuadas a los fines específicos a que vengán destinados y a los generales del sistema penitenciario y, en especial, el de la separación entre penados y preventivos».

Son establecimientos de régimen abierto (art. 80): los Centros Abiertos y los Centros de Inserción Social, las Secciones Abiertas y las Unidades Dependientes.

- a) Los *Centros Abiertos o de Inserción Social* son establecimientos penitenciarios dedicados a internos en tercer grado (art. 80,2). A este cometido, los Centros de Inserción Social (2) añaden el cumplimiento de las penas de arresto de fin de semana, el seguimiento de penas no privativas de libertad que se atribuya a los servicios penitenciarios y el de los liberados condicionales que se les adscriban (art. 163). Su objetivo: «potenciar las capacidades de inserción social positiva» de los internos «mediante el desarrollo de actividades y programas de tratamiento que favorezcan su incorporación al medio social» (art. 163).
- b) Las *Secciones Abiertas* dependen administrativamente de un establecimiento polivalente y en ella se acoge a internos en tercer grado (art. 80,3).
- c) Las *Unidades Dependientes* (3), ya existentes en la práctica, se regulan ahora para penados clasificados en tercer grado (art.165,5) que acepten con carácter previo y de manera expresa la normativa propia de la Unidad (art.167,2). Se consideran Unidades Dependientes las «instalaciones residenciales situadas fuera de los recintos penitenciarios e incorporadas funcionalmente a la Administración penitenciaria». Decisiva en ellas es la colaboración de entidades públicas o privadas aprobadas por el Centro Directivo (4), necesaria «para facilitar el logro de objetivos específicos de tratamiento penitenciario de internos clasificados

(2) Los Centros de Inserción Social pueden estar orgánica y funcionalmente integrados en un Centro penitenciario o concebirse como centros penitenciarios autónomos (art. 265,6). La orden de creación es la que determina sus órganos correspondientes y se persigue que su funcionamiento (art. 164) esté basado en el principio de confianza y de aceptación voluntaria por el interno de los programas de tratamiento. El art. 164,2 define sus «principios rectores»: a) integración del interno en la vida familiar, social y laboral, así como a través de su atención por los servicios generales, y b) coordinación con organismos e instituciones públicas y privadas dedicadas a la atención y reinserción de los internos. Debido a estos principios se prevé para ellos un «funcionamiento específico» con finalidades, objetivos y normas propias. Estas han de ser promulgadas por el Ministerio de Justicia u órgano autonómico competente (art. 164,4).

(3) Los arts. 165-167 se ocupa de regular las Unidades Dependientes. Se destaca ahí:

— la preferencia por su ubicación «en viviendas ordinarias del entorno comunitario, sin ningún signo de distinción externa relativa a su dedicación» (art. 165,1);

— su dependencia administrativa de un Centro penitenciario (art. 165,3), lo que no obsta a la existencia de normas de funcionamiento interno propias, reguladoras de las obligaciones y derechos específicos de los residentes, el horario general, las normas de convivencia y comunicaciones internas.

(4) Estas gestionarán, «de forma directa y preferente» y sin perjuicio de la participación de la Administración Penitenciaria, «los servicios y prestaciones de carácter formativo, laboral y tratamental que en ellas reciben los internos» (art. 165,2).

en tercer grado» (art. 80,4). Precisamente, el hecho de esta colaboración estable, incorporada a acuerdos o convenios suscritos con la Administración Penitenciaria, se contempla como uno de los elementos fundamentales para su creación, que debe tener lugar por Orden Ministerial (o resolución autonómica equivalente) (166,1).

3. Coherentemente con el contenido del art. 74,2, antes referido, es la *clasificación* (5) en tercer grado la que «determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades» (art. 101,2). Esta clasificación (art. 102,4) es aplicable a los «internos» —también en los establecimientos de jóvenes (art.176)— «que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad» (art. 102,4). No obstante, la regulación ulterior pone de manifiesto que —como en el Reglamento de 1981— sólo los penados pueden acceder al tercer grado (6). También en el NRP la clasificación en tercer grado —que debe ser notificada junto con el informe de la Junta de Tratamiento, al Ministerio Fiscal en los tres días hábiles (art. 107)— exige, con carácter general el cumplimiento de una cuarta parte de la condena, si bien ello no es preciso en los penados con condenas de hasta un año: para éstos la clasificación en tercer grado puede ser la inicial (7). Por lo demás, cabe igualmente prescindir de aquel requisito en dos supuestos: los penados con enfermedades muy graves con padecimientos incurables (8); y cuando concurran, «favorablemente clasificadas, las variables intervinientes en el art. 102,2, valorándose especialmente el historial delictivo y la integración social del penado» y siempre que se haya dejado «transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo» (art. 104,3) (9).

En cuanto al destino a los Centros o Secciones Abiertas y Centros de Inserción Social se rige, conforme al art. 81,2, por «la ejecución del

(5) Para el NRP la clasificación penitenciaria se rige, entre otros, por el principio de flexibilidad, que autoriza excepcionalmente al Equipo Técnico a proponer a la Junta de Tratamiento (la cual deberá someter su decisión —inmediatamente ejecutiva— al Juez de Vigilancia para su aprobación) la adopción, respecto de cada penado, de «un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los (...) grados» en determinadas circunstancias (art. 100,2).

(6) Es más, el NRP es más restrictivo que el RP de 1981 en cuanto a los penados con causas pendientes, al haber hecho desaparecer las excepciones anteriormente admitidas. En la actualidad y sin excepción, los penados en situación de preventivos por causas pendientes no pueden ser clasificados inicialmente «mientras dure esta situación procesal», quedando sin efecto la clasificación realizada cuando les «fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas» (art. 104, 1 y 2).

(7) Si la Junta de Tratamiento lo decide por unanimidad; si la propuesta no es unánime, se remite al Centro directivo (art. 103,9).

(8) Estos «podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad» (art. 104,4).

(9) La *regresión* es consecuencia de la «evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno» (art. 106,3). También

programa individualizado del tratamiento..., tomando en consideración, especialmente, las posibilidades de vinculación familiar del interno y su posible repercusión en el mismo». Por su parte, y respecto de las Unidades Dependientes, lo decisivo es, junto a la aceptación por el interno de las normas de funcionamiento, la adecuación a «los objetivos específicos del programa establecido» (art. 81,3).

4. Definidas las modalidades de establecimientos de régimen abierto y los criterios de destino, el Capt. II, Tít. III se centra en la descripción del *contenido del régimen abierto*.

Con carácter general, éste persigue garantizar un grado de «convivencia normal en toda colectividad civil», inspirándose (como en el anterior RP) en un principio de confianza y con fomento de la responsabilidad y eliminación de «controles rígidos» (art. 81,1).

A) El art. 83 define los *objetivos y principios* del régimen abierto:

Es objetivo central de la actividad penitenciaria en régimen abierto, «potenciar las capacidades de inserción social positiva que presentan los penados clasificados en tercer grado, realizando las tareas de apoyo y de asesoramiento y la cooperación necesaria para favorecer su incorporación progresiva al medio social».

En cuanto a los principios, se formulan textualmente los siguientes:

- «a) Atenuación de las medidas de control, sin perjuicio del establecimiento de programas de seguimiento y evaluación de las actividades realizadas dentro y fuera del Establecimiento.
- b) Autorresponsabilidad, mediante el estímulo de la participación de los internos en la organización de las actividades.
- c) Normalización social e integración, proporcionando al interno, siempre que sea posible, atención a través de los servicios generales de la comunidad para facilitar su participación plena y responsable en la vida familiar, social y laboral.
- d) Prevención para tratar de evitar la desestructuración familiar y social.
- e) Coordinación con cuantos organismos e instituciones públicas o privadas actúen en la atención y reinserción de los reclusos, promoviendo criterios comunes de actuación para conseguir su integración en la sociedad.»

puede derivar del comportamiento del interno en el marco de los permisos de salida —el no regreso de una salida autorizada o permiso determina, en principio, la clasificación provisional en segundo grado a la espera de la reclasificación que siga al reingreso en prisión (art. 108,1)— o por su detención, ingreso en prisión, procesamiento o imputación judicial con base en presuntas nuevas responsabilidades; en este supuesto el Director puede suspender cautelarmente toda nueva salida y acordar la separación interior y pase provisional al régimen ordinario, procediendo inmediatamente la Junta de Tratamiento a su reclasificación (art. 108,3).

B) Sobre la base de estos principios el NRP, como el texto precedente, tiende a posibilitar diversas *formas* de régimen abierto

- de una parte, por la competencia reconocida a las Juntas de Tratamiento para someter a la aprobación del Centro Directivo normas propias de organización y funcionamiento;
- de otra, porque las mismas Juntas de Tratamiento pueden proponer «distintas modalidades en el sistema de vida de los internos», adaptadas a sus características, evolución personal, grados de control y medidas de ayuda que precisen (art. 84). Esta posibilidad de establecimiento de modalidades diferentes de vida, se convierte en obligación respecto de los «internos que en el momento de acceder al tercer grado no dispongan de recursos suficientes para desarrollar una actividad estable en el exterior o tengan carencias importantes en el apoyo familiar o social que dificulten su integración» (art. 84,3).

Aún más, el art.82 establece un «régimen abierto restringido» (con restricción de salidas, controles adicionales) para los penados con trayectoria delictiva peculiar, personalidad anómala o condiciones personales diversas o que no puedan desarrollar un trabajo en el exterior (10). Objetivo de esta modalidad restringida —que debe asimilarse «lo máximo posible» a los principios del régimen abierto (art. 82,4)— es lograr que el interno consiga un medio de subsistencia para el futuro o, al menos, el apoyo de alguna entidad o asociación para «el momento de su salida en libertad» (art. 82,3).

Fuera del cap. III, se contemplan, por último, ciertos regímenes abiertos que podríamos denominar especiales (11):

- el de las internas con hijos menores clasificadas en tercer grado (12), las cuales, en lo posible, deberían ser destinadas a Unidades dependientes exteriores, de modo que los hijos menores puedan «integrarse plenamente en el ámbito laboral y escolar» (art. 180); y,
- para los precisados de tratamiento de deshabitación de su adicción o drogodependencia; en estos supuestos, y en la línea del art. 57 V, 1 RP, estando clasificados en tercer grado, cabe autorizar su asistencia por instituciones extrapenitenciarias,

(10) En el caso de las mujeres penadas, el desempeño de las labores domésticas en su domicilio familiar se asimila al trabajo en el exterior (art. 82,2).

(11) Además, y sin que ello conlleve o requiera una clasificación en tercer grado, entre los programas de tratamiento, se recogen las salidas programadas, los grupos en comunidad terapéutica y hasta la adopción de medidas regimentales especiales para penados clasificados en segundo grado que participan en el exterior en programas especializados necesarios para su tratamiento y reinserción social (arts. 113-117).

(12) El art. 179 permite que la Junta de Tratamiento apruebe un horario adecuado a sus necesidades familiares con el fin de fomentar el contacto con sus hijos en el ambiente familiar, pudiendo pernoctar en el domicilio y permanecer durante el día en el establecimiento durante el tiempo que se determine.

públicas o privadas, dando cuenta al Juez de Vigilancia (art. 182) (13).

C) El contenido del Capt. III, Tít. III se completa con cuatro disposiciones relativas al ingreso en los establecimientos de régimen abierto, salidas, salidas de fin de semana y asistencia sanitaria.

- a) *Ingreso*. El ingreso comienza (art. 85) con dos entrevistas. La primera, «con un profesional del Centro», de carácter informativo (normas de funcionamiento, utilización de servicios y recursos, horarios y demás aspectos reguladores de «la convivencia del Centro»). La segunda entrevista es con un miembro del Equipo Técnico y tiene por cometido reunir una primera impresión cara a la adopción de "las decisiones más adecuadas para el desarrollo de lo establecido en el programa de tratamiento diseñado por la Junta de Tratamiento".
- b) *Salidas*. Siendo principio del régimen abierto la progresiva incorporación al medio social en un régimen de autorresponsabilidad y de atenuación de las medidas de control, el régimen de salidas es flexible con el fin de posibilitar al interno el desarrollo en el exterior de un conjunto amplio de actividades (laborales, formativas, familiares, de tratamiento u otras). Se establece, así, un mínimo de permanencia en el Centro: ocho horas diarias, pernctando en el establecimiento, aun cuando puede evitarse el pernctar si el interesado acepta «el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados... u otros mecanismos de control suficiente» (art. 86,4) (14). El órgano competente para su planificación y regulación es la Junta de Tratamiento, quien debe fijar su horario y periodicidad y prever los mecanismos de control y de seguimiento necesarios (art. 86,2 y 3).
- c) *Salidas de fin de semana* (art. 87). También la Junta de Tratamiento se ocupa de su regulación individualizada, siendo la «norma general» el disfrute de salidas de fin de semana (y para los días festivos) con una duración «desde las dieciséis horas del viernes hasta las ocho horas del lunes» (art. 87,2) (15).

(13) El art. 182,2 recoge las condiciones a que se somete la autorización: programa de deshabitación con compromiso expreso de acogida del interno y comunicación al centro penitenciario de todo tipo de incidencias; consentimiento y compromiso expreso del interno de respeto del régimen de vida de la institución extrapenitenciaria; programa de seguimiento del interno, mutuamente acordado, y con previsión de los controles oportunos establecidos por el Centro y aceptados por el interno.

(14) En estos casos, el tiempo de permanencia en el establecimiento será el preciso para las actividades de tratamiento, entrevistas y controles personales previstos por el programa de tratamiento (art. 86,4).

(15) «Cuando los días festivos sean consecutivos al fin de semana, la salida se ampliará en veinticuatro horas por cada día festivo» (art. 87).

La competencia para la aprobación de horarios diferentes de salidas es, con todo, del Centro Directivo.

- d) *Asistencia sanitaria.* Si, con carácter general, el modelo de atención sanitaria en el ámbito penitenciario (art. 209 NRP) parte de una distribución de los diversos supuestos asistenciales entre los equipos de sanidad penitenciaria (atención primaria) y el Sistema Nacional de Salud (asistencia especializada), en el caso de los internos en régimen abierto, y como consecuencia de los principios de normalización social e integración, la regla es su atención por la red sanitaria pública extrapenitenciaria (art. 88,1) (16). No quiere esto decir que la Administración Penitenciaria pueda desinteresarse de la salud de los internos. Con independencia de que también la atención primaria de los internos se preste en estos supuestos por el Sistema Nacional de Salud —a cuyo efecto, contarán con la ayuda y orientación de los trabajadores sociales del Centro—, el deber de la Administración sigue siendo velar por la vida, integridad y salud de todos los internos (art. 3, II,4 LOGP). En consecuencia, ha de organizar programas de prevención y educación para la salud, y los servicios médicos del Establecimiento deben proceder al seguimiento médico de los internos, coordinándose con los servicios del exterior (art. 88 NRP).

D) Lo anterior no agota la nueva regulación penitenciaria del régimen abierto. Al igual que en el texto anterior, en otros pasajes del NRP sigue habiendo disposiciones —similares a las del viejo RP— directamente relacionadas con él.

- a) Así, entre las competencias del Centro directivo —o del juez o tribunal, cuando se trate de comparecencias ante éstos—, está el autorizar a los penados en tercer grado (o en segundo grado que disfruten de permisos ordinarios) a que realicen los *traslados* por sus propios medios y sin vigilancia, pudiendo, en su caso, la Administración facilitarles «los billetes en el medio de transporte adecuado» (art. 37,1).
- b) En el plano *laboral*, el NRP excluye de la relación laboral especial penitenciaria al trabajo en el exterior prestado por internos en régimen abierto y por sistema de contratación ordinaria por empresas, que —dispone el art. 134,2— se rige «por la legislación laboral común, sin perjuicio de la tutela de la ejecu-

(16) A tal efecto y en el marco del Tít. VI (permisos de salida) se contemplan permisos extraordinarios de salida —sin control ni custodia— de hasta doce horas para consulta ambulatoria extrapenitenciaria y de hasta dos días de duración para ingreso en hospital extrapenitenciario. Si el ingreso excede de dos días, estos permisos deberán ser aprobados por el Centro Directivo (art. 155,4 y 5).

ción de estos contratos que pueda realizarse por la autoridad penitenciaria» (17).

- c) *Relaciones con el exterior*: De manera similar al anterior RP, los internos en tercer grado continúan pudiendo disfrutar de cuantas **comunicaciones orales** (art. 42,1) permita el horario de trabajo.

Respecto de los **permisos de salida**, al margen de las salidas de fin de semana, las salidas programadas (art.114) y los permisos extraordinarios —incluso para asistencia sanitaria extrapenitenciaria (art. 155,4 y 5) (18)—, extinguida la cuarta parte de la condena, y frente a los 36 días previstos para el segundo grado, el NRP en concordancia con el art. 47,2 LOGP reconoce a los clasificados en tercer grado el derecho (19) a un total de 48 días de permisos de salida al año, computables semestralmente y por períodos de hasta siete días (art. 154,1 y 2).

- d) *Participación*: El régimen de participación (art. 56) es también fundamentalmente el previsto por el anterior:

- libertad de constitución de comisiones en las áreas de actividades decididas por los Consejos de dirección como áreas de participación;
- existencia, al menos, de tres comisiones: actividades educativas, culturales y religiosas; actividades recreativas y deportivas; actividades laborales (20);
- composición de las comisiones: al menos, tres internos, asistiendo también el educador o empleado público encargado de la programación y desarrollo de la actividad;
- elecciones anuales (antes, cada seis meses), eligiendo cada interno a dos de los presentados;
- caso de no alcanzar ninguno de los candidatos un 15% de los votos posibles, sorteo entre los candidatos (art. 58).

Los arts. 60 y 61 determinan cuál es el contenido de la participación (21): organización por sí mismos de las actividades; colaboración a efectos organizativos con los funcionarios encargados del área correspondiente; presentación de toda clase de sugerencias (art. 61).

(17) En consecuencia, recoge el art. 152, h) entre las causas de extinción de la relación laboral especial penitenciaria: la contratación con empresas del exterior de penados clasificados en tercer grado.

(18) En la práctica, para los internos en tercer grado no suele utilizarse la vía del art. 155,4.

(19) El art. 4, 2 e) NRP reconoce a los internos de modo explícito, el «derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación».

(20) Con carácter general, la participación en actividades laborales se regula por el art. 140,2 NRP, disposición a la que expresamente remite el art. 61,2 NRP.

(21) Ello no obsta a la existencia de otras normas específicas en el seno de la regulación propia de las actividades educativas, culturales, religiosas, recreativas, deportivas...

- e) Para terminar, y en el seno de la *Acción social penitenciaria*, el art.228 propugna, junto a la coordinación de los servicios penitenciarios con las redes públicas de asistencia social, el apoyo a los clasificados en tercer grado (y liberados condicionales y definitivos y sus familiares) para facilitar su acceso «a las rentas de inserción establecidas por las diferentes Comunidades Autónomas, así como a los restantes servicios sociales y prestaciones de las Administraciones Públicas».

5. *Una primera valoración:*

No cabe duda de que, frente al texto de 1981, el NRP presta una mayor atención al régimen abierto: se definen de manera expresa los objetivos y principios del régimen abierto, las clases de establecimientos y los criterios de destino y de fijación de modalidades de vida, así como las salidas y asistencia sanitaria.

La regulación presenta, además, algunas novedades interesantes: junto a los Centros de Inserción Social y las Unidades Dependientes, destacan aquí: la posibilidad de que el régimen abierto no conlleve obligación de pernoctar y el hecho de que para las mujeres (22) el trabajo doméstico pueda ser considerado como trabajo en el exterior. También se observa cierto esfuerzo en avanzar sobre la normativa anterior, desarrollando de un modo más completo los objetivos y principios del régimen abierto y los criterios sobre los que han de sustentarse las diversas modalidades (en el sistema de vida), permitidas en los establecimientos de régimen abierto previa aprobación (23) por el Centro Directivo. De todos modos, es largo el camino que queda por recorrer en este punto: en particular, para evitar el empleo de formulaciones ambiguas y cuyo alcance está por determinar.

En cualquier caso, la nueva normativa no deja de presentar importantes flancos susceptibles de crítica. De un lado, por la propia dispersión de la materia, atenuada bien es cierto respecto del viejo RP. De otra parte, porque, a pesar de lo dicho, la regulación es en lo esencial conservadora; esto hace que sigan siendo fundamentalmente aplicables gran parte de los comentarios suscitados por el RP anterior.

(22) Aun cuando socialmente pueda acomodarse a la realidad de las capas sociales generalmente objeto de la intervención penitenciaria, desde el prisma del principio de igualdad no resulta fácilmente aceptable que la previsión del art. 82,2 se refiera sólo a las mujeres.

(23) Salvo para el que la doctrina calificó de régimen abierto impropio (anterior art. 43,2 RP), ahora denominado «régimen abierto restringido» por el art. 82.

Eficiencia y Derecho Penal (*)

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra

1. PRELIMINARES

El análisis de hasta qué punto las consideraciones de eficiencia desempeñan algún papel en el ámbito del Derecho penal plantea, de entrada, la necesidad de aclarar *tres extremos*. En primer lugar, la justificación del planteamiento de la cuestión. En efecto, resulta, por un lado, que la corriente de «*Law and Economics*», o análisis económico del Derecho, ha surgido en el ámbito del Derecho privado y del «*case law*» anglo-norteamericano (1). En ese contexto, se suele indicar que sus innovaciones más significativas son «la utilización de técnicas como el análisis coste-beneficio en la elaboración de las políticas jurídi-

(*) Abreviaturas utilizadas: *AFD*: Anuario de Filosofía del Derecho; *BJC*: British Journal of Criminology; *Col.LR*: Columbia Law Review; *GA*: Goltdammer's Archiv für Strafrecht; *IURIS*: Quaderns de Política Jurídica. Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya; *JZ*: Juristenzeitung; *KrimJ*: Kriminologisches Journal; *KritV*: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft; *MschrKrim*: Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform; *RCEC*: Revista del Centro de Estudios Constitucionales; *RFDM*: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; *YLJ*: The Yale Law Journal; *ZfRS*: Zeitschrift für Rechtssoziologie; *ZStW*: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

(1) Cfr. WERNER, *Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht: Eine modernistische Variante generalpräventiver Tendenzen?*, *KritV* 4/1992, pp. 433-451, pp. 433-435. En este texto se prescindirá de examinar las diferencias que separan a las dos grandes escuelas del análisis económico del Derecho: la de Yale (con G. Calabresi a la cabeza) y la de Chicago (con R. Posner como más significado representante). Cfr. el excelente resumen de las principales posiciones de ambas y de la «tercera vía» en MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho. Un intento de reconstrucción teórica*. Madrid 1994, pp. 58 y ss. De todos modos, las tesis del grupo de Chicago serán aquí referencias más próximas.

cas y en la justificación de las decisiones judiciales, la apertura decidida del discurso jurídico al tema de las consecuencias económico-sociales del Derecho, o la consideración de la eficiencia económica como valor jurídico» (2). En cambio, por otro lado, no pocos establecen una estrecha vinculación entre las construcciones del Derecho penal (continental) —sobre todo en lo relativo a la dogmática del delito— y los razonamientos de la *ética de principios*, de raíz kantiana (3). Así las cosas, cabría pensar que el mero planteamiento del tema está fuera de lugar. En efecto, el sistema del Derecho penal tendría una configuración cerrada y apriorística en la que las consideraciones de eficiencia quedarían absolutamente excluidas (4). Frente a tal opinión, sin embargo, lo cierto es, en primer lugar, que en el desarrollo de la Política criminal, desde la aparición de las doctrinas de justificación del Derecho penal «*ne peccetur*» hasta las construcciones actuales de un autor como *Jakobs*, por ejemplo, siempre han ocupado un lugar sustancial los razonamientos consecuencialistas (5). En particular, autores como *Bentham*, *Beccaria*, o *Feuerbach* han sostenido sus conocidas tesis sobre la base de argumentos de muy preciso contenido económico.

Ello explica la siguiente declaración conclusiva en el pionero trabajo de *Gary Becker*: «Lest the reader be repelled by the apparent novelty of an «economic» framework for illegal behavior, let him recall that two important contributors to criminology during the eighteenth and nineteenth centuries, Beccaria and Bentham, explicitly applied an economic calculus. Unfortunately, such an approach has lost favor during the last hundred years, and my ef-

(2) MERCADO, *El análisis*, p. 23.

(3) Sobre la contraposición entre el enfoque utilitarista que sirve de base a la corriente del análisis económico del Derecho y la filosofía clásica alemana, *cfr.* RAHMSDORF, *Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR), Utilitarismus und die klassische deutsche Philosophie*, *Rechtstheorie* 18 (1987), p. 487: el modelo de razonamiento del «análisis económico del Derecho» es un modelo consecuencialista próximo a la escuela filosófica del utilitarismo que opera frecuentemente con un cálculo de ponderación presidido por la idea de «máxima felicidad para la mayoría», mientras que la ética clásica alemana de origen kantiano rechaza de modo riguroso las consideraciones de utilidad o consecuencialistas como base de una valoración moral de las acciones. Ello, con independencia de que sea posible establecer algunas vías de comunicación entre ambas tendencias, como en el propio trabajo de Rahmsdorf se pone de manifiesto.

(4) Reconoce esta apariencia que suscita el Derecho penal POSNER, *An Economic Theory of the Criminal Law*, *Col. LR* 85, 1985, pp. 1193-1231, p. 1194, acabando, sin embargo, por concluir (p. 1230) que responde a una evidente lógica económica, que, aunque no sea explícita, sí aparece de modo implícito en jueces y legisladores.

(5) Cuestión distinta es la de en qué medida esa «orientación a las consecuencias» se traslada de la Política criminal a la propia teoría jurídica del delito o a la dogmática de los tipos de la Parte especial. Otro problema es, además, qué cabe entender por «orientación a las consecuencias», o de qué consecuencias se trata. Ello, tanto en la Política criminal, como en la propia dogmática: esto es, si se entiende que se trata aquí de un puro análisis instrumental o, más bien, que debe entrarse también en análisis valorativos. El debate entre las opciones representativas de una mera «*Zweckrationalität*» y las que consideran también una «*Wertrationalität*» queda así planteado.

forts can be viewed as a resurrection, modernization, and thereby I hope improvement, of these much earlier pioneering studies» (6).

Pero es que, en segundo lugar, de una parte, la propia dogmática de la teoría del delito tiende a elaborarse desde perspectivas teleológicas, muy aptas para acoger en su seno consideraciones de eficiencia. De otra parte, la vinculación entre las concepciones del Derecho penal y el análisis de eficiencia económica se hace especialmente evidente en nuestro tiempo, en que desde muy diversas perspectivas se promueve un Derecho penal cuya metodología se oriente a las ciencias sociales (7). Ciertamente es que, al menos en el ámbito continental, por un lado, el consecuencialismo en Derecho penal ha hallado y halla especialmente hoy no pocos contradictores. Y que, por otro lado, el pensamiento consecuencialista más extendido está siendo, en el ámbito del Derecho penal, el funcionalista, y no precisamente el del análisis económico (8). Pero, en todo caso, ello muestra que el planteamiento de la cuestión relativa a la eficiencia en Derecho penal no sólo no está fuera de lugar sino que, por el contrario, resulta perfectamente oportuno en un momento en que la discusión entre principialistas y consecuencialistas se halla en pleno apogeo (9).

Una segunda cuestión que procede aclarar es qué cabe entender por eficiencia. En realidad, lo primero que habría que determinar al respecto es si el análisis económico de los fenómenos humanos (y entre ellos, del Derecho) parte tan sólo de la *eficiencia como principio normativo*, que opera a modo de baremo de corrección ideal de actos o regulaciones, o, además, parte del *actuar eficiente como un fenómeno real*, existente (10).

(6) BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968), en Becker/ Landes, *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York 1974, p. 45. También POSNER, *Col.LR* 85, 1985, p. 1193 reconoce a Beccaria y Bentham el papel de precursores; EL MISMO, *Economic Analysis of Law*, 4.ª ed., Boston / Toronto / London 1992, p. 22, nota 2.

(7) Cfr. simplemente la obra de HASSEMER/ LÜDERSSEN/ NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* Frankfurt 1983. Sobre el hecho de que el «análisis económico del Derecho» rescata el viejo tema de la posibilidad de estudiar el Derecho desde las ciencias sociales, MERCADO, *El análisis*, p. 33.

(8) Sobre el carácter «consecuencialista» del análisis económico del Derecho, MERCADO, *El análisis*, p. 49.

(9) No en vano, la *Strafrechtslehrertagung*, reunión anual de los penalistas de lengua alemana, que en 1995 se celebró en la ciudad de Rostock en los días 25 al 28 de mayo, llevaba por título el sugerente tema «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropaischem' Prinzipiendenken». Discutiendo, con razón, que esos sean los exactos términos de la discusión jurídico-penal en el momento actual, SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, *GA* 1995, 201-229, en especial 217-218.

(10) Tiene sentido plantear la cuestión porque, como veremos, por un lado, al analizar, entre otras, la conducta delictiva se parte del *actuar eficiente como una realidad (empírica)* característica del hombre, que se concibe como *homo oeconomicus*; por otro lado, en cambio, al analizar las regulaciones jurídicas —indudables productos humanos— en absoluto se da por sentado que sean productos eficientes, sino que por el contrario se confrontan con el *principio (normativo) de eficiencia*, a fin de promover precisamente su mayor eficiencia. Ello es debido a que, incluso a partir de la idea de que los hombres se comportan como individuos racionales, maximizadores de sus intereses

Resuelto esto, sería preciso establecer qué cabe entender por eficiencia como principio jurídico, o adaptación jurídica de un concepto económico (11). Como es sabido, se manejan al respecto conceptos diversos, siendo usual la contraposición de los de *Pareto* y *Kaldor-Hicks* (12). La consideración de la eficiencia en el ámbito del Derecho penal parece que debe servir de este último que, sin duda, resulta el más próximo a la *tradición del utilitarismo*, en la que deben buscarse los precedentes de cualquier análisis de eficiencia económica en nuestra disciplina (13). En efecto, cuando se habla de eficiencia en Derecho penal, parece pensarse ante todo en esto: no precisamente en la conducta que aportando beneficios para todos no perjudica a nadie (no es vetada por nadie) (14), sino en aquella conducta cuyos beneficios globales (sociales) superan a los costes, con independencia de que estos costes recaigan sobre alguien en concreto y, en esa medida, le perjudiquen (15).

A mi entender, no puede cabe duda de que el análisis económico del Derecho se sitúa en el marco general de las corrientes utilitaristas. Ello, de entrada, quiere decir que quien se muestre crítico frente al utilitarismo, *a fortiori* habrá de mostrarse crítico con la metodología del análisis económico del Derecho. Ahora bien, el movimiento de «*Law and Economics*», al menos en sus manifestaciones más ortodoxas, aparece como una versión estrecha del utilitarismo, en la medida en que el baremo que se acoge es el del «*wealth maximization principle*» entendido por reconducción a precios, a dólares (16). De ahí que podría suceder que incluso partidarios del utilitarismo se muestren críticos frente al principio de eficiencia económica tal como lo entiende el análisis económico del Derecho (17). En realidad —y el tema es aquí de no poca trascendencia— es posible que el mo-

privados, la eficiencia social requiere un mercado de competencia perfecta (definido por un elevado número de compradores y vendedores de forma que ninguno pueda influir sobre el precio, que poseen una información completa en el proceso de determinación del precio y en el que todos los recursos son libremente transferibles) (MERCADO, *El análisis*, p. 134).

(11) Al respecto, EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Diss. München April 1994, subrayando de entrada (pp. 20 y ss.) la vinculación de esta noción con el utilitarismo, aunque luego pone de relieve diferencias (pp. 178 y ss., 187 y ss., 321-322).

(12) Sobre ellos, KÜBLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, en *Festschrift für Ernst Steindorff*, Berlin / New York 1990, pp. 687-704, p. 694-695; de modo extenso, EIDENMÜLLER, *Effizienz*, p. 46 y ss., 50 y ss., respectivamente.

(13) Sobre la relación entre el utilitarismo y el análisis económico del Derecho, cfr. SEIDMAN, *Soldiers, Martyrs, and Criminals: Utilitarian Theory and the Problem of Crime Control*, *YLJ* 94, 1984, pp. 315-349, p. 315 nota 3; en concreto, sobre el utilitarismo de la *regla* y del *acto* en relación con el análisis económico del Derecho, p. 318.

(14) En la línea de PARETO.

(15) En la línea del teorema de KALDOR-HICKS, según el cual una medida es correcta cuando las ganancias de los beneficiados superan las pérdidas de los perjudicados de modo que los primeros pueden indemnizar a los segundos.

(16) Cfr. MERCADO, *El análisis*, p. 57.

(17) Ese podría ser el caso de CID MOLINÉ, *¿Pena justa o pena útil?*, Madrid 1994, pp. 271 y ss., cuando, tras pasar revista al debate español sobre los fines de la pena, acoge una tesis utilitarista (por ejemplo, pp. 284 y ss., 287, 291: «creo que el utilitarismo justifica las garantías penales del liberalismo porque, con carácter general, mediante ellas es posible el doble objetivo de minimizar la violencia por parte del resto de individuos y de minimizar la violencia del estado»).

delo utilitarista tenga una mayor capacidad de integración de la valoración de derechos, libertades o garantías que el modelo del análisis económico. Porque, como se verá, una cuestión central en relación con el principio de eficiencia es la de cómo incluir en el cálculo de coste-beneficio principios de libertad, dignidad o proporcionalidad. Algo que, probablemente ofrecería menos dudas desde modelos de utilitarismo de la regla como los que pueden subyacer a las tesis contractualistas.

En tercer lugar, debe aclararse qué se entiende por Derecho penal, a la hora de establecer análisis de eficiencia y cómo se va a abordar aquí la relación entre uno y otra. Porque, desde luego, el enfoque más directo de la cuestión consistiría en examinar el sistema penal de control en su conjunto —«*criminal law enforcement system*»— (organización de la policía, aspectos orgánicos, procesales, sustantivos, penitenciarios, del ordenamiento jurídico-penal) y determinar, mediante los correspondientes cálculos, su grado de eficiencia. Un enfoque de esta índole, necesariamente econométrico, escapa a nuestras posibilidades (18). Por ello, parece claro que aquí cabe efectuar dos consideraciones básicas. Por un lado, que nuestra perspectiva será estrictamente metodológica, o de principio. Por otro lado, que tal perspectiva puede aplicarse a dos grandes bloques de cuestiones. De una parte, a la Política criminal, entendida como conjunto de principios fundadores del *ius puniendi*. De otra parte, a la Dogmática del delito, como conjunto de estructuras y principios de imputación del hecho delictivo. Ya de entrada conviene indicar que, por obvias razones de limitación de espacio, esta segunda parte habrá de quedar fuera de la presente exposición.

2. EL DELITO COMO CLASE DE ACTOS INEFICIENTES Y EL DELINCUENTE COMO SUJETO RACIONAL

El análisis económico del Derecho penal supone, como se ha podido comprobar, la adopción de una perspectiva consecuencialista y orientada a las ciencias sociales en el análisis de los fenómenos jurídico-penalmente relevantes. Desde esta perspectiva, en primer lugar, el delito es, obviamente una clase de los actos socialmente indeseables porque sus consecuencias, esto es, el daño que cabe esperar de aquél es superior a los beneficios sociales que, asimismo, cabe esperar que el mismo aporte (19). Por eso resulta posible calificar al delito como he-

(18) Un trabajo muy interesante en esta línea, para el conjunto del sistema judicial, es el de PASTOR PRIETO, *¡Ah de la Justicia! Política judicial y economía*, Madrid, 1993, con amplias referencias; una aplicación de este modelo de análisis en un campo concreto se encuentra también en PASTOR PRIETO, *Heroína y política criminal. Un enfoque alternativo*, en *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Madrid 1986, pp. 225 y ss.

(19) SHAVELL, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as deterrent*, *Col.LR* 85, 1985, pp. 1232-1262, p. 1234. Sobre el coste del delito, *cfr.*, de modo general, BECKER, en Becker/ Landes, *Essays*, pp. 2 y ss.

cho ineficiente caracterizado por la transferencia puramente coactiva de riqueza (20), realizada al margen del mercado, que constituye el medio de la más eficiente asignación de recursos. Esto, que se corresponde con la clásica visión de *malum actionis* (21), es obvio: si el delito fuera beneficioso o simplemente neutro, carecería de sentido tratar de evitar su comisión (22).

Ahora bien, sentado que el delito es un acto ineficiente (23), la cuestión es cómo hacer frente a su comisión tratando, al menos, de reducir su frecuencia a fin de que, en su conjunto, el sistema sea lo más eficiente posible. Aquí es donde debe introducirse, a mi juicio, uno de los axiomas fundamentales de esta perspectiva metodológica.

La economía —se dice— es la ciencia de la elección racional en un mundo en el que los recursos son limitados en relación con las necesidades y deseos humanos. La conducta humana sigue el criterio de la elección racional, tratando de conseguir su propio interés en la mayor medida posible. Tratando de conseguirlo, los sujetos responden a incentivos (24).

A partir de ahí, el análisis económico del Derecho penal sostiene que los destinatarios de éste son sujetos racionales, que, también en su actuación delictiva, obran siguiendo consideraciones de eficiencia, esto es, calculando los costes y beneficios que cada acción les reporta (25). Ello determina que si, en el margen de información de que se dispone,

(20) En detalle sobre los mecanismos a través de los que ello sucede, POSNER, *Col. LR 85*, 1985, 1195 y ss.

(21) Cfr. BENTHAM, *Compendio de los Tratados de legislación civil y penal*. Tomo I (con notas por D. Joaquín Escriche), 2.ª ed., Madrid 1839, p. 28: «...resulta que hay actos que producen más mal que bien; y con efecto los actos tenidos por tales con razón o sin ella son los que los legisladores han prohibido con ciertas penas, convirtiéndolos en delito, que no es otra cosa que un acto prohibido»; pp. 32-33. EL MISMO, *Compendio*, Tomo II, p. 3.

(22) BENTHAM, *Compendio*, II, p. 49: «La pena es mal fundada cuando no hay verdadero delito, ni mal de primero ni de segundo orden, como en la herejía y el sortilegio, o cuando el mal está más que compensado con el bien, como en la defensa de sí mismo».

(23) Lo que tiene, además, la no menospreciable consecuencia de que el delito lo es en sí y no meramente en virtud de una definición o etiquetamiento (en la línea del *labelling approach*).

(24) POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., pp. 3-4.

(25) Cfr. EHRLICH, *Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis* (1973), en Becker / Landes, *Essays*, pp. 68-134, p. 70: «Any violation of the law can be conceived of as a yielding a potential increase in the offenders pecuniary wealth, his psychic well-being or both. In violating the law, one also risks a reduction in one's wealth and well-being (...) As an alternative to violating the law one may engage in a legal wealth or consumption-generating activity, which may also be subject to specific risks. The net gain in both activities is thus subject to uncertainty»; WITTIG, *Der rationale Verbrecher. Der ökonomische Ansatz zur Erklärung kriminellen Verhaltens*, Berlin 1993, p. 176: en efecto, para la teoría económica de la criminalidad el delito es una actividad económica que se rige, como todas, por la ley de la oferta y la demanda. Sobre los costes y beneficios de diversa índole en el caso del delito y de sus alternativas, POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 223.

una de las alternativas de comportamiento se hace menos ventajosa, por una variación de las circunstancias, disminuye la probabilidad de que se opte por ella (26). En particular, un sujeto cometerá un hecho delictivo sólo si la sanción esperada es inferior a los beneficios privados esperados de la comisión del acto (27). Tal descripción responde a la teoría (criminológica, en nuestro caso) del comportamiento racional, o del «*rational choice*»: en otros términos, de la imagen del hombre como «*homme machine*» u «*homo oeconomicus*» (28), opuesto a un «*homo sociologicus*». El pensamiento económico de la criminología, en efecto, no busca la respuesta a la pregunta acerca de por qué delinquen los hombres en condiciones de la personalidad o del ambiente, sino que trata de explicar la criminalidad como un comportamiento basado en la decisión racional que trata de maximizar el beneficio: tanto los hombres en general, como los delincuentes en particular, responden a incentivos en este sentido (29). Este modelo, además, permite sostener, frente a lo que otras concepciones defienden, que entre el sujeto delincuente y el no delincuente no hay diferencias estructurales (no hay un sujeto «normal» y un sujeto «desviado»), sino que ambos operan siguiendo idénticos principios. Son, en definitiva, factores situacionales, o de confluencia de motivaciones favorables y contrarias, los que dan lugar o no a la comisión del hecho delictivo (30). Como se observará, consideraciones liberales de igualdad formal entre los ciudadanos no son en absoluto ajenas

(26) KIRCHGÄSSNER, *Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre?*, JZ 1991, pp. 104-111, p. 106. Por razones de elasticidad de la demanda.

(27) SHAVELL, *Col. LR* 1985, p. 1235; POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 223.

(28) Sobre este modelo de hombre RADBRUCH, *Der Mensch im Recht* (1927), en *Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts*, 2.ª ed., Göttingen 1957, pp. 9-22, p. 12. Ahí se muestra este modelo de hombre, egoísta e inteligente, que simplemente persigue su interés individual bien entendido, como un producto de las tesis de la Ilustración y del Derecho natural. Se trataría del modelo de hombre propio del Estado liberal, cuya consideración repercutiría en todas las ramas del Ordenamiento jurídico (p. 14). En este mismo sentido TORIO LÓPEZ, *El sustrato antropológico de las teorías penales*, RFDUM 11 monográfico (Estudios de Derecho penal en homenaje al Prof. Jiménez de Asúa), junio 1986, pp. 667-678, pp. 671 y ss., 673. Cfr. también KIRCHGÄSSNER, JZ 1991, p. 110; WERNER, *KritV* 4/1992, pp. 443 y ss.; KUNZ, *Kriminologie*, Bern / Stuttgart / Wien 1994, p. 85 n.º marg. 3. Relacionando a este modelo de hombre con la economía neoclásica, WITTIG, *Der rationale*, p. 176; MERCADO, *El análisis*, pp. 112 y ss. Cfr., en fin, CALSAMIGLIA, *Justicia, eficiencia y Derecho*, en RCEC 1, sept.-dic. 1988, pp. 305-335, pp. 311 y ss.

(29) Muy clara la contraposición entre ambos modelos (o entre ambas formas de entender la criminalidad) en SMETTAN, *Kosten, Nutzen und Risiko des Straftäters*, *MschKrim* 1992, pp. 19-31, pp. 20-21. Por lo demás, sobre el «*homo oeconomicus*» han sido muy significativas las investigaciones empíricas de Isaac Ehrlich. Cfr., sobre todo, EHRlich, *Participation*, en Becker / Landes, *Essays*, pp. 68 y ss., 111; también, por ejemplo, EHRlich, *On positive Methodology, Ethics, and Polemics in Deterrence Research*, *BJC* 22-2 (April 1982), pp. 124-139.

(30) KUNZ, *Kriminologie*, pp. 85-86, n.º marg. 4.

a esta forma de ver las cosas. Pero debe subrayarse cómo el efecto es considerablemente menos estigmatizante y más realmente igualitario que el de otros principios supuestamente más «progresistas».

En lo anterior ha quedado establecido que la teoría económica del delito parte de que los hombres actúan en virtud de cálculos de coste-beneficio incluso a la hora de cometer delitos (31). Conviene entonces añadir, por un lado, que ello no sería específico de modelos de individuos especialmente calculadores (así, de la delincuencia económica o, en general, de la criminalidad organizada), sino que podría predicarse de modo general (32). Ahora bien, por otro lado, también es cierto que la proposición central podría formularse en términos más moderados señalándose que, en todo caso, la decisión de cometer un delito no tiene lugar de modo independiente de incentivos tal como éstos se perciben convencionalmente (33). Asimismo, cabría admitir que las conminaciones penales no tengan el mismo efecto en determinados grupos de individuos o de delitos (34).

Como es obvio, la crítica fundamental a este planteamiento es de índole metodológica general. Se trata de cuestionar si el modelo de «*homo oeconomicus*» responde, no ya a la imagen de hombre que debe tener el Derecho penal, sino el Derecho en general. A este respecto, señala ahora taxativamente *Kunz*:

«El cálculo económico del castigo de la escuela clásica se ajustaba a una sociedad de *citoyens* iguales, emancipados económica y políticamente. Con el advenimiento del proletariado industrial y un creciente endurecimiento de la confrontación de clases pierde la concepción de Beccaria su referencia social» (35).

(31) Aunque con algunos matices: quizá no todos; entendiéndose por incentivo no sólo aquello que sea formulable en términos de precio; y, en fin, sin excluirse variaciones en cuanto al poder de incidencia de los incentivos en atención a las diversas características de la personalidad: EHRlich, *BJC* 22-2, 1982, pp. 126-127. Asimismo, EHRlich, en Becker / Landes, *Essays*, p. 111, concediendo que la idea de que los delincuentes, como grupo, responden a incentivos no implica que el grado de su respuesta sea idéntico al resto de la gente o que sean similares al resto en los demás aspectos.

(32) POSNER, *Economic Analysis*, 4.^a ed., p. 224.

(33) EHRlich, *BJC*, 22-2, 1982, p. 136: «there is no a priori scientific reason to rule out the possibility that offenders respond to incentives or that both certainty and severity of punishment deter crime». Sin embargo, y ello es importante, EHRlich, en Becker / Landes, *Essays*, p. 111: «We do emphasize, however, the role of opportunities available in competing legitimate and illegitimate activities in determining the extent of an offender's participation in the latter and thus, indirectly, also in determining the extent of his response to incentives». La evidencia de la incidencia en toda esta materia de los «costes de oportunidad» de la acción delictiva, se pone, así, de relieve.

(34) FRANK, *Ökonomische Modelle der Abschreckung*, *KrimJ* 1987, pp. 55-65, p. 55.

(35) KUNZ, *Kriminologie*, p. 89-90, n.º marg. 1. Crítico de modo manifiesto, HERZOG, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts?*, Frankfurt 1987, p. 41.

La idea aparece con gran claridad en *Radbruch*, quien entiende que entonces

«...se muestra que el hombre delincuente no está en absoluto en condiciones de ponderar fríamente ventajas e inconvenientes de su conducta y elegir el camino más beneficioso para él, que más bien es preciso corregirlo, esto es, alzarlo para que entienda su propio interés y siga su interés correctamente entendido» (36).

En el ámbito del Derecho penal, esta postura contraria dió lugar a la concepción del delincuente como sujeto patológico (*homo sociologicus*) (37) que está en la base de la Política criminal de finales del S. XIX y principios del S. XX. Esta, correlato de las ideas del Estado social, explica, por ejemplo, la introducción de las medidas de seguridad, incluso con voluntad de sustituir a la pena, y la difusión de la ideología terapéutica.

Así las cosas, el tema central sería el de la determinación de si el modelo de hombre del Estado moderno es el del Estado liberal o el del Estado social o, más bien, una superación de ambos, en cuyo caso correspondería analizar cuáles son sus características. Con todo, la discusión sobre las «imágenes de hombre» en el Derecho probablemente desbordaría con mucho lo que es posible en este marco. Entraremos, por ello, más bien, a analizar si el delincuente puede ser estimado un *homo oeconomicus* y, en su caso, en qué medida. El estado de la cuestión es relativamente fácil de describir. Muchos de los penalistas y, sobre todo, los criminólogos de nuestra cultura jurídica niegan esta proposición de modo bastante categórico, sentando su falta de realismo (38), siempre, o casi siempre, en la línea de privar de fundamento a las tesis clásicas de la prevención general negativa o intimidatoria (39). Con frecuencia se alude, a tal efecto, a ejemplos provenientes de la criminalidad juvenil o pasional. Así reprocha *Hassemer* a la rigidez jurídico-racionalista de la idea preventiva general que

«desprecia soberanamente la "irracionalidad" fáctica de las personas. La teoría de la prevención general espera un *homo oeconomicus* que generalmente no existe. Supone que el delincuente potencial pondera los inconvenientes y ven-

(36) RADBRUCH, *Der Mensch*, pp. 15-16. La tesis de la «corrección» pone de relieve la existencia de una pluralidad de tipos psicológicos de sujetos, frente al tipo único antes definido: así se distinguen el delincuente ocasional y el habitual, el corregible y el incorregible.

(37) Lo apunta RADBRUCH, *Der Mensch*, p. 16: «La nueva doctrina del Derecho penal puede denominarse con razón doctrina sociológica del Derecho penal, porque atribuye relevancia jurídica a una serie de elementos hasta ahora sólo sociológicos»; «la nueva imagen del hombre es, en relación con el esquema de libertad, egoísmo e inteligencia de la época liberal, un tipo mucho más próximo a la vida, en cuya concepción se incluye la situación de poder intelectual, económica y social del sujeto jurídico».

(38) WITTIG, *Der rationale*, pp. 159-160.

(39) De modo ejemplar, últimamente, SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik für Menschen*, Frankfurt 1991, pp. 37 y ss., en especial, a este respecto, pp. 40-41. También WITTIG, *Der rationale*, p. 161.

tajas de su hecho y que luego desiste de cometerlo porque el sistema jurídico-penal, con la conminación penal y con la posibilidad de ejecución de la pena, ha tenido cuidado de que no merezca la pena cometerlo» (40).

En efecto, siempre según *Hassemer*,

«...la psicología del delincuente potencial sólo raras veces alcanza el grado de racionalidad que presupone la teoría de la prevención general. Como han demostrado especialmente las investigaciones sobre el efecto intimidatorio de la pena de muerte (actualmente abolida), el delincuente normalmente no se motiva por la amenaza de esta pena, sino por la idea de cuáles son las posibilidades de no ser descubierto» (41).

Más fácil, con todo, parece ser la aceptación del modelo de *homo oeconomicus* para la delincuencia económica (42). Para los demás casos, la tesis del comportamiento racional y de la consiguiente motivación por la conminación penal es tachada de «demasiado simple» (43) o, sencillamente, de no mostrar verosimilitud real, por no ser conforme con los desarrollos y las investigaciones empíricas de las ciencias sociales: la psicología cognitiva, en particular (44). Esta, en efecto, conduciría a una crítica general del modelo porque pone de relieve que, debido al desconocimiento del sistema de preferencias y del estado de información del sujeto, no es posible conocer qué alternativa de comportamiento aparece como más útil en el caso concreto (45). Así, se parte de que el hombre, dadas sus limitaciones en la obtención y el procesamiento de información, no actúa nunca de modo plenamente racional, sino que se dan variables en función de valores, conviccio-

(40) HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, (trad. y notas Muñoz Conde/ Arroyo Zapatero), Barcelona 1984, p. 384, aprovechando para criticar el análisis económico del Derecho en nota 76.

(41) HASSEMER, *Fundamentos*, p. 386. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik*, p. 41, subrayando asimismo que, en todo caso, lo que influye es el riesgo de ser descubierto y perseguido más que el de ser castigado en una medida concreta.

(42) HASSEMER, *Fundamentos*, p. 386; KUNZ, *Kriminologie*, pp. 88-89 n.º marg. 10. Cfr., además, SCHÜNEMANN, ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? (trad. Rodríguez Montañés), en *Jornadas sobre la «Reforma del Derecho penal en Alemania»*, Madrid CGPJ 1991, pp. 31 y ss., 44: «Puede ser que en los delitos cometidos espontáneamente, como enseña la investigación criminológica, no se consiga gran cosa con el agravamiento de la pena, pero existen razones de peso y, en mi opinión, las mejores razones para que rija algo distinto en el sector de la criminalidad económica, planteado según cálculos de utilidad-coste y, por ello, racionalmente calculado, en tanto que sólo el riesgo de ser descubierto no puede ser descuidado por el autor».

(43) KUNZ, *Kriminologie*, p. 88 n.º marg. 10; WITTIG, *Der rationale*, p. 179: el modelo no se ajusta a la complejidad del hombre.

(44) LUDERSSEN, *Law and Economics en la Política Criminal*, en Dret, economía i empresa, *IURIS* 3/1994, pp. 57-71, pp. 66 y ss., poniendo de relieve que la psicología cognitiva ha mostrado la importancia de las reacciones rutinarias o de los hechos irracionales, incluso, sorprendentemente, en el campo del delito económico. Asimismo, HERZOG, *Prävention*, pp. 46, 47-48; WITTIG, *Der rationale*, pp. 102 y 103-104.

(45) WITTIG, *Der rationale*, p. 138.

nes, etc. (46). La consecuencia de esta planteamiento sería, en definitiva, el redescubrimiento de la diversidad de los individuos, permitiendo rechazar la novedad revolucionaria de la teoría económica, a saber, su mecanicismo asentado sobre «la calculabilidad del comportamiento criminal» (47).

Ahora bien, lo cierto es, en primer lugar, que desde el planteamiento criticado nunca se ha pretendido afirmar que en el comportamiento delictivo sólo incidan cálculos de coste-beneficio, sino que se admite obviamente la existencia de otros factores en la comisión de delitos (48). En segundo lugar, incluso los autores contrarios a las tesis del delincuente racional no dejan de reconocer que los incrementos o disminuciones del grado de probabilidad de ser aprehendido y sancionado sí inciden sobre el individuo. Ahora bien, eso es un reconocimiento tácito de que el delincuente, en una medida por determinar, si así se quiere, no es del todo ajeno a un cálculo racional de costes como el reseñado (49). En tercer lugar, de la teoría del comportamiento racional se extrae una consecuencia nada desdeñable en el cuadro general de una Política criminal humana: a saber, si lo que mueve al delincuente es que el delito le reporta más beneficios que un comportamiento legal alternativo, parece evidente que la criminalidad no sólo se afecta por variables en la disuasión, que introduzcan mayores costes sobre la acción delictiva, sino también por variables en las alternativas legales, que las hagan aparecer como más beneficiosas: por ejemplo, una reducción del paro (50). En fin, en cuanto a la fiabilidad empírica, del lado de los autores que sostienen el análisis económico del Derecho se aporta un arsenal empírico en favor de sus tesis que no se encuentra suficientemente desmentido en el otro lado (51).

(46) WITTIG, *Der rationale*, pp. 159-60.

(47) WITTIG, *Der rationale*, p. 178.

(48) Lo pone de relieve VANBERG, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, Tübingen 1982, pp. 28 y ss.; aspectos morales, sociales, etc.; KIRCHGÄSSNER, *JZ* 1991, pp. 106-107.

(49) Así VANBERG, *Verbrechen*, pp. 22 y ss.: por un lado, desde el momento en que se acepta que el sujeto realiza algún cálculo, aunque se refiera sólo al mero hecho de ser o no descubierto, ya se está aceptando el principio; por otro lado, el que se rechace la existencia de una total eficacia intimidatoria no tiene en cuenta que la finalidad pretendida es la contención y no una imposible erradicación del delito. Como añade KIRCHGÄSSNER, *JZ* 1991, p. 108, hay buenas razones para partir de esa auto-utilidad, aunque se acepte también la idea de que, en muchas ocasiones, los hombres se comportan de manera desinteresada.

(50) Cfr. FRANK, *Die «Rationalität» einer ökonomischen Analyse des Rechts*, *ZfRS* 7 (1986), pp. 191-211, 205-206; EL MISMO, *KrimJ* 1987, p. 56 y, sobre todo, 59-60.

(51) Son fundamentales los trabajos de Ehrlich, tanto los ya citados como otros; sobre estas y otras investigaciones que probarían el efecto preventivo de modificaciones en la gravedad de la pena y en la probabilidad de ser aprehendido, VANBERG, *Verbrechen*, pp. 37 y ss.; FRANK, *KrimJ* 1987, 56-58.

De hecho, son otros los aspectos que, desde mi punto de vista, pueden resultar más problemáticos (52). Así, en particular, si el modelo parte de un cálculo individual realizado por cada sujeto, en términos de la denominada *Subjective Expected Utility* (53), lo cierto es que resulta inevitable entrar en un ámbito en el que los conceptos de coste y beneficio puedan llegar a ser distintos para cada individuo (54). En efecto por un lado, como señala *Mercado* (55):

«Al no existir algo que pueda medir la utilidad, se puede atribuir esta finalidad a cualquier comportamiento; partiendo de que todo individuo actúa según su propio interés, o según sus deseos o preferencias, y no definiendo lo que se entiende por interés, es casi imposible demostrar que alguien actúa en contra de sus intereses...».

Por otro lado, la cuantificación de los denominados «costes morales» (56), parece que podría conducir a la disolución del propio modelo: pues, ciertamente, resulta discutible que todo eso pueda reducirse a un «precio».

Como apunta *Koller*, a la vista de la pluralidad y complejidad de factores que han de tenerse en cuenta, «scheint sich von vornherein ihrer Zurichtung für die Erfordernisse eines extrem mathematisierten Modells entgegenzustellen» (57).

En realidad, no se trata aquí sino de una manifestación más de la crítica a la eficiencia como baremo indefinido o vago de análisis (58), o en todo caso, como baremo al que se sustraen algunos de los elementos que para el Derecho penal sí resultan relevantes (59). En fin, junto a eso, se darían otras objeciones para advertir en la «relación jurídico-penal» las condiciones del mercado ideal (60).

(52) En particular, si actuamos en virtud de una racionalidad estrictamente utilitaria parece que hemos de tener el volumen de delito que queremos, puesto que realmente podemos tenerlo, sabiendo —como sabemos— que podemos dedicar a la prevención cuantos recursos queramos con tal de que su coste marginal sea inferior que el coste marginal del delito: SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, pp. 316-317.

(53) Sobre ello, SMETTAN, *MschKrim* 1992, pp. 21 y ss.

(54) Por un lado, por los diferentes grados de información; por otro lado, por las diversas preferencias. Sobre ambos extremos, KOLLER, *Probleme der utilitaristischen Strafrechtfertigung*, *ZStW* 91 (1979), pp. 45-95, pp. 79 y ss., p. 80.

(55) *El análisis*, p. 124.

(56) SMETTAN, *MschKrim* 1992, p. 27 nota 19.

(57) KOLLER, *ZStW* 91 (1979), p. 82.

(58) Cfr. sobre esta crítica KÜBLER, *Steindorff-FS*, pp. 694 y ss.

(59) Además, conviene no olvidar que en el cálculo entran no sólo el interés en sí de que se trate, sino también el grado de su probabilidad de afectación, lo que todavía hace más complejo el esquema.

(60) Sobre las condiciones del mercado ideal cfr. por ejemplo CALSAMIGLIA, *RCEC* 1 sept.-dic. 1988, pp. 815-316, de las que, en lo que aquí interesa es fundamental la que alude al carácter completo de la información que han de tener los sujetos que intervienen en él.

Con todo, las anteriores observaciones expresan aspectos que, con precisiones o matizaciones, pueden ser asumidos en el marco de un análisis económico del Derecho penal. En cambio, la tesis opuesta, la del rechazo categórico de la racionalidad del delincuente, tiene, a mi entender, efectos radicales e inasumibles. En efecto, si el delincuente no es, ni en alguna medida, racional, entonces la prevención por normas carece de sentido (siendo ésta, sin embargo, lo más característico —y lo más liberal— del Derecho penal), quedando sólo la prevención «técnica», así como la prevención especial por tratamiento o inocuización. En otras palabras, no es razonable conminar con disutilidades a quien no incluye el cálculo de las mismas en su toma de decisiones. Otra cosa es que la racionalidad del delincuente deba reducirse a una mera racionalidad instrumental o utilitaria, o deba, por contra, entenderse ampliada a una racionalidad valorativa (61). De acogerse esto último, el efecto disuasorio de las normas penales no radicaría únicamente en el factor intimidatorio de la amenaza de pena, sino también en el aspecto de comunicación del valor, relativo a la declaración de la gravedad del hecho. Aquí se trataría de elementos de convicción mediante la determinación conforme a sentido. En todo caso, tal línea es sumamente importante porque, de ser aceptada, indicaría que en el «cálculo» del delincuente potencial no sólo entran aspectos económicos, sino aspectos valorativos que podrían desempeñar algún papel. Personalmente, me inclino por seguirla, por entender que ello es lo más coherente con una imagen del hombre como persona, que comparto, y con una orientación personalista del Derecho penal, pero eso no enmienda de modo radical lo anterior. En definitiva, igual que nuestro modelo de sociedad se asienta sobre la recíproca atribución de libertad, me parece que también se asienta sobre la recíproca atribución de racionalidad utilitarista. Otra cosa es que a eso se añada una recíproca atribución de una cierta racionalidad valorativa. Y que, además, no deje de haber en el agente elementos de rutina, imitación o emocionalidad, irracionalidad, en definitiva (62).

(61) En esta medida, me parece admisible la afirmación de WITTIG, *Der rationale*, p. 161: «Kriminelles Verhalten ist dann keine zweckrationale sondern auch eine wertrationale Entscheidung». Sobre tal crítica del reduccionismo de la idea de racionalidad, KÜBLER, *Steindorff-FS*, p. 701. También SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, p. 335: «It should be obvious that society depends upon both appeals to self-interest and the inculcation of moral inhibitions to ensure compliance with social norms», añadiendo que es indudable que hay personas que no delinquen por la amenaza de pena, del mismo modo que hay otras que no delinquirían aunque no hubiera posibilidad de sanción, porque creen que tal conducta es moralmente reprobable. La adopción de esa visión más amplia parece obligada a partir de un modelo de hombre que tenga en cuenta sus peculiaridades ontológicas, sobre todo cuando desde perspectivas de análisis económico se afirma que «en la medida en que el hombre no es el único animal que elige, es de esperar que el mismo enfoque pueda aplicarse a la rata, al gato y al pulpo, todos los cuales sin duda buscan maximizar las utilidades en forma bastante parecida a como lo hace el hombre» (COASE, *La empresa, el mercado y la ley* (trad. Concome), Madrid 1994, p. 10).

(62) Como los hay en el conjunto de sujetos constituidos en comunidad legiferante. Por eso puede aceptarse parcialmente la idea de SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, p. 317:

En alguna medida, cabría pues concluir que la acogida, el no rechazo o, al menos, el actuar *como si* los hombres fuéramos utilitariamente racionales —aunque no sólo eso— aparece como una asunción previa, que constituye la condición de posibilidad de un Derecho penal liberal.

3. LA PENA COMO REACCIÓN A ACTOS INEFICIENTES Y LA PREVENCIÓN GENERAL

Si el delito es un acto ineficiente, parece claro que la sociedad debe tratar de neutralizar esta clase de actos a fin de alcanzar precisamente la eficiencia. Para conseguirlo dispone, en principio, de varias líneas de actuación. Una de ellas sería la denominada *prevención fáctica* y consistiría en tratar de impedir por la vía de hecho la realización de tales actos ineficientes. Sin embargo, ello se muestra enormemente costoso, incluyendo entre tales costes no en último lugar el coste de la pérdida global de libertad. Algo parecido cabría apuntar a propósito de la *inocuidación* de los sujetos que cometen tales actos (o, mejor, que, dadas las circunstancias, pueden ser susceptibles de cometerlos). De ahí que el modelo establecido de modo central (sin perjuicio de su conjunción con los anteriores u otros) sea sustancialmente distinto: un modelo de *prevención general por normas*. En dicho modelo, la búsqueda de la eficiencia parece encontrarse en el mejor camino, por cuanto la neutralización o razonable reducción de los actos ineficientes que denominamos delitos tiene lugar por una vía en principio menos costosa que las anteriores (63). Para ello, se parte precisamente de la constatación de que los destinatarios del Derecho son sujetos que en su actuación siguen cálculos de coste-beneficio, esto es, son sujetos que, a su vez, persiguen la *eficiencia personal*. Así, se tratará de incidir sobre todos los ciudadanos —en tanto que delincuentes potenciales— introduciendo, con las normas, costes adicionales en sus eventuales decisiones en favor del delito a fin de disuadirlos de éste (64). La idea es que, por la vía de incrementar el coste de tales transacciones no mercantiles, se induzca el cumplimiento de las normas

«our inability to control our feelings of anger and the blame we inflict on criminals prevents us from adopting a utility-maximizing solution to the problem of crime». Aunque yo no calificaría ese impedimento de absoluto e insistiría en que no obsta a la necesidad de tender a una racionalización —liberalización de las tendencias de la psicología profunda— posible que pasa por la adopción de una relación de diálogo racional con el delincuente.

(63) Entre otras cosas, porque se trata de tener que imponer —de imponer, en definitiva— las menos penas posibles, y que baste con la amenaza, cuya seriedad se vea incidentalmente confirmada.

(64) COASE, *La empresa*, pp. 11-12, sugiere que el hecho de que, en casi todos los casos, un precio (relativo) —no sólo en dinero, sino en sentido amplio— mayor conduzca a la disminución de la cantidad demandada, no requiere necesariamente el supuesto de que los hombres son seres racionales maximizadores de utilidad.

transaccionales básicas del sistema mercantil. El Derecho penal, para ser eficaz en su pretensión de lograr la *eficiencia social*, debe, en definitiva, configurar sus normas partiendo de que los sujetos destinatarios de éstas van a realizar un *cálculo de eficiencia*. Tal apreciación conduce a un Derecho preventivo, más concretamente, preventivo-general, y, en fin, basado de modo central en la disuasión: prevención general negativa intimidatoria (*deterrence*) (65).

Lo anterior puede expresarse señalando que el sistema jurídico-penal debe asumir el comportamiento de mercado que, como hemos referido, es característico de los destinatarios de sus normas. En consecuencia, debe cargar con costes adicionales la comisión del delito, a fin de que los costes de éste superen los beneficios que el agente espera obtener de él y, en última instancia, no compense la comisión del delito (*crime does not pay*) (66).

De todos modos, conviene subrayar que, como ya se ha indicado, en la base de la teoría económica se dan dos mecanismos para incentivar la no comisión de delitos: cargar con costes adicionales su comisión o bien cargar con beneficios adicionales la realización de actividades lícitas alternativas (su no comisión): por ejemplo, reduciendo las tasas de paro (67).

La formulación más conocida en Derecho penal de estas tesis es la realizada por *Feuerbach* y su famosa «teoría de la coacción psicológica». En efecto, la idea central es que la comisión del delito representa un beneficio para el delincuente (es eficiente desde su perspectiva) (68). Así pues, se trata de cargarla con costes adicionales, a fin de que éstos superen los beneficios esperados, y de que el delincuente potencial lo sepa (69). Dado esto, si el delincuente es racional, obrará como lo hace cualquier opera-

(65) VANBERG, *Verbrechen*, pp. 17-18.

(66) FRANK, *ZfRS* 7 (1986), pp. 204-205; ADAMS/SHAVELL, *Zur Strafbarkeit des Versuchs*, GA 1990, pp. 337-364, pp. 343 y ss. Cfr. también la descripción de MERCADO, *El análisis*, p. 228. Desde una perspectiva claramente crítica, HERZOG, *Prävention*, pp. 42-43.

(67) ADAMS / SHAVELL, GA 1990, p. 349 nota 40. Como se ha indicado, en la base está la idea de los «costes de oportunidad».

(68) FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 14.ª ed., Giessen 1847, Reimpr. Aalen-1973, Par. 13 todas las infracciones se cometen por un estímulo de interés (*Lust*).

(69) FEUERBACH, *Ibidem*: «Dieser sinnliche Antrieb kann dadurch aufgehoben werden, dass Jeder weiss, auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches grosser ist, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigter Antrieb zur That entspringt». También BENTHAM, *Compendio*, II, p. 51, establece como primera regla de proporción entre pena y delito la siguiente: «Haz que el mal de la pena sobrepuje al provecho del delito». Asimismo, BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas* (trad. J. A. de las Casas), Madrid 1774 (reimpr. 1993), parágrafo XXVII, pp. 137-138. «Para que una pena obtenga su efecto, basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito; y en este exceso de mal, debe ser calculada la infalibilidad de la pena, y la pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo, y por tanto tiránico». Cfr., además, KOLLER, *ZSiW* 91 (1979), pp. 77 y ss.

dor en el mercado. Esto es, absteniéndose de cometer el delito, como se abstendría de comprar el producto (70).

Esta modalidad —la prevención general por normas— es la menos costosa de las examinadas y, en esa medida, la más eficiente. Ahora bien, ello todavía no conduce de modo necesario a que tenga que ser una prevención por normas «penales». Más bien debería ser todo lo contrario, pues es evidente que el Derecho penal tiene costes que otras ramas del Derecho no tienen. Así, si con los mecanismos, menos costosos, de otros sectores del Derecho se consiguiera introducir elementos de coste suficientes para inclinar el cálculo del destinatario de las normas del lado del Derecho, el Derecho penal no sería necesario.

En efecto, en primer lugar debería tratarse de neutralizar la comisión de actos ineficientes a través de mecanismos indemnizatorios del Derecho de daños o de responsabilidad civil (*tort law*) (71). Ahora bien, en tal caso el importe de la indemnización habría de ser, por un lado, algo superior al valor legal estimado de la pérdida de la víctima para hacer frente a la posibilidad de que el valor subjetivo de la adquisición para el autor fuera superior al de la pérdida de dicha víctima. Ello ya pone de relieve que los mecanismos indemnizatorios en caso de pérdida de bienes altamente personales no serán los más adecuados. Pero es que, además, por otro lado, y sobre todo, en esta materia debe considerarse de modo esencial el problema de la probabilidad de imposición efectiva de la indemnización (probabilidad de descubrimiento del hecho).

En efecto, debe aquí partirse de la siguiente ecuación: *Indemnización = Daño / Probabilidad*. De modo que si la probabilidad, como es normal, se sitúa muy por debajo de 1 (punto en el que la indemnización y el daño pueden coincidir), resultará que en la mayor parte de los casos tales indemnizaciones quedarían muy por encima de la posibilidad de pagar del individuo. En tal caso habrá que acudir a las sanciones penales, incluida la

(70) Por cierto que este modelo encierra en sí un germen de humanización progresiva del sistema. En efecto, los hombres van siendo en medida creciente titulares de bienes cada vez más distantes de su esfera personal y que, sin embargo, valoran en gran medida. Ello permite amenazar con la privación de dichos bienes (coste adicional esperable de la comisión del delito), manteniendo constante el nivel disuasorio del sistema, el cual, sin embargo, muestra cotas también crecientes de humanidad. El ejemplo más claro es el uso de penas pecuniarias o privativas de ciertos derechos públicos o económicos. En cambio, según la hipótesis de POSNER, *Col. LR* 85, 1985, p. 1211, en la antigüedad, en que ni siquiera la pena de muerte se estimaba tan grave por la profundidad y difusión de la creencia en la vida eterna, era preciso reforzarla con ejecuciones dolorosas. Como después veremos, el modelo de ejecución de la pena de muerte del Antiguo Régimen puede explicarse también desde otras perspectivas.

(71) A los cuales se les atribuye por la corriente de «*Law and Economics*» ante todo funciones preventivas de daños futuros y no meramente compensatorias o reparatorias (MERCADO, *El análisis*, p. 227).

multa, que, a pesar de su naturaleza monetaria, muestra sustanciales diferencias con respecto a las indemnizaciones del *tort law* (72).

Como se observará, lo anterior tampoco resulta en nada ajeno a la tradición del Derecho penal. Si el delito es un «*malum actionis*», una clase de acto ineficiente que entraña importantes costes sociales no compensados, el Derecho penal, la pena, en concreto, es un «*malum passionis*», esto es, tiene asimismo costes sociales relevantes (superiores, desde luego, a los del Derecho civil). Eso significa que, en principio, y siguiendo la regla derivada de los principios de necesidad y subsidiariedad, sólo deberá hacerse uso del mismo cuando el efecto perseguido no se pueda alcanzar a través del mecanismo jurídico-civil. Esta situación se da, en principio, en el caso de sujetos que carecen de capacidad económica suficiente. Frente a éstos cabe utilizar la multa, por ejemplo, como sanción penal, la cual no alcanza, ni con mucho, el nivel de las indemnizaciones del Derecho civil por, al menos, dos razones: el incremento de la probabilidad de aprehensión que garantizan los instrumentos del Derecho penal frente a los propios del Derecho civil; y el estigma propio de toda sanción penal y que constituye una disutilidad adicional. Ambos elementos permiten que la multa tenga un valor disuasorio superior al de las indemnizaciones, siendo su valor pecuniario inferior al de éstas (73).

Ahora bien, sentado que el delito es una clase de actos ineficientes frente a los que, en muchos casos, pueden ser ineficaces las respuestas del *tort law*, todavía no se ha fundamentado positivamente intervención del Derecho penal en ese ámbito. Por el contrario, tal legitimación habrá de venir, todavía, de la mano de dos requisitos adicionales. En primer lugar, que el Derecho penal sí sea eficaz para hacer frente a tales hechos ineficientes. Para ello, deberá velar por introducir en sus conminaciones costes adicionales tales que, en efecto, hagan que no compense la comisión del delito. Estos costes adicionales resultan del producto de la gravedad de la pena por la probabilidad de su imposición y, por tanto, pueden variarse modificando cualquiera de los dos factores, lo que genera no pocos problemas como después veremos. En segundo lugar, que el Derecho penal sea eficiente, en general y en cada caso particular. Expresado con otras palabras, que sus costes, en general, sean inferiores a los que resultarían de dejar exentos de reacción los hechos delictivos (74); y que, en particular, los costes de la persecución de un determinado hecho e imposición de la correspondiente sanción sean inferiores a los de tolerar su comisión. Ahora bien, los costes del Derecho penal son muy elevados,

(72) Sobre esto POSNER, *Col. LR* 85, 1985, pp. 1201-1204.

(73) POSNER, *Col. LR* 85, 1985, pp. 1204-1205.

(74) Aludiendo a la vieja definición «*poena est malum passionis propter malum actionis*», señala BENTHAM, *Compendio*, II, p. 49, nota 1, que «La pena pues produce un mal lo mismo que el delito; pero el delito produce más mal que bien, y la pena al contrario más bien que mal».

como después tendremos ocasión de reiterar. Precisamente por este motivo no cabe perseguir penalmente hechos que no se muestran ineficientes (pues en tal caso la ineficiencia del Derecho penal, por muy eficaz que éste fuera, sería clamorosa) y debe ser objeto de permanente discusión la persecución penal y su concreta modalidad en casos de limitada ineficiencia del acto perseguido. Pues, atendido que el Derecho penal tiene costes no poco significativos, se corre el riesgo de que, por expresarlo en términos de lenguaje ordinario, sea «peor el remedio que la enfermedad». En la misma línea de razonamiento, de entre los diversos mecanismos de que dispone el Derecho penal habrá que optar por aquél que, siendo eficaz, se muestre más eficiente, esto es, por el que tenga menos costes sociales (75).

Los enunciados anteriores acogen, como en parte ya se ha comentado, tres principios básicos, de gran tradición en nuestra disciplina: el de necesidad, el de subsidiariedad y el de proporcionalidad entendida en clave utilitarista. De ahí que puedan leerse observaciones muy similares en descripciones, por decirlo así, más clásicas, de las fundamentaciones utilitaristas del Derecho penal. Así, en la que ya hace algunos años realizara Koller (76). En efecto, desde una perspectiva *preventivo-general*, la conminación e imposición de penas estaría justificada si se dieran las siguientes cuatro condiciones (77): a) que estas penas disuadan a otras personas de infracciones del Derecho (78); b) que por esta vía eviten más sufrimiento que el que causan (79); c) que no haya otra forma de pena que, con la misma eficacia preventiva, produjera un daño menor; y d) que la pena no sea sustituible por otro medio que tuviera el mismo efecto preventivo y causara menos sufrimiento (80).

La mayor parte de las consideraciones realizadas no provoca en la actualidad, según entiendo, especial discusión en la doctrina. El debate se sitúa, en todo caso, en torno a la *insuficiencia* de estos presupuestos para legitimar la intervención del Derecho penal y no, en cambio, en su *innecesariedad*. Donde sí se ha producido discusión, en cambio, es en el punto relativo a la *eficacia* preventiva del Derecho penal, que, como se comprenderá al pronto, es «*condicio sine qua non*» de la *eficiencia* del mismo. Pues si, en efecto, el Derecho penal, cuyos costes sociales nadie discute, se muestra ineficaz para, al menos, reducir el coste social del

(75) Como significativamente señala BENTHAM, *Compendio*, II, p. 59, la pena ha de ser económica, esto es, «no debe tener más grado de severidad que el necesario para llenar su objeto, pues lo que excede es un mal superfluo». Cfr. también BECCARIA, *Tra-tado*, parágrafo I I, sobre el fundamento del «derecho de castigar» en la necesidad.

(76) KOLLER, *Probleme der utilitaristischen Strafrechtfertigung*, ZStW 91 (1979), pp. 45-95.

(77) KOLLER, ZStW 91 (1979), p. 51.

(78) Esto es, que sean eficaces.

(79) Esto es, que sean proporcionadas y, en última instancia, eficientes.

(80) Esto es, que observen los principios de necesidad y subsidiariedad, externa e interna.

delito en medida tal que compense su empleo (81), entonces no puede fundamentarse su existencia. En esta línea, reina una intensa discusión con argumentos en sentidos contrapuestos (82). Así, hay significativos sectores doctrinales que niegan sin más la eficacia preventiva-intimidatoria del Derecho penal, indicando que, si hay personas que se abstienen de la comisión de delitos, no es por el peso que en ellos haya de tener la motivación jurídico-penal, sino por otras razones (83). Como se advertirá, la consecuencia ineludible de este planteamiento son propuestas abolicionistas o próximas, o bien otras que propugnan en todo caso una reacción meramente terapéutica frente a quien ya ha cometido el delito. El planteamiento opuesto reconoce la *eficacia* de la prevención jurídico-penal, requisito indispensable de la *eficiencia del sistema* jurídico-penal, pero hace descansar tal eficacia en razones distintas: disuasión no sólo por la amenaza de sanción, sino también por la comunicación del valor, unidos a la integración de la norma penal en un contexto general de socialización, por ejemplo.

Esto último parece lo más razonable, pues, en realidad, como ya ha sido indicado, la crítica que aquí puede dirigirse a la perspectiva del análisis económico es su reducción de la racionalidad humana a una racionalidad utilitaria, instrumental, a la por algunos denominada «*Zweckrationalität*», negando toda relevancia a la «*Wertrationalität*», a la racionalidad valorativa (84). Ello, cuando parece claro que en las decisiones humanas no siempre priman las consideraciones de pura utilidad (o, en todo caso, se trata de una utilidad psicológica o moral muy lejana ya del *wealth maximization principle* o de la reconducción a un precio) (85).

(81) Esto es, que el coste social del delito subsistente más el coste social del Derecho penal sean, en todo caso, inferiores al coste social del delito si no interviniera el Derecho penal. Cfr. sobre esto WERNER, *KritV* 4/1992, p. 438.

(82) KOLLER, *ZStW* 91 (1979), pp. 73 y ss.

(83) Cfr. BONITZ, *Strafgesetze und Verhaltenssteuerung. Zur generalpräventiven Wirksamkeit staatlicher Strafdrohung*, Göttingen 1991, pp. 127, 331, indicando que lo decisivo es la percepción que el sujeto tiene acerca, nuevamente, de la percepción existente en su entorno acerca de si el hecho es «normal» o no. Claro que, frente a esto, sería posible continuar considerando qué factores inciden en tal apreciación del entorno.

(84) Cfr. KOLLER, *ZStW* 91 (1979), p. 71 : «Durch den Umstand, dass eine Handlung unter Strafdrohung steht, wird in symbolischer Weise dokumentiert, dass diese Handlung allgemein missbilligt wird; diese Missbilligung wurde jedoch als ernsthafte nicht erkannt werden, wenn gegen Zuwiderhandelnde nicht auch tatsächlich Strafen vollzogen wurden; durch die Bestrafung wird angezeigt, dass die Missbilligung wirklich 'ernst gemeint' ist», aunque añadiendo que no está documentado en qué medida eso tiene virtualidad rectora de la acción («handlungsleitendes... Motiv»). Por otro lado (p. 72), parece claro que eso será tanto más cuanto más resulte confirmar motivos ya preexistentes (transmitidos por otras instancias).

(85) A este respecto, resulta muy interesante la descripción que hace KARGL, *Unterlassene Hilfeleistung. Zum Verhältnis von Recht und Moral*, GA 1994, pp. 247-264, pp. 254 y ss., sobre la motivación de las conductas altruistas. Ciertamente, existe al respecto una posición *utilitarista*, que centra tal motivación en la compensación de sentimientos de culpa o en la génesis de sentimientos placenteros: en todo caso, en la obtención de un mayor beneficio que el coste del socorro prestado. Pero se concluye la insuficiencia de este enfoque y la necesidad de completarlo con un enfoque moral u *orientado a normas*.

Si, por el contrario, se aceptan formas de prevención general complementarias de la estrictamente intimidatoria, como la que tiene lugar por la vía de la comunicación de la relevancia social del valor protegido por la norma (86), parece posible admitir tal eficacia preventiva (87). Como señala *Kuhlen* (88), es cierto que hay muchas personas que cumplen las normas no sólo en virtud de un cálculo racional —instrumental—. Sin embargo, también lo es que la disposición al cumplimiento de las normas no opera cuando la infracción de éstas se hace especialmente atractiva; y que dicha disposición disminuye cuando se advierte que el que las infringe no resulta sancionado.

4. LOS COSTES DEL DELITO Y LOS COSTES DE LAS PENAS

Como se ha afirmado, el delito es un hecho *socialmente ineficiente* (y de modo cualificado). El Ordenamiento jurídico, por su parte, para ser eficaz en su control, debe contar con la *eficiencia individual*. Por ello, debe cargar al delincuente potencial con costes adicionales, en caso de comisión del delito, de modo que éstos desborden los beneficios que del delito espera obtener. De hecho la fórmula de un Derecho penal «eficaz en la eficiencia» sería la siguiente. De una parte, imponer al delincuente costes adicionales de modo que el coste esperado del delito sea superior a los beneficios que espera obtener del mismo (89).

En este punto, evidentemente, las dificultades surgen de diversos factores: entre ellos, de la ineludible existencia de un máximo absoluto de gravedad de las penas imponibles; de la existencia de delitos en los que la utilidad individual presumiblemente obtenible puede ser elevada; etc. (90).

De otra parte, que esos costes sean inferiores al coste de la tolerancia del delito (91). A este respecto hay que señalar que es precisamente

(86) Esta modalidad de prevención, estrictamente comunicativa, no debe ser confundida con la prevención de integración. Por otro lado, incluso puede sostenerse que la prevención por la vía de la comunicación del valor tiene base económica, por tratarse de un modelo de coste especialmente bajo.

(87) KOLLER, *ZStW* 91 (1979), pp. 83 y ss., 94, aceptando la incidencia preventiva de las conminaciones penales —y por tanto el modelo utilitarista, en la base—, si bien concluye que, además del cálculo de utilidad inciden aspectos culturales, valorativos, emocionales, de modelos de conducta, etc.

(88) KUHLEN, *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*. GA 1994 pp. 347-367, pp. 364-365.

(89) Ello implica que cuanto más grave sea el delito, el coste sea asimismo superior, so pena de incurrir en una «infraintimidación» (*underdeterrence*) que elimine la disuasión marginal: SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, pp. 325 y ss.

(90) ADAMS / SHAVELL, GA 1990, pp. 346-347.

(91) Teniendo en cuenta que el bienestar social aparece definido por los beneficios sociales asociados a la comisión de actos, menos el daño esperado causado por tales actos, el

el hecho de lo elevado de los costes del Derecho penal para rebajar los niveles de delincuencia lo que explica que, aunque tales niveles sean, en alguna medida, altos, ello no deba conducir a pensar que el sistema de justicia criminal es ineficiente (92).

La cuestión, obviamente, es si esta combinación de factores aparentemente contrapuestos resulta posible (93). Pues, en efecto, de ella parece desprenderse que el coste social de la tolerancia del delito es siempre superior al beneficio concreto individual que el sujeto obtiene del mismo. Cabe pensar, por ejemplo, que ese coste se acrecienta por el efecto incitador que el hecho tiene sobre terceros (94).

A partir de estas premisas, es claro que puede haber diversos supuestos de Derecho penal ineficiente. Así: a) La sanción de hechos no ineficientes. b) La sanción de hechos ineficientes con penas superiores al coste de la tolerancia. c) La sanción de hechos ineficientes con penas inferiores al coste de su tolerancia, pero ineficaces por ser asimismo inferiores a los beneficios esperables por el delincuente de ese delito. d) La sanción de hechos ineficientes con penas inferiores al coste de su tolerancia, pero no con las menores posibles (noción de subsidiariedad). Precisamente, el objetivo de maximización de prevención y garantías que, por mi parte, he asignado al Derecho penal apela a esa idea de «control de la criminalidad con el menor coste posible» (95).

Las causas de un derecho penal ineficiente podrían ser muy diversas. Así, la irracionalidad, la emocionalidad, razones psico-sociales de venganza; intereses políticos en soluciones aparentes a corto plazo (caso del Derecho simbólico); ambas a la vez. Entre otras.

En todo caso, los costes del delito para el delincuente no vienen dados directamente por la gravedad de la pena (96). Si así fuere, el único elemento que incidiría en el grado de control del delito sería el aumento o disminución de dicha gravedad. Sin embargo, y por razones obvias, junto a la gravedad de la pena entra en juego el factor de la probabilidad

coste social de imposición de las sanciones y los gastos de persecución y condena: SHAVELL, *Col. LR* 1985, p. 1236. Sobre el peligro de la «sobrerintimidación» (*overdeterrence*) y sus límites, SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, pp. 323 y ss.

(92) POSNER, *Col. LR* 85, 1985, pp. 1214 y 1205 nota 25.

(93) Sobre estos elementos del modelo y la complejidad de las operaciones de cálculo para llevarlo a cabo, WERNER, *KritV* 4/1992, pp. 438-439.

(94) En todas estas relaciones se dan elementos que, a primera vista, resultan curiosos: así, el *estigma* inherente al castigo del delito es un coste del mismo para su autor, mientras que, por otro lado, proporciona información a terceros sobre dicho sujeto, lo que es creador de valor (beneficio) social: POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 226.

(95) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, p. 298.

(96) Sobre la diversa incidencia de precios y sanciones en la conducta humana, COOTER, *Prices and Sanctions*, *Col. LR* 84, 1984, pp. 1523-1560, en especial para el Derecho penal, pp. 1548 y ss.

de que la pena se haga efectiva, factor éste que depende de la configuración del sistema policial, procesal (e incluso social) y en donde radican buena parte de los costes del combate contra el delito. La expectativa de costes del delito para el delincuente viene dada, pues, por el producto de la gravedad y la probabilidad, donde esta última siempre será inferior —en realidad, muy inferior— a 1 (97). Y aquí se suscitan dos cuestiones enormemente significativas, que revisten sin embargo, un signo contrario. Por un lado, parece —y eso lo reconocen incluso quienes rechazan el modelo del delincuente racional— que si hay algo que motiva al delincuente potencial es la elevada probabilidad de ser descubierto y sancionado, más que la sanción en sí (98). Por otro lado, en cambio, desde la perspectiva social resulta que, mientras que los incrementos en el grado de probabilidad son enormemente costosos (99), los incrementos de gravedad no lo son más que en la medida de sufrimiento adicional que para el delincuente suponen y, en el caso de las penas privativas de libertad, por los costes económicos adicionales ligados a la mayor duración de la pena (100). Este factor podría abonar la conminación con penas muy altas a sabiendas de que éstas muy pocas veces podrán llegar a ser aplicadas. Así, para las multas, realiza *Posner* la siguiente consideración:

«If the costs of collecting fines are assumed to be zero regardless of the size of the fine the most efficient combination is a probability arbitrarily close to zero and a fine arbitrarily close to infinity» (101).

(97) Ya FEUERBACH, *Lehrbuch*, 14.^a, Par. 14 y 16, indicaba la necesidad de que se diera, junto a la «*gesetzliche Drohung*», la «*Vollstreckung*», pues sólo cuando además de fundamentarse la intimidación se funda la eficacia de la amenaza se produce la coacción psicológica. Precisamente en esta línea, la segunda regla de BENTHAM, *Compendio*, II, p. 51, reza: «Cuanto más incierta o más fácil de evitar sea una pena, tanto más grave debe ser» para contrabalancear las probabilidades de la impunidad. También KOLLER, *ZStW* 91 (1979), pp. 78 y ss.

(98) BECCARIA, *Tratado*, Parágrafo XXVII (Dulzura de las penas), pp. 135-136: «No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los Magistrados, y aquella severidad inexorable del Juez, que para ser virtud útil, debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión, que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres; y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza, aumentan su fuerza».

(99) Sobre los costes de aprehensión y procesamiento, BECKER, en Becker / Landes, *Essays*, pp. 7 y ss.

(100) Sobre esto SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, p. 320.

(101) POSNER, *Economic Analysis*, 4.^a ed., p. 225. Es cierto que ello plantea problemas de disuasión marginal (p. 226), como reconoce el propio Posner, pero la cuestión a debatir —como subraya críticamente SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, p. 321— es que, de no ser así, la lógica del modelo lo debería admitir sin problemas.

Ello ha dado lugar a la objeción de que se convierte el sistema del Derecho penal en una lotería, porque produce manifiestas desigualdades *ex post* entre sujetos todos los cuales han cometido el delito, en virtud de los déficits de aprehensión y enjuiciamiento. Sin embargo, frente a ello se ha esgrimido el contraargumento de que las loterías no son injustas en tanto que *ex ante* todos los sujetos tienen la misma probabilidad de verse afectados (por el premio, o el castigo); por otro lado, tanto la lotería como el Derecho penal son voluntarios, pues uno se mantiene al margen de este último simplemente no cometiendo delitos (102). Cabe que ello sea aceptable. Pero de todos modos conviene subrayar que aquí surgen, paradójicamente unidos y paradójicamente derivados de un análisis del sistema del Derecho penal desde perspectivas de eficiencia, el terror penal (103) y la legislación simbólica (104). En la práctica, en todo caso, parece que no se ha optado por ello, lo que mostraría la existencia de correctivos externos al puro análisis económico en sentido estricto (105). Pero, a título de ejemplo, valga recordar que por alguien se ha puesto de relieve que las crueles ejecuciones públicas de la pena de muerte y las penas corporales durante el antiguo régimen pretendían compensar la escasez de casos en que el delincuente era aprehendido. De modo que la organización estatal, cada vez mejor configurada en los Estados del S. XIX es la que permite, al aumentar la probabilidad de la aprehensión, reducir la gravedad de la sanción manteniendo intacto el coste. Algo similar puede decirse del fenómeno, ya aludido, de la creciente participación de los ciudadanos en su conjunto en bienes distintos de su propio cuerpo y libertad. Eso permite la utilización de sanciones aparentemente más suaves, y desde luego más humanas, que sin embargo mantienen intacto el coste del delito. Salvado lo anterior, y establecido un nivel dado en cuanto a los costes de aprehensión, por la propia lógica de la eficiencia habrán de ser preferibles aquellas instituciones punitivas que producen el mismo beneficio con menor coste. De ello se sigue que, dado que las sanciones no pecuniarias entrañan costes mayores que las pecuniarias, sólo deben ser aplicadas en caso de insuficiencia preventiva de las pecuniarias (106). Así, puede concluirse que la pena de multa ocupa el lugar central en el sistema de sanciones derivado de una aproximación económica al Derecho penal, en la medida en que supone una mera trans-

(102) POSNER, *Col. LR* 85, 1985, p. 1213; también en *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 220.

(103) HERZOG, *Prävention*, p. 139, indica que todo ello acaba en un Derecho penal terrorista.

(104) Cfr., en una línea próxima a este argumento, HASSEMER, *Das Schicksal der Bürgerrechte im «effizienten» Strafrecht*, en Albrecht / Backes (Hrsg.), *Verdeckte Gewalt*, Frankfurt 1990, pp. 191 y ss.; HERZOG, *Prävention*, p. 45, entendiendo que la tendencia a una «optimale Verbrechensbekämpfung» sacrifica las garantías de libertad del Derecho penal.

(105) FRANK, *KrimJ* 1987, p. 61.

(106) SHAVELL, *Col. LR* 1985, p. 1236; ADAMS / SHAVELL, *GA* 1990, pp. 347-348. 353.

ferencia patrimonial sin gasto adicional de recursos (107). No en vano señalaba *Bentham* que «la pena más económica será aquella que no cause ni un átomo de mal que no se convierta en provecho; las penas pecuniarias tienen esta cualidad en un grado eminente, pues todo el mal que siente el que paga se convierte en provecho para el que recibe» (108). Claro que no debe olvidarse que, en todo caso, la pena de multa, para ser eficaz, habrá de incidir sobre el cálculo de eficiencia subjetiva de los destinatarios de la norma, garantizando que el montante de la misma será superior a los beneficios esperados de la comisión del delito (109). Si se tiene en cuenta que la gravedad de la sanción debe multiplicarse por el coeficiente de probabilidad de descubrimiento y sanción, y que éste, usualmente, será muy inferior al de la posibilidad de alcanzar los beneficios previstos con la comisión del hecho, parece obvio que en muchos casos habrá que contar con multas de montante enormemente elevado. La posibilidad de que la solvencia de los afectados no alcance a tanto, ni siquiera en el ámbito de la delincuencia económica, es quizá lo que abona el uso también aquí de la pena privativa de libertad (110). En la misma línea de las multas, no cabría ignorar las posibilidades de la *reparación del daño* como sanción en el marco del proceso penal. Las razones no son menospreciables. En efecto, dicha reparación «penal» se beneficiaría, por un lado, de los *incrementos en cuanto a la probabilidad de descubrimiento y sanción* que son inherentes al sistema penal, frente al civil. Además, el proceso penal le añadiría a la reparación en sí misma el *estigma* característico de lo penal. Ambos aspectos, el incremento en la probabilidad de aprehensión y el estigma procesal determinarían que, sin una modificación de la gravedad esencial de la sanción respecto a su configuración jurídico-privada, ésta mostrara costes adicionales superiores para el agente, siendo especialmente apta para hechos frente a los cuales la despenalización (con la mera reacción jurídico-civil) parecería una renuncia excesiva en términos de control, resultando, por contra, las sanciones penales convencionales demasiado graves en relación con el contenido lesivo de los hechos de los que se trata. En definitiva, podría mostrarse como una sanción claramente eficiente para un determinado

(107) BECKER, en Becker / Landes, *Essays*, pp. 24 y ss., 28 y ss.; POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 227: «from an economic standpoint, the use of fines should be encouraged».

(108) *Compendio*, II, p. 59 nota 2. Con éstos y más argumentos, BECKER, en resumen, en Becker / Landes, *Essays*, p. 44. En la misma línea, por comparación con la pena privativa de libertad, SHAVELL, *Col. LR* 1985, p. 1235.

(109) En esta línea, y para el Derecho administrativo sancionador, en art. 131.2 de la nueva Ley 30/ 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se dispone que «el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas».

(110) De todos modos, abonando un mayor empleo de las sanciones pecuniarias, SHAVELL, *Col. LR* 85, 1985, N.º 6, p. 1240. Sobre la sanción de confiscación de las ganancias (*Gewinnabschöpfung*), SMETTAN, *MschrKrim* 1992, pp. 25 y ss.

sector de hechos lesivos respecto a los cuales la pena criminal resulta desproporcionada y la reparación específicamente civil ineficaz en la disuasión (111). A partir de ahí, y en cuanto a la pena privativa de libertad, es evidente, en primer lugar, que sus costes económicos y sociales (112) determinan su reducción a lo estrictamente imprescindible (113). En particular resulta ineficiente en el caso de delincentes económicos que podrían pagar las multas correspondientes por elevadas que éstas fueran (114). En este contexto, la pena corta privativa de libertad es probablemente una de las formas más ineficientes de sanción (115). Ahora bien, sentado esto, —y admitida, en la medida en que corresponda, tal modalidad de sanción— de lo que se trata es de que los beneficios penitenciarios no anulen la disuasión marginal existente, en principio, sobre la base de las diversas conminaciones penales abstractas. De ahí que parezca razonable abogar por un principio de cumplimiento efectivo de las condenas impuestas. Este no rechaza la existencia de beneficios penitenciarios orientados a la resocialización, aunque éstos serían preferibles si tomaran como punto de partida la colaboración con la Justicia o la compensación a las víctimas y a la sociedad. Más bien, rechaza que su efecto sea una total desfiguración de la pena impuesta (116).

En fin, en cuanto a las alternativas a la pena privativa de libertad (117), a mi entender, su acogida, desde una perspectiva económica, habría de venir dada, sobre todo, por la posibilidad de reducción de costes (los costes del sufrimiento humano, de la posibilidad de desocialización y el estrictamente económico del mantenimiento en prisión) siempre que se mantuviera constante el beneficio de la no disminución de la disuasión, más que por el hecho de que las mismas puedan proporcionar beneficios de naturaleza económica (así, por ejemplo, en el caso del trabajo en provecho de la comunidad) (118).

Un aspecto muy elaborado —y muy criticado— del análisis económico del Derecho penal es el relativo a la pena de muerte y su legitimación económica. El tema, sin embargo, merecería un estudio aparte que aquí no cabe más que dejar

(111) Quede aquí simplemente planteado el tema, que, evidentemente, merece una discusión mucho más amplia. Cfr., por ejemplo, en España, las consideraciones críticas de CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, 1,1, 4.ª ed., Madrid 1994, pp. 44-46.

(112) Sobre ellos, por ejemplo, BECKER, en Becker/ Landes, *Essays*, pp. 13 y ss.

(113) Cfr., sin embargo, POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 227, mencionando el beneficio de la inocuización del delincuente preso. Asimismo, POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., pp. 227-228, admitiendo el arresto sustitutorio en caso de impago de multa —precisamente por entender que debe incentivarse el pago de ésta— y mostrándose contrario a las tesis opuestas de la Jurisprudencia americana.

(114) POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 228.

(115) WERNER, *KritV* 4/1992, p. 440.

(116) Cfr. estas reflexiones en PASTOR PRIETO, *Delitos, penas y prisiones abiertas*, EL PAIS, 2 de septiembre de 1994, p. 18.

(117) LÜDERSEN, *IURIS* 3/1994, pp. 70-71.

(118) Cfr. además las alusiones de POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª, p. 228, a las inhabilitaciones y a las penas restrictivas de libertad.

indicado (119), sobre todo atendido que dicha modalidad punitiva no existe en nuestro ordenamiento.

5. EFICIENCIA Y PREVENCIÓN ESPECIAL

El planteamiento de las alternativas a la pena privativa de libertad conduce de modo necesario a analizar qué papel desempeñan en el ámbito del análisis económico del derecho los argumentos de prevención especial. Al respecto, creo que, en primer lugar, es posible concluir que la resocialización no ocupa lugar en este género de análisis. En efecto, si el delincuente no se diferencia por razones de personalidad ni de ambiente del sujeto no delincuente, sino que sólo comete el delito porque el complejo de motivos determina que esa sea la solución más beneficiosa para él, entonces la resocialización, que parte de la idea de que el autor muestra una conducta desviada y algún género de patología, evidentemente no tiene sentido (120). Sí lo tiene, en cambio, la inoquización (*incapacitation*), como beneficio adicional de la imposición de la pena, dado que el delincuente no puede, durante el tiempo que la sufre, cometer delitos (al menos fuera de la cárcel).

A pesar de ser así las cosas, no puede ignorarse la existencia de un importante intento de construcción de la Política criminal desde perspectivas utilitaristas de eficiencia, radicalmente distinto del que ahora examinamos. Se trata del intento de *Von Liszt* —y otros autores de la llamada «dirección moderna»—, quienes, como podrá imaginarse, parten de una imagen de hombre radicalmente opuesto al de el delincuente racional: en concreto, del *homo sociologicus* (121). Sobre éste pretende hacerse recaer el Derecho penal de las penas y, sobre todo, de las medidas de seguridad resocializadoras, inoquizadoras o intimidatorias, en función del tipo de delincuente de que se trate, dadas su personalidad y sus circunstancias sociales. En concreto, *Von Liszt*, en su ensayo «*Der Zweckgedanke im Strafrecht*» (1882), parte de que pena justa es sólo la pena necesaria (122). En su esquema se constata el fracaso de la pena retributiva, indiferenciada, y se propone una pena orientada al tipo de delincuente: resocializadora, intimidatoria,

(119) Cfr. una defensa desde perspectivas de disuasión marginal de la pena de muerte con el fin de evitar que el asesino —ya expuesto a una pena de privación de libertad de por vida— mate a testigos del asesinato o mate en la cárcel en POSNER, *Economic Analysis*, 4.^a ed., p. 229.

(120) SMETTAN, *MschKrim* 1992, p. 21.

(121) Con sus correspondientes defectos de personalidad o de socialización: por ejemplo, cfr. KOLLER, *ZStW* 91 (1979), pp. 58 y ss.

(122) VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), en sus *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlin 1905 (reimpr. Berlin 1970), p. 161: «nur die notwendige Strafe ist gerecht».

inocuidadora (123). La pretensión última es lograr la eficacia, lo que progresivamente condujo a que por muchos se llegara a proponer la sustitución de las penas por las medidas de seguridad. Todo ello, obviamente, en un marco general utilitarista de reducción del coste social global (124), muy claro en la siguiente frase del propio *Von Liszt*:

«Die Strafe ist uns Mittel zum Zweck. Der Zweckgedanke aber verlangt Anpassung des Mittels an den Zweck und möglichste Sparsamkeit in seiner Verwendung. Diese Förderung gilt ganz besonders der Strafe gegenüber; denn sie ist ein zweischneidiges Schwert: Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung» (125).

6. EFICIENCIA Y PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

Una de las características de la legislación moderna es el creciente recurso a instrumentos jurídico-penales. Probablemente no es errado señalar que aquí confluyen dos factores diversos, pero ambos relacionados con la noción de eficiencia. Por un lado, el Derecho penal es, en comparación con la implantación de mecanismos jurídico-administrativos alternativos, mucho más barato (126). Por otro lado, sus efectos sociales sobre la opinión pública pueden ser, al menos a corto o medio plazo, superiores incluso a los de tales mecanismos alternativos, con lo que, en principio, parece un instrumento especialmente apto para lograr la confianza de la población en el funcionamiento del ordenamiento jurídico (prevención general de integración). Con todo, esta eficiencia del llamado «Derecho penal moderno» es, a mi juicio, tan sólo aparente, incidiendo únicamente en el ámbito psicológico-social de los sentimientos de inseguridad (127). En otras palabras, convirtiéndose en un mecanismo puramente simbólico y abandonando el terreno de lo instrumental. Así pues, si bien es cierto que un Derecho eficiente seguramente

(123) VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze*, I, pp. 163 y ss.; KOLLER, *ZStW* 91 (1979), pp. 69 y ss.

(124) La pena eficiente desde la perspectiva preventivo especial debe responder a los consabidos requisitos: idoneidad para evitar delitos futuros de las personas sancionadas; que se evite más daño que el que se causa; que no haya otra clase de pena que tenga el mismo efecto preventivo con menos sufrimiento; y que la pena no se pueda sustituir por otro medio que tenga el mismo efecto preventivo con menos sufrimiento: KOLLER, *ZStW* 91 (1979), p. 54. Cfr., además, sobre otros aspectos de la cuestión, WERNER, *KritV* 411992, p. 441 nota 48 sobre la supresión por razones económicas de instituciones preventivo-especiales demasiado caras, como, en concreto, los establecimientos de terapia social.

(125) *Strafrechtliche Aufsätze*, I, p. 161.

(126) WERNER, *KritV* 4/1992, p. 442, aludiendo al ejemplo del Derecho del medio ambiente.

(127) Probablemente sería un objeto de investigación interesante hasta qué punto el cambio de modelo de Derecho no viene condicionado por la aparición de un modelo de hombre una de cuyas características podría ser la sensación hipertrofiada de inseguridad.

será siempre funcional, no está tan claro que un Derecho funcional precise ser realmente, sino sólo aparentemente, eficiente (128). Claro está que si un Derecho penal de prevención general positiva degenera en Derecho meramente simbólico, de pura apariencia de eficiencia, a medio o largo plazo tampoco habrá cumplido su función de prevención de integración (129). De ser así, evidentemente constituirá uno de los más claros ejemplos de Derecho ineficiente, pues, con costes supuestamente (sólo supuestamente) bajos, en realidad no habrá conseguido beneficio real alguno.

7. EFICIENCIA Y GARANTÍAS: PROBLEMAS DE INTEGRACIÓN

Los problemas de articulación del principio de eficiencia (del análisis de coste-beneficio) con las garantías del Derecho penal se plantean a un doble nivel. Por un lado, es preciso determinar si —y en qué medida— la eficiencia tiene la capacidad de integrar en su seno tales garantías. Por otro lado, en el caso de que así no sea, o no de modo pleno, es preciso determinar la posibilidad de limitar la eficiencia por otros principios externos. En tal caso, correspondería establecer la difícil relación de jerarquía entre la eficiencia y esas garantías y su traducción práctica. Pues bien, una característica clara del movimiento de «*Law and economics*» es que postula un predominio de la eficiencia frente a otros fines jurídico-políticos (130). Sin embargo, sentado que la corriente le atribuye un papel tan importante en la toma de decisiones sociales, conviene resaltar que, ya desde el principio, se reconoce también que tiene limitaciones como criterio ético (131) y, concretamente, que hay decisiones en relación con la ilicitud de determinados actos que no cabe explicar, por muchos esfuerzos que se hagan, en clave de eficiencia (132). Así las cosas, convendría quizá ordenar las proposiciones en el siguiente sentido. En primer lugar, desde luego es errónea la postura que parte de un rechazo de entrada de la posible relevancia político-criminal de los análisis de coste-beneficio (133). En segundo lugar, y a partir de lo anterior, puede sostenerse que la fundamentación de la legitimación de la existencia

(128) Sobre lo que denomina «déficits de ejecución» (*Vollzugsdefizite*) de este Derecho penal supuestamente eficiente, HASSEMER, en Albrecht/Backes (Hrsg.), *Verdeckte Gewalt*, p. 197.

(129) Cfr. en un sentido próximo HASSEMER, en Albrecht/Backes (Hrsg.), *Verdeckte gewalt*, p. 200.

(130) EIDENMÜLLER, *Effizienz*, pp. 69 y ss.

(131) POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 13; también CALABRESI, Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho, *AFD* 1985, pp. 219-228, p. 222.

(132) POSNER, *Economic Analysis*, 4.ª ed., p. 27.

(133) Como hace SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik*, pp. 42 y ss., por entender, por un lado, que hay aspectos del análisis que se sustraen a ese método; por otro lado, que hay aspectos que no se oponen a ese análisis pero en los que hay elementos

genérica de un *Derecho penal*, así como la fundamentación y, en su caso, crítica del *Derecho penal específicamente existente, puede acometerse* desde un punto de vista específicamente económico. Más aún, la legitimación económica alcanzable por la vía de la eficiencia es componente necesaria de todo intento de justificación del Derecho penal. En efecto, el Derecho penal es fundamentalmente un sistema de protección subsidiaria de bienes jurídicos, y los principios de subsidiariedad y *ultima ratio* remiten inequívocamente a la noción de eficiencia. Desde mi planteamiento personal, además, el Derecho penal tiene, por un lado, la finalidad de prevenir delitos y reacciones informales de la sociedad, siempre en la idea de que los instrumentos jurídico-penales de control van a generar un coste inferior que el correspondiente a tales delitos y reacciones informales (delitos asimismo, cometidos en venganza privada) (134). Pero el Derecho penal, en mi esquema, tiene, por otro lado, la función de la reducción de la propia violencia estatal, con lo que también aquí aspira a una reducción de los costes empleados, a su vez, en la neutralización del coste del delito (135). En definitiva, el principio que sostengo, de maximización de prevención y garantías, aunque alberga elementos de profunda tensión en su seno, germen de su propia evolución dialéctica, refleja una clara argumentación en términos de coste-beneficio y, en definitiva, la aspiración de obtener un Derecho penal con el mínimo coste posible: eficiente en grado máximo (136).

Sentado lo anterior, es, sin embargo, lo cierto —como se constatará más adelante— que la utilización del cálculo de coste-beneficio como principio necesario y suficiente de legitimación del Derecho penal plantea dificultades. Estas derivan, como ya ha habido ocasión de poner de relieve incidentalmente, del hecho de que el Derecho penal no tiene que ver sólo con intereses patrimoniales o susceptibles de ser reconducidos fácilmente a magnitudes económicas (a precios, en definitiva). Así, es difícil determinar el coste o el beneficio derivados del sacrificio o la salvaguarda de la libertad, la integridad física, la dignidad, la seguridad, el honor, etc. De modo que lo que en teoría aparece claro se torna menos evidente cuando se trata de llevarlo a la práctica (137). Como se observa, el tema central

que niegan la posibilidad de valoración político-criminal al mismo; en fin, por negar fuerza probatoria a tales análisis. Por el contrario, KÜBLER, *Steindorff-FS*, p. 703, defiende la relevancia político-jurídica de tal análisis consecuencialista precisamente para evitar errores y no sobrecargar después la decisión ética (o de principio) allí donde ésta es irrenunciable.

(134) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 211 y ss.

(135) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 241 y ss.

(136) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 298.

(137) Como señala EIDENMÜLLER, *Effizienz*, pp. 187 y ss., 322 no está claro cuál es el *status* de los derechos fundamentales en un esquema de razonamiento de tal carácter. Por lo demás, también debe tenerse en cuenta algo a lo que se ha hecho reiterada alusión: (EIDENMÜLLER, *Effizienz*, pp. 178 y ss., 321) que no hay identidad entre los criterios de la eficiencia y la maximización de la utilidad, sencillamente porque el concepto utilitarista de felicidad es más amplio que el económico de beneficio.

es si, incluso aquí, el cálculo de eficiencia es lo suficientemente amplio como para integrar en su seno todos los principios de garantía (y reglas de imputación) del Derecho penal. También sería importante determinar entonces si no cabría hablar de una suerte de «desnaturalización» del principio de eficiencia.

Decidir sobre esto es especialmente importante cuando se habla de incompatibilidad entre utilitarismo y filosofía individualista, señalando que, para aquél, el sacrificio de los derechos individuales de una minoría podría quedar perfectamente justificado por el bienestar de la mayoría (138). La cuestión es si eso resulta consustancial a la noción de eficiencia o si, por el contrario, es posible asignar un valor tan fundamental en el cálculo de coste-beneficio a tales derechos individuales que pueda concluirse que su sacrificio es ineficiente por superar los costes de la decisión los beneficios reportados por la misma (139).

La crítica que de modo más directo ha solido dirigirse al análisis económico del Derecho ha sido, precisamente, la relativa a su incapacidad de integrar valores. Ello ha tratado de apoyarse muy singularmente sobre la base de las tesis de los autores que han sostenido la eficiencia de la pena de muerte, por ejemplo. Y en esa medida es correcto, aunque en ocasiones se olvide que tales autores no han extraído *todavía* consecuencia alguna de la anterior constatación. Pero también es cierto, sin embargo, que las tesis utilitaristas sobre la prevención que se desarrollaron en el S. XVIII constituyeron una reacción contra la inhumanidad y crueldad de las penas en el antiguo régimen. En ese momento histórico, pues, la humanización del Derecho penal se sostuvo sobre la base de consideraciones de eficiencia (140). En efecto, si el coste o el precio era el instrumento de la intimidación, ésta no tenía por qué ser cruel, infamante o inocuizadora. Asimismo las concepciones acerca de la proporcionalidad desarrolladas en aquel momento histórico resultaron ser un producto de consideraciones utilitaristas (141). Por mi parte, añadiría que posiblemente el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena, o al menos algunos aspectos del mismo, resultan también ser consecuencias ineludibles de un análisis de coste-beneficio. Sin ir más lejos, un elemento de control permanente del sistema desde perspectivas de eficiencia es el de que los costes sociales globales de la represión del delito no pueden ser superiores a los de la tolerancia de ese delito so pena de incurrir en crasa ineficiencia. De modo que el principio de fragmentariedad y otros próximos tienen así una obvia fundamentación económica. Por lo demás, reglas de proporcionalidad

(138) Cfr. CALSAMIGLIA, *RCEC* 1, sept.-dic. 1988, p. 317.

(139) En el primer sentido, en la línea de sostener que el análisis económico del Derecho penal disuelve la relación del Derecho penal con el aseguramiento de derechos individuales elementales, WERNER, *KritV* 4/1992, p. 448, añadiendo que tal línea argumentativa se presta a una extensión del Derecho penal (pp. 450-451), con peligrosas consecuencias, dado lo sensible de la materia jurídico-penal.

(140) Lo reconoce KUNZ, *Kriminologie*, p. 85 n.º marg. 2.

(141) Cfr. KUNZ, *Kriminologie*, p. 87 n.º marg. 8; WERNER, *KritV* 4/1992, p. 441.

interna del sistema de sanciones derivan sin más de la misma aproximación utilitarista (142). Constituyen una imposición de la llamada «disuasión marginal» (*marginal deterrence*) que es un argumento permanente entre los teóricos del análisis económico del Derecho en Derecho penal (143).

Es cierto, sin embargo, que este criterio de proporcionalidad relativa de las sanciones nada aporta en relación con la proporcionalidad absoluta entre hecho y sanción. Ni siquiera los intentos de algunos partidarios del análisis económico de resolver este problema por la vía de suponer que la pena más grave para el delito más grave fuera la de muerte (algo discutible en términos de justicia) es suficiente. En efecto, como Avio señala, en realidad cabría imaginar formas de sanción más graves de modo prácticamente ilimitado, mediante la adición de sucesivas formas de tortura al proceso de producción de la muerte (144). Así pues, parece que desde perspectivas de eficiencia no es posible aportar una solución al problema de la proporcionalidad absoluta (145).

De todos modos, habría quien trataría de derivar un principio de proporcionalidad absoluta de la idea de eficiencia en su sentido más estricto. En efecto, si se logra constatar que el delito más grave (el asesinato, por ejemplo) se consigue mantener bajo control con penas privativas de libertad o que, en todo caso, no se logra reducir en términos relevantes con la introducción de la pena de muerte o de tortura, entonces tendríamos un límite máximo derivado de la idea de eficiencia a partir del que la proporcionalidad relativa, regida por consideraciones de disuasión marginal, podría operar convincentemente (146). El pro-

(142) Así BECCARIA, *Tratado*, parágrafo VI (proporción entre los delitos y las penas), p. 35: «Si se destina una pena igual a dos delitos, que ofenden desigualmente a la Sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja». También BENTHAM, *Compendio*, II, p. 52, en su tercera regla: «Si concurren dos delitos de gravedad desigual, el mayor debe ser castigado con una pena más fuerte, para dar al delincuente un motivo de detenerse en el menor». Y en su cuarta regla «Cuanto más grave es un delito, tanto más se puede aventurar una pena severa, por la probabilidad de prevenirlo de este modo»; y por el contrario, aplicar grandes suplicios a pequeños delitos es pagar bien cara la probabilidad de librarse de un ligero mal».

(143) Cfr. POSNER, *Col. LR 85*, 1985, pp. 1208-1209, indicando que ésta probablemente no desempeñaría un papel tan importante si, para delitos más graves, se incrementara la probabilidad de aprehensión.

(144) AVIO, *Economic, Retributive and Contractarian Conceptions of Punishment*, en *Law and Philosophy* 12, 1993, pp. 249-286, p. 259. Este autor trata de ofrecer una superación de lo que entiende deficiencias de los modelos kantiano y de análisis económico del Derecho penal mediante la vía de la teoría del contrato (pp. 249, 275 y ss.), aunque sus conclusiones resulten próximas a un modelo económico matizado más que al kantiano.

(145) Sobre que el modelo no deja lugar para la proporcionalidad, SEIDMAN, *YLIJ* 94, 1984, pp. 320, 333, mientras que nuestro sistema parte intuitivamente de una vinculación entre la sanción y el hecho cometido y su desaprobación moral.

(146) No en vano, se ha señalado que las ejecuciones públicas de penas de muerte con tortura del Antiguo Régimen trataban de contrarrestar el bajo coeficiente de probabilidad de aprehensión. Al aumentar éste, ya no se muestran necesarias: POSNER, *Col. LR 85*, 1985, p. 1211.

blema es que existen estudios empíricos que parecen constatar la eficiencia de la pena de muerte. A partir de ahí sólo caben dos opciones: o se admite que la exclusión de su legitimidad es producto de un principio externo ajeno a la idea de eficiencia; o bien se incluye en el análisis de eficiencia el valor de ciertos derechos inalienables, atribuyendo un alto coste a su privación, con lo que ciertamente seguiremos moviéndonos en el seno de la misma, pero resultará dudoso que hayamos mantenido la pureza económica del criterio.

En todo esto, sin embargo, se da una cuestión previa. A saber, la determinación de qué se entiende por *coste* y por *beneficio* y en qué medida el respeto de derechos puede estimarse beneficio y su vulneración coste. De entrada, como antes se subrayó, el entendimiento estrecho del «*wealth maximization principle*» (frente, por ejemplo, a un «*welfare maximization principle*»), parece oponerse a la introducción en su seno de principios, derechos o garantías. Sin embargo, si, en virtud de un denominado «imperialismo económico» (147), se parte de que todas las actividades humanas acaban describiendo «mercados implícitos» y de que todo fenómeno humano es reconducible a una reducción de los costes de transacción o tiene que ver con la existencia de grandes costes de información, quizá entraría en la propia lógica del análisis económico del derecho la idea de que todo es reconducible a precio (148). La dificultad residiría entonces en la *determinación de los costes y los beneficios que resultan de la acogida o rechazo de un determinado derecho, de un determinado valor o principio de garantía en Derecho penal. Y esta determinación del «coste (y el beneficio) de la libertad» se hace muy difícil* (149).

(147) MERCADO, *El análisis*, pp. 75 y ss.

(148) MERCADO, *El análisis*, p. 78: «En este fenómeno de expansión (*scil.* de la ciencia económica) categorías como ‘mercados implícitos’, o ‘precios sombra’ permiten la traducción en términos económicos de bienes y fenómenos no mercantiles o patrimoniales. El concepto de coste de oportunidad, al hacer referencia a los costes del uso alternativo de los recursos, permite asignar a toda acción humana un coste, un precio que permite hacerla ingresar en la lógica del cálculo maximizador».

(149) Como apunta JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Cancio Meliá), Bogotá 1994, pp. 39-40, a propósito de los criterios de ponderación del riesgo permitido: «¿qué vale una vida humana en el tráfico rodado, o, más concretamente, en el tráfico de particulares en días de fiesta? ¿Qué valor corresponde a un riesgo contra la salud en el puesto de trabajo en comparación con condiciones de producción rentables?». También BECKER, en Becker / Landes, *Essays*, p. 45, señala que «reasonable men will often differ on the amount of damages or benefits caused by different activities», añadiendo de modo cauteloso que «these differences are basic to the development and implementation of public policy but have been excluded from my inquiry. I assume consensus on damages and benefits and simply try to work out rules for an optimal implementation of this consensus».

Quizá sea más fácil la inclusión en el análisis de coste-beneficio del principio de culpabilidad, entendida como responsabilidad personal por un hecho cometido por el propio sujeto (150). Pues, en efecto, si tal conexión no se diera, el sujeto no tendría ningún motivo para no infringir las normas protegidas por la amenaza penal (151). Y lo mismo cabe sugerir a propósito de la imputación personal y el poder actuar de otro modo (152). En realidad, esto ya se plantea en el utilitarismo clásico. Así, podemos leer en *Bentham* (153) que

«Es pena ineficaz la que no podría producir efecto alguno sobre la voluntad, y que por consiguiente no serviría para prevenir otros actos semejantes. Es ineficaz pues la pena cuando se aplica a individuos que han obrado sin conocimiento, o sin intención, o por una fuerza irresistible, o por un temor superior a la pena, o por la esperanza de un bien preponderante».

En esta medida, pues, podría apreciarse una coincidencia entre análisis económico y respeto de la autonomía de la persona. Frente a ello, en cambio, fueron las perspectivas del *homo sociologicus*, o del delincuente patológico de finales del S. XIX las que implicaron una considerable limitación de las garantías individuales, con propuestas como la de introducir la castración punitiva y otras de signo estrictamente instrumentalizador (154). De modo que parece que la eficiencia sí posee alguna capacidad, por limitada que ésta sea, de generar o, al menos, integrar en su seno principios político-criminales de garantía del ciudadano.

El punto de vista contrario sostiene, frente a la fe expresada por algunos acerca de la capacidad de la eficiencia para integrar las garantías liberales, que es preciso construir límites externos. Dicha perspectiva, *partiendo de una visión estricta del significado de la eficiencia económica*, entiende que no cabe justificar metodológicamente que ésta sea el único fin o el fin superior de la política jurídica (155). Los derechos fundamentales, aparecerían, así, como límite infranqueable de las consideraciones de eficiencia (156). A mi entender, ésta es la tesis más difundida,

(150) SEIDMAN, *YLJ* 94, 1984, pp. 335-336, 338, señala que un sistema eficiente de justicia penal debe basarse en la idea de culpabilidad (*blaming*) porque el control a través de la inhibición moral (que se derivaría de la adecuación del sistema al principio de culpabilidad: «*blaming teaches moral inhibitions*» —nota 65—) daría lugar a un coste social inferior por unidad de prevención. De todos modos, debe distinguirse aquí entre el principio y las reglas de imputación de culpabilidad: «As an institution, blaming potentially serves to minimize the social cost of crime, but this fact provides no guarantee that the choice of people to blame will necessarily have similar good consequences», (p. 340).

(151) LÜDERSEN, *IURIS* 3/1994, p. 69. Ya BENTHAM, *Compendio*, II, pp. 54-55. En cambio, AVIO, *Law and Phil.* 12, 1993, p. 261, señala que la lógica de la eficiencia podría requerir o, al menos, permitir la sanción del inocente en determinadas circunstancias.

(152) LÜDERSEN, *IURIS* 3/1994, p. 69.

(153) *Compendio*, II, pp. 49-50.

(154) Pone de relieve esta contraposición EHRLICH, *BJC* 22-2, 1982, p. 136.

(155) En este sentido EIDENMÜLLER, *Effizienz*, pp. 325-326.

(156) EIDENMULLER, *Effizienz*, pp. 468 y ss., 489 y ss., 497.

de modo que, aunque probablemente se acepta que la eficiencia es elemento integrante de la noción de justicia (157), también parece que se entiende que con el solo instrumento de la eficiencia no cabe aspirar a un pleno cumplimiento de todos los fines del Derecho (158). Por poner un ejemplo que nos resulte próximo, está claro que desde consideraciones de eficiencia puede propugnarse la adopción de medidas de despenalización por razones de utilidad (159). En cambio, subsisten dudas más que razonables acerca de que siempre que la consideración de eficiencia conduzca a la sanción, ello pueda y deba producirse sin vulneración de principios irrenunciables de garantía. De ser así las cosas, habría que dar por respondida negativamente la cuestión de si el Derecho penal puede fundarse sólo en consideraciones de eficiencia (esto es, de modo no ya sólo necesario, sino suficiente), para pasar a construir modelos dialécticos o eclécticos. A este respecto es preciso subrayar que incluso desde tesis próximas al análisis económico se conviene que la dignidad humana y la autonomía individual son bienes jurídicos que se sustraen a la valoración mediante cálculos de utilidad individual o colectiva (160). En definitiva, pues, *se concluiría la existencia de un conflicto en medida por determinar entre eficiencia económica y derechos individuales* (161). *La cuestión central radicaría en cómo resolverlo: en otras palabras, dónde se encuentra el límite normativo-valorativo de las consideraciones de eficiencia* (162) y cómo (desde qué premisas) puede construirse (163), si es que realmente existe.

Por mi parte, y pese al difícil dilema que se ha planteado en las páginas anteriores, me inclino por aceptar, en línea de principio, la posibilidad de que un principio de eficiencia pueda ser suficiente para legitimar normativamente la intervención punitiva del Estado. Sin embargo, ello presupone el *rechazo de una interpretación reduccionista del juicio de*

(157) CALABRESI, *AFD* 1985, p. 227; CALSAMIGLIA, *RCEC* 1, sept.-dic. 1988, p. 305.

(158) CALSAMIGLIA, *RCEC* 1, sept.-dic. 1988, pp. 333, 334, 335.

(159) Así, por ejemplo, para el sector del tráfico viario, ALBRECHT (Hrsg.), *Rechtsgüterschutz und Entkriminalisierung*, Baden-Baden 1992, pp. 12-13: dada la falta de estigmatización de las sanciones penales en este ámbito, la relativamente escasa probabilidad de descubrimiento y sanción, y los limitados efectos derivados de la gravedad de la sanción, el mantenimiento de la intervención del Derecho penal en este campo arroja mayores costes que beneficios.

(160) KÜBLER, *Steindorff-FS*, pp. 701-702.

(161) Referencias a aspectos de ese conflicto en LÜDERSSEN, *IURIS* 3/1994, pp. 63-64, con alusiones a Posner.

(162) LÜDERSSEN, *IURIS* 3/1994, p. 64.

(163) En esta línea iría lo indicado por MERCADO, *El análisis*, p. 280, cuando indica que el futuro del análisis económico del Derecho «pasaría por el proyecto ambicioso de su integración con la teoría de los puntos de partida, con las teorías filosóficas y económicas de la distribución y con el estudio 'científico' de los valores». Ello, por lo demás, no estaría lejos de las tendencias liberal-reformistas del análisis económico del Derecho, que rechazan la consideración de la eficiencia económica como único criterio normativo para la decisión jurídica (MERCADO, *El análisis*, p. 61).

eficiencia, para pasar a sostener la apertura del mismo a la sociedad, a fin de permitir una primera integración en su seno de los principios de garantía. Así, resulta imprescindible «salir» de la idea estrecha de eficiencia (impracticable en este punto) para conocer el valor económico que, en el *contrato social*, se ha asignado a todos y cada uno de los derechos o principios de garantía jurídico-penales: qué beneficios se asocian a su vigencia y qué costes implica su privación. En efecto, el conocimiento de tal «valor» constituye presupuesto necesario de la posterior aplicación a actos o instituciones concretas del cálculo de coste-beneficio. Ciertamente, hay quien estima discutible que dicho valor —convencional, constitucional, cultural— atribuido a derechos y garantías pueda aprehenderse sin «salir» del método del análisis económico del Derecho (164). Con todo, a mi entender, *el valor social (económico) que, en términos contractualistas, se asigna a tales derechos y garantías define un marco cultural en el que deben operar los análisis de coste-beneficio* de los que resultará la eficiencia de un determinado sistema del Derecho penal. *En efecto, derechos y garantías están, de entrada, sujetos al juego de las preferencias individuales (articulado formalmente en el consenso)*. Ahora bien, conviene no olvidar que dicha eficiencia, como cualquier otro principio jurídico-normativo, incluso como principio eventualmente integrador de todos los demás, no constituye obviamente un fin en sí mismo, sino que se limita a ser un medio con la persona como horizonte. Por eso han de regir aquí, adicionalmente, los límites ontológicos derivados de la idea de *persona* y que, a mi juicio, operan frente a cualquier construcción normativista. La cuestión es, entonces, establecer tales límites, que describen el ámbito de lo *indisponible* para el consenso y, en concreto, para el juego de las preferencias individuales (165).

(164) Esto es, por una vía puramente econométrica, ajena a las aspiraciones de una determinada sociedad, de cultura dada, que se plasman en una noción contractualista de lo justo. Cfr., por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 206, 295-296, con referencias a Baumann.

(165) En realidad, el *consenso* no es sino el producto del juego de *preferencias económicas individuales*. Y su límite es el «ser» de la persona, su dignidad y la ontología objetiva de valores que de aquéllos resulta.

Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos A propósito del Proyecto Alternativo de reparación (*)

JOAN J. QUERALT

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO (**)

En los últimos tiempos, o quizás no tan últimos, las Ciencias penales, y no sólo las penales, vienen prestando especial atención a la posición de la víctima en la estructura delictual y, muy singularmente, se han interesado por su dinámica en dicho contexto.

Ciertamente, la Historia, reciente al menos, del Derecho penal, desde que existe el Derecho penal liberal-democrático, es la Historia del delito, del delincuente, de la pena y, más recientemente, del estado peligroso y de la medida de seguridad. Así las cosas, se afirma unánimemente (1), la víctima no ha sido tenida en consideración ni en el diseño

(*) Contribución al homenaje al Prof. Dr. h. c. mult Claus Roxin organizado por el Centre d'Estudis i Formació Especializada de la Generalidad de Cataluña, Barcelona, mayo de 1994. Los artículos sin indicación del texto legal corresponden al CP 1995.

(**) Entre la conclusión de este trabajo (mayo de 1994) y su publicación (primavera de 1997) ha sido promulgado el nuevo Código penal de 1995. En lo sustancial las líneas que siguen, entiendo, han de mantenerse. Se han introducido únicamente aquellos cambios forzados por alguna modificación legal puntual de la novísima normativa.

(1) *Vid.*, por todos, GARCÍA-PABLOS, *Manual de Criminología*, Madrid, 1988, pp. 76 y s.; en sentido similar, LANDROVE, *Victimología*, Valencia, 1990, pp. 22 y s. Por su parte, HASSEMER, *Consideraciones sobre la víctima del delito* —trad. Cantarero Bandrés—, en *ADPCP* (I), 1990, pp. 246 y s., explicando este abandono desde la perspectiva del análisis del Derecho penal como protector de bienes jurídicos, señala: «En esta concepción, la víctima es sólo una condición que posibilita la delimitación sistemática del 'bien' o 'interés' digno de protección».

jurídico del Derecho penal sustantivo ni en el rito por el que se hace realidad la pena a imponer por el delito cometido (2).

Por ello, no es de extrañar que cada vez más voces autorizadas de entre los penalistas se hayan ocupado de la víctima del delito desde la perspectiva, precisamente, de la víctima (3). Nace así, aunque no sólo de ahí (4), la Victimología. Y como consecuencia de la aparición de la Victimología se empieza a formular, cada vez de modo más coherente, una serie de procedimientos tendentes, por un lado, a disminuir los efectos de las denominadas victimaciones primaria y secundaria y, por otro, a poner en pie una serie de mecanismos legales que permitan dar una satisfacción a la víctima en todo o en parte o, incluso, al margen o en sustitución de la pena, como castigo estatal al infractor.

De este modo, es lógico que las teorías de la reparación, sea cuales sean las formas materiales o simbólicas (5) que deba o pueda adaptar,

(2) Con independencia de lo que se diga a lo largo de las presentes notas, echemos un vistazo a la LECr. Así, el art. 13 LECr establece: «Considéranse como primeras diligencias: las de dar protección a los perjudicados, ...». Es decir, es *obligación* de la autoridad que intervenga por primera vez en unas diligencias policiales o judiciales, antes que cualquier otra, la de proteger al perjudicado. El radio de acción de este precepto es claramente auxiliar para la víctima, en evitación de que el mal que sufre —lesiones, por ejemplo— se agraven. Análogamente el art. 786, Primera, LECr estatuye: «... los miembros de la Policía Judicial observarán las reglas generales y las especiales siguientes: Primera. Requerirán que los acompañe cualquier facultativo que fuere habido para prestar, en su caso, los oportunos auxilios al ofendido ...»; aunque nótese que 'ofendido' tiene menor alcance que 'perjudicado'. Finalmente, tanto los arts. 101 y 109 LECr como el art. 781 LECr han de ser recordados; además, este último prescribe: «El fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito».

(3) Con razón, SILVA, *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la Victimodogmática*, en *Criminología y derecho Penal al servicio de la Persona*, Homenaje a Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 633 y s., sostiene que es compatible una teoría dogmática del delito abierta a las ciencias empíricas y sociales, no encerrada en sí misma, preservando el carácter lógico-abstracto. En sentido similar, vid. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 21/2. Por mi parte, me he expresado con carácter general sobre la apertura de la dogmática a las Ciencias Sociales *latu sensu* entendidas, sin que por ello aquella deba perder su rigor, sino, antes al contrario, como necesidad, en *Praxis y dogmática jurídico-penal*, en *FORO CANARIO* (83), 1991, pp. 93 y s.

(4) La obra de von HENTIG, *The criminal and his victim*, New Haven, 1948, que recoge algunos de trabajos suyos anteriores [cfr. STANCIU, *Les droits de la victime*, París, 1985, p. 10; in extenso, GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 81 y s.], suele considerarse el pórtico de la Victimología. Acuñó, al parecer, este término MENDELSON; *vid.*, a este respecto, la breve historia que realiza LANDROVE, *Victimología*, (n. 1), 1990, p. 28. Más extensamente, cfr. WALKLATE, *Victimology. The victim and the criminal justice process*, Londres, 1989, pp. 1 y s., y GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 81 y s. De todos modos, ha de resaltarse que la Victimología no tiene siempre la misma intensidad ni siquiera la misma óptica; cfr., a este respecto, LARRAURI, *La herencia de la Criminología crítica*, Madrid, 1991, pp. 232 y s.

(5) El que las medidas de reparación no sean sólo materiales es algo en sí mismo evidente: o el victimario puede ser incapaz en todo o en parte de concluir una reparación completa a la víctima o la víctima no es una persona determinada; cfr. *Arbeitskreis Deutscher, Schweizerischer und Österreichischer Strafrechtslehrer Alternativ-Entwurf Wiederaufmachung (AE-WGM)*, Munich, 1992, pp. 43 y s., especialmente 43, 48, 49 y los §§ 2 (1). 4. y 3 proyectados.

aparezcan en primer plano. En este contexto, merece especial consideración el esfuerzo que un grupo de profesores alternativos alemanes, austríacos y suizos, con nuestro homenajeado de hoy, el Prof. ROXIN, a la cabeza, ha desplegado para ofrecer una serie de alternativas a la pena (6), si, dadas ciertas circunstancias, el productor del delito accede a reparar de algún modo, no siempre materialmente, el daño que la infracción penal ha producido en la víctima.

Este intento, todo hay que decirlo, resulta especialmente moderado con relación a otros mucho más radicales que pretenden desde perspectivas abolicionistas (7) una superación del Derecho penal, pese a ser éste su obligado referente (8), con la consecuente *merma material* para el restablecimiento de la conveniencia que la infracción ha producido *de parte del haz de garantías materiales y procesales* tan arduamente conseguidas a lo largo de la Historia de la cultura política y social. Ha de recordarse que estas garantías están diseñadas para *proteger al ciudadano, presunto delincuente o no*, del uso tradicionalmente inmoderado del *ius puniendi*.

Conviene, antes de entrar a valorar la adecuación global a nuestro ordenamiento de las líneas generales de las medidas alternativas a la pena y, en especial, de la más acabada propuesta en favor de la víctima que se ha hecho en los últimos tiempos, echar una ojeada, si bien some-ra, al estado actual de la relación del Derecho penal con la Victimología, pues algunas de las propuestas se deben, en buena medida, a un planteamiento muy convencional del que han hecho gala los propios penalistas contemporáneos.

En efecto, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial se dio la traste con el modelo de estado previo a 1939, socabado ya por planteamientos relativistas y, por tanto, con él desapareció el modelo eminente y residualmente iusnaturalista y retribucionista de Derecho penal que desde el advenimiento del estado liberal-burgués había sido su fruto directo. De un lado, una mayor preocupación por el ser humano, no desde la perspectiva ideal más o menos roussoniana, sino desde una vertiente mucho más realista, se dio paso con plena carta de naturaleza al Estado social de Derecho que, a lo largo de los años sesenta y setenta, podría ser calificado, además, de democrático. Lógicamente, ello tuvo su influencia en el campo del Derecho penal, tanto en el terreno de la Ciencia como en el de la legislación y el de la jurisprudencia (9). La

(6) El ya citado *Alternativ-Entwurf* (n. 5).

(7) Vid. una exposición en SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales de reparación a la víctima (Con especial referencia a los supuestos de responsabilidad profesional)*, en *LA LEY*—Argentina—, 23.4.1993, p. 3.

(8) O lo que es lo mismo: sin Derecho penal no hay ni delito ni delincuente; por tanto, la protección de la víctima se volatiliza. Esto se entiende, acertadamente, como una quiebra de las garantías básicas del Estado en el sentido de compromiso de protección de los más débiles; cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 27.

(9) La relación entre evolución política y Derecho penal puede observarse en las magistrales páginas de MIR, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 315 y s.

prueba más acabada de ello nos la ofrece el Proyecto Alternativo alemán de 1968, del que, una vez más, el Prof. ROXIN es uno de sus paladines.

Los rasgos fundamentales de este nuevo pensamiento jurídico-penal estriban en la necesidad de configurar la Política Criminal como medio orientador y comprensivo del Derecho penal, en el impulso de las garantías penales y en el desarrollo de principios tales como el de legalidad, culpabilidad, humanidad y proporcionalidad, todo ello orientado a la exclusiva protección de bienes jurídicos.

Las consecuencias directas de esta efervescencia, asombrosamente llevada a la práctica de modo abrumador para lo que suelen ser los movimientos teóricos, cabe encardinarlas en un doble haz de aspectos. Por un lado, nos encontramos con un pujante movimiento descriminalizador y un consecuente auge del abolicionismo. Ciertamente, si la misión del Derecho penal es la exclusiva protección de bienes jurídicos y ello sólo como última ratio y con carácter fragmentario, tal característica supone la desaparición de muchas conductas (10) y correlativo repliegue del ámbito de lo punible. Así las cosas, no es de extrañar que se clame por un abolicionismo del Derecho penal vista su autopropiciada mengua.

Pero este abolicionismo no siempre es directo y abierto, sino que surge, incluso inconscientemente, de modo soterrado o indirecto. Tal sucede con la irrupción en el Derecho penal de ciertos planteamientos respetuosos para con la víctima, es decir, con la aparición de la Victimología. En efecto, en términos generales, la cultura penalística continental había dejado de lado la consideración de la víctima más allá de lo meramente indemnizatorio, y, aun así, limitadamente (11). Desde una perspectiva global resulta ciertamente asistemático y, por tanto, lamentable, el mencionado olvido, puesto que, si se considera que la misión del Derecho penal es procurar la indemnidad de bienes jurídicos, no cabe olvidar que esos bienes jurídicos, singularmente, los de índole individual, representan, no sólo una quiebra del ordenamiento jurídico, con su consiguiente repercusión social —y, de ahí, la entrada en acción del Derecho penal—, sino que, además, el delito, la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico-penalmente protegido, comporta, igualmente, un menoscabo que el titular del bien no sólo percibe sensorialmente, sino, y esto es lo más importante, sufre.

Una consecuencia de esta nueva perspectiva es la de ofrecer un mayor protagonismo a la víctima a la hora de buscar su satisfacción ante la producción del evento lesivo que el delito supone. Y no sólo eso; se pretende evitar la victimización secundaria, mediante la obtención de una

(10) Aunque el propio ROXIN hable, a la vista de los hechos, de huida hacia el Derecho penal en no pocas ocasiones; vid., por ejemplo, *El desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo* —trad. J. J. Queralt—, en *La reforma del Derecho penal*, S. Mir ed., Bellaterra, 1980, p. 87.

(11) Vid., por todos, LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 22 y s.

satisfacción al detrimento físico o moral sufrido, sin necesidad de agotar todas las instancias procesales.

Para ello se han ofrecido una serie de alternativas que, grosso modo, podemos sintetizar en dos apartados. Por un lado, están las corrientes doctrinales y, por ahora parcialmente implementadas, consistentes en lo que se puede denominar *mediación* (12). Otra corriente de pensamiento, también insuficientemente implementada hasta la fecha es la que representa el citado Proyecto alternativo de *reparación*. Este planteamiento resulta mucho más ambicioso y de mucho mejor diseño que la mediación de corte exclusivamente victimológico; y, es más: pretende sustituirlo (13), aunque, ciertamente, entronca con el movimiento que genéricamente cabría denominar *diversión*, originario del mundo anglosajón (14).

Así las cosas, procede, antes de analizar las líneas maestras del Proyecto Alternativo de reparación, una verificación somera de la adecuación de este tipo de *medidas extrapenales como reacción al delito*. Para ello, conviene, en primer término, comprobar la adaptabilidad de las líneas maestras de la mediación a nuestro ordenamiento jurídico.

II. LA MEDIACIÓN: ALGUNOS PROBLEMAS

Entrando en el terreno de la *mediación* ha de señalarse que se trata de hallar una solución al problema de la victimización del sujeto pasivo del delito. Esta solución, y siempre con la idea de no incrementar dicha victimización, es decir, la victimación secundaria, pasa por que un tercero, el juez, normalmente, tercie entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, incluso, entre los perjudicados, con el fin de evitar la prosecución del procedimiento y dar una satisfacción a la víctima, no necesariamente económica (15).

Las *ventajas* de este sistema, como de cualquier otro que suponga una *finalización anticipada del Proceso penal o evitación, si ello es posible, de su inicio*, vienen determinadas por el hecho de que puede reducirse sensiblemente el número de causas criminales, descargando de modo relevante a la Administración de Justicia penal. Tiene, por otro lado, una ventaja de no poco interés: *la víctima encuentra una solución*

(12) Cfr. WALKLATE, *Victimology*, (n. 3), 1989, pp. 119 y s.

(13) *Vid. Alternativ-Entwurf*, (n. 5), 1992, pp. 22 y s.

(14) *Vid. op. cit.*, pp. 20 y s.

(15) Cfr. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 79; *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 22, 24, 26, 41 s. [§ 1. 3 AE-WGM]; TAMARIT, *La reparación a la víctima en el Dret penal*, Barcelona, 1993, p. 94. Críticamente, en cambio, WALKLATE, *Victimology* (n. 3), 1989, p. 126, sobre las posibilidades reales del sistema. En sentido similar, ampliando el radio de acción crítico por la poca atención de la victimología a los nuevos delitos, HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, pp. 257 y s.; LARRAURI, *La herencia* (n. 3), 1991, pp. 233 y s., recogiendo las críticas al optimismo victimológico embebido de las estadísticas y estudios, cuando éstos antes se despreciaban.

al problema que le ha causado el delito sin necesidad de esperar el fin de un procedimiento regular (16), con la consiguiente demora de tiempo, gastos judiciales relativamente elevados en no pocas ocasiones y sin necesidad de revivir en las diversas declaraciones previas al juicio oral y en este mismo acto al daño que el delito en su día le causó.

Este modo de arreglo extrapenal al mal que el delito genera y comporta concomitantemente tiene una *fuerte carga psicologista* (17). Busca, en lo esencial, hallar una explicación al hecho punible sufrido y desde esa racionalización, cuando es facilitada por el sujeto activo, desangustiar a la víctima.

A) Objeciones

Los inconvenientes político-criminales y dogmático-jurídicos que se oponen a este modo de encarar la problemática de la satisfacción debida —eso es indiscutible— a la víctima y evitar su ulterior y, en ocasiones, reiterada victimación son, a mi modo de ver, dignos de ser tenidos en consideración. Sin embargo, como no hay rosas sin espinas, algunos reparos, graves incluso, cabe formular a la mediación y procedimientos análogos. Por tanto, este método habrá de ser manejado, hechas, si ello es necesario, las reformas legales ad hoc, cum grano salis.

Veamos, pues, algunas objeciones. Así:

1) *Objeciones político-criminales*

Desde el punto de vista *político-criminal* dos son los obstáculos que impiden la admisión con carácter general y serio de la mediación.

En efecto, por un lado, transforma el proceso penal en algo próximo al diván de psicoanalista, olvidando que dicho proceso está llamado a implementar, si hay lugar para ello, la seriedad del sistema penal; es decir, mostrar al público que el castigo es una amenaza real (18).

Esta perturbación de la función político-criminal del propio proceso penal puede revelarse, además, como *criminógena*. No de otro modo cabe entender la percepción del presunto sujeto activo, cuando observe que con una predisposición a la mediación, que en no pocas ocasiones sólo tendrá un carácter simbólico, todo lo más moral, la infracción que-

(16) Cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 15), 1992, p. 34.

(17) Cfr., por ejemplo, BERISTAIN, *La Victimología creadora de nuevos derechos humanos*, en *Victimología* (A. Beristain/J. L. de la Cuesta dirs.), San Sebastián, 1990, pp. 222 y s.

(18) Extremo éste sobre el que ROXIN, acuñado de la teoría dialéctica de la unión, ya se pronunció en *Sentido y límite de la pena estatal* (1966), en *Problemas actuales de Derecho penal* —trad. Luzón Peña—, 1976, p. 25.

da saldada. Si ello es así, tal sujeto entenderá que el precio por el delito ha sido sensiblemente rebajado y ello tiene una consecuencia inmediata: *hace el delito rentable*, pues diluye sensiblemente los límites razonables de la prevención general.

Político-criminalmente también resulta más que problemático que pueda hablarse de un *sometimiento voluntario* a la mediación, cuando quien ésta acepta no está en condiciones de elegir, no ya libremente, sino ni tan siquiera está en la misma situación que la víctima. En efecto, de no acceder el victimario a la mediación, el proceso penal seguirá no sólo con todas sus consecuencias, sino que su oposición a concertarse con la víctima pudiera acarrearle consecuencias tanto en la ampliación del número de delitos objeto de la acusación como a un incremento del marco penal, dado que, aun respetando los límites legales, el Juez podrá imponer la pena, ante la renuencia del sujeto activo a conciliarse, en el grado máximo que el Código permita (ex. art. 66, 1.^ª).

A lo dicho, es decir, a la *falta de simetría* entre tales posiciones entre víctima y victimario, se añade un nuevo motivo político-criminal de desacuerdo, si se verifica el riesgo que a continuación se expone. Se trata de que, ante la negativa o imposibilidad a conciliarse con la víctima, al presunto victimario es posible que, como se ha dicho, se le incremente, dentro de los límites legales, la pena resultante. Ello tiene como consecuencia un diabólico efecto, a saber, *hacer de mejor derecho a quien está dispuesto a conciliarse que a quien no*, sujeto este último que no hace sino ejercer sus derechos constitucionales y legales y ello con independencia de la gravedad del hecho. Con lo cual, el ejercicio de un derecho, que es un derecho previsto, incluso con rango de derecho público fundamental, para quien se sospecha ha cometido un delito, corre el riesgo de convertirse en una carga. De este modo quedaría desvirtuado el haz de derechos procesales, tanto constitucional como legalmente establecidos. En este contexto, entender que se obra voluntariamente es algo más que discutible (19).

Y es algo más que discutible, cuando se entiende que la voluntariedad de la participación en la mediación tiene como objetivo —objetivo que no podría alcanzarse, si no hubiera esta disponibilidad voluntaria del victimario— en *pasar cuentas personalmente el autor y la víctima* (20). Esto, ciertamente, tiene un claro componente moralizante que parece casar mal con los planteamientos normativos del Derecho penal moderno. Conscientes de ello, los autores del *Alternativ-Entwurf* afirman que esa disponibilidad voluntaria no ha de ser tomada desde un prisma ético. «Basta —señalan— una decisión voluntaria adoptada bajo la presión

(19) Tan discutible, que el propio *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 40, pasa de puntillas sobre dicho tema, aunque en p. 34 es mucho más explícito, pero reconociendo ciertos inconvenientes de índole jurídico-constitucional.

(20) Así, expresamente, *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 40 —s. o.—. Cfr., en sentido similar, BERISTAIN, *Nuevos derechos humanos* (n. 17), 1990, p. 223.

del Proceso Penal» (21). Aunque, en realidad, adoptar una decisión voluntariamente, no supone que se haya adaptado libremente, lo cierto es que se reconoce la presión y eso puede ser origen de muchos males futuros. O se afina en este aspecto o el remedio pudiera ser peor que la enfermedad.

Con todo, este expreso y rotundo pronunciamiento del *Alternativ-Entwurf* pone bien a las claras de manifiesto que, como mínimo, los peligros antes enunciados de que la negativa a conciliarse por parte del presunto victimario con su víctima le acarreen perjuicios. Y estos perjuicios se deben al intento de haber ejercido unos derechos legítimos (22). Pero estos legítimos derechos no deben llevar, en mi opinión, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, a una nueva concepción del Derecho penal —o, si se quiere, del sistema penal— que sustituya el *in dubio pro reo* por el *in dubio pro víctima*, tal como parece proponer BERISTAIN (23). Como señala LANDROVE, tal como hacen las versiones más razonables del actual movimiento victimológico, no hay que contraponer los derechos del delincuente a los derechos de la víctima: hay que limitarse a reclamar para la persona victimizada el protagonismo que ésta merece en la explicación del hecho criminal, en su prevención y en la respuesta al sistema legal (24).

Y aún cabría añadir algo más: la víctima, por contra, ya no tiene nada que perder e, incluso, pudiera reforzar su postura, lo cual, de otra parte, resulta igualmente legítimo. Con lo que se incrementa la desigualdad procesal entre victimario y víctimas (25).

2) Objeciones dogmático-políticas

Desde el punto de vista dogmático-jurídico son bastantes los inconvenientes que se ven para implementar, incluso legalmente, esta nueva figura. En primer término, surge la objeción de una *privatización del*

(21) Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 27, 40.

(22) Estos perjuicios no distan de los que se producen en los acuerdos de conformidad previstos en el procedimiento abreviado entre la acusación y el acusado. Sobre la dudosa judicialidad de estos acuerdos y sobre que este modo de poner fin al proceso sustrae a los órganos judiciales la exclusiva y excluyente función jurisdiccional, cfr. STS 17-6-1991 (Ar. 4728).

(23) Vid. BERISTAIN, *Nuevos derechos humanos* (n. 17), 1990, p. 225; esta postura es más radical que la sostenida anteriormente: cfr. el mismo, *Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados*, en ADPCP (II), 1986, passim. Cfr., además, LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 103, que siguiendo a MARTÍNEZ ARRIETA, *La víctima en el Proceso penal*, en *Actualidad Penal* (4), 1990, p. 44, se inclina en caso de conflicto entre derechos del victimario y de la víctima por los de ésta, contradiciendo su afirmación en sentido de que los derechos de la víctima no deben perjudicar a los del presunto culpable (*op. cit.*, p. 24).

(24) Vid. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 24.

(25) Cfr. HASSEMER, *Condiciones* (n. 1), 1990, p. 256/7.

Derecho Penal (26). Suprimido en 1983 el perdón, entonces don, de la ofendida, incluso una vez recaída sentencia (27), la regulación del perdón del ofendido en el CP de 1995 ha experimentado un cambio sustancial. En primer término, deberá ser otorgado expresamente por el ofendido antes de que haya empezado a ejecutarse la pena (art. 130, 4.º I) (28). En segundo término, con carácter general, el perdón deberá ser expresamente aprobado por el órgano judicial cuando se trate de menores o incapaces; tal es el caso de los delitos contra la intimidad (art. 201. 2) y los delitos contra el honor (art. 215. 3), los daños imprudentes (art. 267) y las faltas perseguibles sólo si media denuncia del agraviado (art. 639). En cambio, el perdón que será irrelevante cuando se trate de delitos de agresión, acoso o abuso sexual y la víctima sea un menor, un incapaz o una persona desvalida (art. 191. 2). En todo caso, de acuerdo al art. 86, en los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena, lo cual constituye toda una novedad.

Pero, además, existe otra modalidad de facto de perdón. Así es, numerosos delitos son ahora sólo perseguibles previa denuncia del ofendido, salvo que afecte a múltiples perjudicados o a menores o a incapaces. En estas infracciones, como son, por ejemplo, los delitos societarios (art. 296. 1), pero también, sorprendentemente, los delitos contra el mercado (art. 287) (29), se impide, por un lado, el acceso al ejercicio de la acción pública, tanto por parte del Ministerio fiscal como de los titulares de la acción popular. Por otro lado, si el denunciante, que normalmente se personará en la causa, decide apartarse, incluso tácitamente, del procedimiento, corresponderá al Juez decretar el archivo; lo mismo que, por otra parte, sucede en la práctica con delitos públicos como la estafa o la apropiación indebida o, incluso, con ciertas falsedades en documento mercantil o privado o público expedido a instancias de un particular (escritura de compraventa, p. ej.).

En estos casos, es decir, cuando quien de iure o de facto ejerce el impulso del procedimiento se aparta de él, cabe suponer razonablemen-

(26) Cfr. HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, p. 252; aunque en otro contexto, el de la policía privada, LARRAURI, *Introducción al debate sobre la privatización del sistema Penal: la policía privada*, en *Estudios Penales y criminológicos* (XIV), 1991, p. 195, alude a la mercantilización de la seguridad; ciertamente es un tropo acertado y de perfecta aplicación a nuestro tema.

(27) Cfr. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 96 y s.

(28) Ya con la regulación anterior se había producido abusos, cuando no burlas abiertas, al remitir la admisión del perdón hasta que la sentencia firme diera pie a la ejecución de la pena. Recuérdese el caso de las injurias vertidas por un presidente de un club de fútbol contra otro compadre. Este proceso finalizó, tras agotar la vía procesal, a medio de la STS 8 de mayo de 1991 (Ar. 3605). Dado que el sujeto activo deseaba concurrir a las elecciones municipales convocadas a final de ese mes de mayo, el perdón se tramitó con una velocidad digna de mejor causa.

(29) Vid. mi *Derecho penal español. Parte Especial*, 31996, pp. 437, 442 y s., por un lado, p. 603, para la publicidad abusiva (art. 282), por otro.

te que ha existido un perdón, por lo general y no por *gratia et amore*, sino por haber obtenido el interesado una satisfacción. Es decir: el impulsor del procedimiento se aparta del mismo por haber logrado una reparación total o parcial a la que la puesta en marcha del proceso parece responder.

Por ello, no deja de ser chocante volver a planteamientos superados: la vuelta al Derecho penal privado y la, si procede, humillación del presunto sujeto activo del delito. En estos supuestos la correlación de fuerzas no será ajena a una, por llamarle de alguna manera, solución.

Ahora bien, si esta mediación se admitiera, especialmente para las infracciones más irrelevantes penalmente, es decir, que se admitiera un control desformalizado (30), ello supondría que su tipificación en los textos penales está de más. De esta suerte, al tratarse sólo de intereses particulares, la jurisdicción civil (31), que sí permite la transacción judicial y extrajudicial, es el lugar idóneo para hallar arreglo a estos descuentos interpersonales. De nuevo, una llamada al *principio de intervención mínima*, con su efecto despenalizador, daría solución a un problema y evitaría la desconfiguración del sistema penal.

En cuanto a las infracciones más graves, no parece que más allá de las de carácter estrictamente económico y que afecten a sujetos individuales o, en su defecto, claramente individualizables, pueda hablarse de mediación, previa y preclusiva al proceso penal. Por ello, dejar, salvo en los casos que debiera intervenir el Ministerio Fiscal por razón del estado de la víctima, la persecución a que se interpusiera una querrela, previa certificación de la desavenencia extrajudicial, no sería, desde luego, una cuestión que hubiera que pasar por alto.

No obstante, estas posibilidades, es decir, la despenalización o el sometimiento a una condición de procedibilidad, también presentan inconvenientes y es posible que causen inseguridad jurídica, lo que no se puede decir que case bien con el sistema penal. En efecto, si ante ciertos supuestos o ante ciertos supuestos y en determinadas condiciones —por ejemplo, hurtos de menos de 100.000 pts., cometidos por primera vez por menores de edad penal o, en todo caso, por menores de 21 años— se establece la previsión de la mediación, ello no supone estar en presencia de una auténtica descriminalización, sino, más bien, ante un perdón legalmente regulado, más o menos condicionado. Y el perdón, no hay que olvidarlo, puede ser objeto de transacción o imposición (32).

(30) Cfr., también críticamente, SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales* (n. 7), 1993, p. 6, donde afirma: «A mi entender, instituciones que no son aptas para prevenir lesiones de bienes jurídicos esenciales ni respetan las garantías fundamentales *no deben formar parte del derecho penal*».

(31) Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales* (n. 7), 1993, pp. 2 y s.

(32) Cfr. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 97 y s., sobre lo acertado, en esta materia, de la supresión del perdón para determinados delitos operada por la LO 8/1983, de 25 de junio. Vid. ahora, además, arts. 130, 4, 191. 2, 201. 2, 215. 3., 267 y 639, ya mencionados.

3) Objeciones sistemáticas

Otro es aquí el obstáculo a considerar. Tal como se plantea esta medida victimológica, no queda claro, a mi modo ver, un aspecto determinante de la propia *naturaleza ilícita del hecho* que genera la mediación, a saber, su previa tipificación como tal y, consecuentemente, la previsión legal de qué sucede si los sujetos enfrentados por dicho ilícito no llegan a un acuerdo.

En efecto, salir del Derecho penal para volver al Derecho civil (33) o a un Derecho intermedio de daños supone algo más que pretender generar la mediación desde una figura tal como el vigente art. 1902 CC. La previsión legal de la culpa extracontractual es tan sumamente amplia, es decir, *difusa*, que hace *perder de vista el carácter preventivo general de la tipificación de las infracciones penales*. Pero, además, por otro lado, de no llegarse a un acuerdo fruto de la mediación, tampoco queda claro si la solución coercitiva a la que una instancia independiente llegaría para componer los intereses en juego sería el Juez penal o el Juez civil (34),

(33) Posibilidad sobre la que advierte TAMARIT, *La reparació* (n. 15), 1993, p. 23, al hablar de los ordenamientos anglosajones.

(34) Téngase en cuenta que los jueces tiene como competencia exclusiva (jurisdicción positiva) y excluyente (jurisdicción negativa) juzgar y hacer ejecutar lo juzgado: arts. 117. 3 CE y 1 LOPJ. Únicamente por ley y en garantía de cualquier derecho se les puede otorgar más competencias (arts. 117. 4 CE y 2 LOPJ); sobre este particular, cuya enjundia sobrepasa estas líneas, vid. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, pp. 50 y s., en contraposición a PEDRAZ PENALVA, *De la Jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano* (1976), en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Valladolid, 1990, p. 58, que mantiene, al menos históricamente, un concepto muy restringido de jurisdicción, limitado exclusivamente a la potestad de juzgar en el aspecto contencioso. Sea como fuere, habría que pensar si la función que habría que atribuir al juez es la de mediación o, más propia y rectamente, la de aprobación del acuerdo. Por ello, la mediación del Ministerio Fiscal (ex arts. 124. 1 CE y 1 EOMF), es más, comprometiendo por partidos judiciales a funcionarios de dicha magistratura con carácter específico en la obtención de una conciliación a aprobar posteriormente por el juez, resultaría más adecuado; no hay que pasar por alto que el Ministerio Fiscal está *ex constitutione* habilitado para «procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social». Este último inciso del art. 124. 1 CE, reproducido en el art. 1 EOMF, se ha interpretado como una tautología [cfr., por todos, MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992, p. 150]: se reitera la protección del interés público. Ello sería cierto si se promoviera, como dicen los textos legales, la acción de la justicia en defensa, entre otros bienes, de ambos intereses. Sin embargo, *lex data* el interés social no se promueve mediante acciones, sino que se procura, lo que ciertamente no es lo mismo. Ello, en conexión con la dicción del art. 117. 4 CE, que parece aludir a los procesos sin procedimiento [cfr. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, *cit. supra*, 1991, p. 54], pudiera interpretarse, lo tuviere en mente o no el constituyente, como un refuerzo en tales nuevas vicisitudes judiciales. De todas formas esa intervención debe ser creada por Ley, siguiendo la previsión del art. 781 I LECr, tras la reforma operada por la LO 7/1988. Sea como fuere, vid. Circular FTS 1/1989 y su crítico comentario en TAMARIT, *La reparació* (n. 15), 1993, pp. 71 y s.

Tampoco sería despreciable que tal mediación se llevara a cabo por las *Oficinas de Protección a las Víctimas*, tal como ocurre en otros países y en el nuestro de formal alega y experimental, pero con no poco éxito.

en caso de ser un Juez (35). Si fuera el Juez penal, forzosamente debería llegar a la imposición de una pena, lógicamente, tras un proceso penal; si dicha instancia independiente fuera el Juez civil, se dictaría una sentencia reparatoria de índole estrictamente privado que condenaría al infractor al cumplimiento de una determinada prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Pero ambos planteamientos parten de un *prejuicio erróneo*, a saber: que, si existe una víctima es por que existe un daño, y que, si existe un daño, es porque existe un causante del mismo, causante que se determina casi de modo apodíptico. O lo que es lo mismo, *el proceso de mediación*, ya concluya civil o penalmente, si aquélla fue infructuosa, está encaminado a *imponer al causante reticente a pactar una sanción, civil o penal, y no a averiguar si el causante es responsable civil o penalmente de la producción del evento*. El proceso de reparación excluye el proceso de investigación, cosa que, además, puede ser contradictoria con intereses enfrentados de diferentes víctimas de un mismo hecho.

Una orientación sesgada pro víctima es claramente distorsionadora; tiende exclusivamente a la reparación, olvidando los derechos del presunto autor del daño. Este olvido supone pasar por alto que el sistema penal moderno, incluidos sus aspectos procesales y sustantivos, nació para garantizar que el castigo y eventual reparación del daño se establecieran una vez depurada, si hubiera lugar a ello, la responsabilidad del infractor de acuerdo a un proceso legal, el denominado por los anglosajones *due process of law* (36).

La víctima, como veremos más tarde, y algunas alternativas al sistema penal tienen o pueden tener un asidero legal sumamente interesante en nuestro Derecho vigente, quizás como no ocurre en otros sistemas vecinos, sistemas que han generado las tendencias pro víctima tan acusadas y, lamentablemente es señalarlo, tan desfiguradores del sistema de garantías penales y procesales tan trabajosamente conseguido y aún no culminado.

Estos sistemas, basados en lo esencial, en el sistema acusatorio puro, desconocen la intervención ni accesoria ni como mero coadyuvante del acusador privado, del actor civil y, menos aún, del acusador particular. En efecto, si el fiscal, por las razones que fuere, decide en estos sistemas no acusar y negociar la pena (*plea bargaining system*), la vícti-

(35) El art. 16 LORCPJM —LO 4/1992— establece la posibilidad de que el Juez de menores suspenda el fallo si ha existido acuerdo extrajudicial entre el infractor y los perjudicados; el acuerdo no lo adopta ni la favorece el Juez, sino que se ha conseguido extrajudicialmente. Críticamente, por lo restrictivo de la regulación, TAMARIT, *La reparación* (n. 15), 1993, p. 74.

(36) Recuérdese que dicho principio nace en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica; así, la Quinta Enmienda (*Bill of Rights*) establece, para lo que aquí interesa, el proceso debido como medio de operar judicialmente contra un infractor criminal.

ma queda forzosamente al margen de la reparación. Este desamparo es motivador de quejas; sin embargo, lo que en nuestro sistema puede ser motivador de quejas no es la ausencia de posibilidades legales de intervención de la víctima, sino su no toma en consideración en muchos casos, en un claro ejemplo de actuación judicial y fiscal *contra legem*.

B) Concepto de víctima

No obstante, antes de proseguir queda por esclarecer un extremo que, desde luego, no parece obvio entre las corrientes victimológicas. Se trata, precisamente, del *concepto de víctima* (37).

En Derecho penal, la víctima es el titular del bien jurídico-penalmente protegido que ha sido dañado o puesto en peligro, es decir, el sujeto pasivo; junto a la víctima se hallan los perjudicados, es decir, aquellos otros sujetos que se ven directamente afectados por el delito, pero que no son titulares del bien jurídico lesionado o puesto en peligro (38). El pa-

(37) Cfr. la detallada exposición que hace GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 81 y s., con abundante información sobre la evolución conceptual. Otros autores, como por ejemplo, WALKLATE, *Victimology* (n. 3), 1989, pp. 52 y s., o LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 39 y s., o más recientemente aun ROMERO COLOMA, *La víctima en el sistema penal*, en *Actualidad Penal* (44), 1992, pp. 443 y s., se limitan a ofrecer listados y clasificaciones de tipologías sin formular un concepto unitario de víctima; de estos listados cabe entender que manejan un concepto amplio, no ligado siempre al de sujeto pasivo del delito. Un ejemplo de ampliación sensible del concepto de víctima lo ofrece VIANO, *Victimology: a new focus of research and practice*, en *Victim's rights and legal reforms: international perspectives*, Oñati, 1991, p. 19, al considerar, por ejemplo, la Asociación Norteamericana de Madres contra los Conductores Ebríos (Mothers against Drunk Drivers —MADD—) como una organización específica de víctimas. El *Alternativ-Entwurf* en su § 2 (1). 2. parece limitar, en cambio, la reparación a terceros, sólo si a éstos, especialmente las aseguradoras, les han sido transferidos los derechos a reparación del ofendido; cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 46; en sentido similar, aduciendo razones en pro de una delimitación, DUNKEL, *Fundamentos victimológicos generales de relación entre víctima y autor en Derecho penal*, en *Victimología* (n. 17), 1990, p. 165.

Por otro lado, los textos internacionales son parcos en definiciones. Sólo la Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (vid. infra n. 57) contiene una definición de víctima que resulta, por lo demás, desmesurada.

Por su parte, QUINTERO, *Dos Problemas pendientes de la justicia penal*, en *Estudios penales y criminológicos* (XVII), Santiago de Compostela, 1994, p. 433, considera que bienes como el medio ambiente tiene por titular a «todos», según el art. 45 CE; así, para estos supuestos, cualquier persona podría considerarse víctima.

(38) En sentido similar, al analizar la reforma de las faltas y la diferencia que cabe atribuir al *ofendido* en las que se dirigen contra la vida e integridad física y el *perjudicado* en las faltas contra la propiedad, vid. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 98. Cfr. igualmente, SILVA SÁNCHEZ, *Innovaciones teórico-prácticas de la Victimología en el Derecho penal*, en *Victimología* (n. 17), 1990, p. 77. En efecto, el actual art. 621. 6 (heredero, en parte, del anterior art. 586 bis III CP-73) establece que las infracciones relacionadas en el art. 621, entre ellas el *homicidio imprudente leve* (art. 621. 2), quedan sometidas a la *denuncia del agraviado*. Cabe preguntarse, si, dado que el finado, que por definición, ya no existe, estamos ante una infracción de facto impune, o si podría presentar la denuncia su representante, pero ello supondría que los difuntos, de poder tenerlos,

radigma del homicidio de un padre de familia es claro: el sujeto pasivo o víctima es el finado y el cónyuge supérstite y los hijos, en cambio, resultan ser los perjudicados.

La distinción entre víctima y perjudicado tiene trascendencia dogmática, político-criminal y procesal. Así es: por un lado, la relación del bien jurídico penalmente protegido con la víctima permite establecer la gravedad del ilícito por parte del legislador; de esta suerte la esencialidad del bien y la consecuente intensidad de la punición de la conducta lesiva del mismo se determinarán a la vista de la relación entre bien y titular del mismo. De otro lado, procesalmente, y con independencia de la acción popular, la existencia de una víctima jurídicamente capaz de actuar impide el ejercicio de la acción penal y/o civil por parte de los perjudicados en sentido estricto. El caso del padre de familia que, por las razones que fuere, no desea perseguir judicialmente a quien le ha estafado, cierra el paso a sus hijos para ejercer cualquier acción penal o civil al respecto por considerar que tal ilícito ha menguado, no ya su patrimonio, sino el contenido de su derecho de futuro sobre el mismo.

Pero lingüísticamente y en el terreno puramente sociológico no es fácil poder hablar, como ya se ha mencionado, de delitos sin víctima (39). Quizás por ello, el Derecho español ha reconocido secularmente el derecho a la acción popular, derecho que tras la jurisprudencia constitucional (40) se

se perpetuarían en sus representantes (!), o, si el derecho de denuncia creado en la Ley penal, es un derecho disponible mortis causa. Si ello fuere así, el causante podría impedir testamentariamente tal ejercicio a sus herederos; pero, de ser así, ¿qué sucedería cuando el heredero, legal o forzoso, fuere el Estado? Una mayor precisión terminológica hubiera facilitado las cosas. Cfr., a este respecto, mi *Derecho penal* (n. 29),³1996, pp. 12/3 y GONZÁLEZ RUS en *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, I (COBO dir.), 1996, p. 56; pasa por alto este hecho, MUÑOZ, *Derecho penal. Parte Especial*,¹¹1996, p. 36 y sin extraer conclusiones al respecto MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO y QUINTERO en tanto en *Comentarios al Nuevo Código penal* (QUINTERO dir.), 1996, pp. 694, 2301 y 2385, como en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 1996, pp. 50, 1657, 1671, respectivamente.

(39) Oponiéndose a mi crítica a la reforma operada reciente por la LO 8/1992 de los entonces arts. 344 bis e) y 344 bis k) CP-73, ahora 374 y 378, [vid. mi *La reforma Penal y Procesal en materia de tráfico de drogas*, en *Actualidad Aranzadi* (96), 1993, p. 4], TAMARIT, *La reparación* (n. 15), 1993, p. 51. Mantengo mi crítica a la regulación en los términos expuestos; y, además, no creo que en materia de tráfico de drogas se trate de «una modificación legal intrascendente» el que se altere el orden de prelación establecido en el art., ahora, 126 para imputar al culpable el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias derivadas del delito, cuando sus bienes no den alcance para cubrir todas. El postergar las costas devengadas por el acusador privado y por el particular a que se satisfaga una multa millonaria es un auténtico despropósito. Y lo es porque las víctimas no dogmáticas del delito —no hay sujeto pasivo en la mayoría de delitos relativos al tráfico de drogas— recurren en España, cada vez más, a ejercer la acción popular. Remitir a estas personas con seguridad *calendas graecas* para resarcirles de los gastos que su representación letrada ha generado parece, desde luego, poco compatible con una protección a las víctimas reales del narcotráfico. Por ello es acertada la crítica que hace GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, p. 85, al frívolo manejo de expresiones tales como «crímenes sin víctima».

(40) Vid., entre otras, la temprana STC 62/1983. De todos modos, lo que no tendría sentido sería efectuar un proceso de mediación con el acusador privado. La acción popular está pensada para poner en marcha los mecanismos del *ius puniendi*, coadyuvando o sustituyendo

ha convertido en un derecho a la acción penal incondicionado (41), sin necesidad de esgrimir derecho ni interés directo o legítimo alguno. El mero hecho, entre nosotros, de convivir en sociedad legítima el ejercicio de la acción penal a los ciudadanos españoles. Esta convivencia hace que, al menos en un plano ideal, trascienda a cualquiera un ilícito criminal (42). Sin necesidad de llegar a ello, que representaría el *maximum* de victimización, se echa en falta en la doctrina, como se ha puesto de relieve, la *precisión* de un *concepto de víctima*. Esta ausencia dificulta enormemente la implementación dogmática y legal de la cuestión. La prueba estriba en que, por lo que respecta al Derecho continental europeo, las relaciones en esta materia manejan un concepto estricto de víctima, llegando, todo lo más, al perjudicado (43).

Esta indefinición es peligrosa, pues impide precisar el alcance y destinatarios de la mediación. En los mal llamados delitos sin víctima, es decir, en aquellos delitos que se consideran de titular difuso, como pueden ser los delitos relativos al tráfico de drogas o contra el medio

su puesta en marcha por los órganos primarios constitucional o legalmente habilitados al efecto. Por lo tanto, la acción popular no es una plataforma de negociación con el victi-mario.

(41) Críticamente, por entender que, en no pocas ocasiones, se abusa de la acción popular, *vid.* QUINTERO, *Dos problemas* (n. 37), 1994, pp. 434 y s.

(42) Considera que la coincidencia entre acusación particular y privada restringe el protagonismo debido a la víctima, PERIS RIERA, *Situación jurídico-procesal y económica de la víctima en España*, en *Victim's Rights* (n. 37), p. 235. No se entiende en qué medida perjudica a la víctima el que, incluso alguien que no haya resultado ofendida directamente en sentido jurídico-penal, es decir, sujeto pasivo de un delito, pueda ejercer la acción popular.

Sea como fuere, el CP de 1995 otorga a los interesados mayores de edad y mentalmente maduros, si la ofensa no afecta a múltiples perjudicados, el poder de poner en marcha el proceso penal y, de hecho, de paralizarlo, con el inevitable archivo. Así, con independencia de la previsión del art. 86, que otorga la facultad de intervención al denunciante o querellante en la ejecución de la pena, el texto penal prevé la denuncia como motor del proceso en los arts. 162.1 (reproducción asistida incoherente), 191.1 (agresiones, acoso y abusos sexuales), 201.1 (revelación de secretos y otros atentados a la intimidad), 228 (abandono de familia e impago de prestaciones económicas judicialmente exigibles), 267 II (daños imprudentes), 287 (infracciones contra las propiedades intelectual e industrial y contra el mercado y los consumidores), 296.1 (delitos societarios), 456.2 (acusación y denuncia falsas), 620 (amenazas, coacciones y vejaciones leves), 621 (lesiones leves y homicidio por imprudencia leve), 624 (falta de alteración de lindes). La querrela se reserva únicamente para los delitos de calumnias e injurias (art. 215).

(43) Cfr. para Alemania, Austria y Suiza SEISER, *Die Rolle des Opfers in den Strafrechtssystemen der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz*, en *Opferrechte im Strafpozeß. Ein europäischer Vergeich* (H. H. Kühne ed.), Kehl-Estrasburgo-Arlington, 1988, pp. 20 y s., 28 s. y 33 s., respectivamente; para Francia, cfr. HARD, *Die Rolle des Opfers im französischen Strafverfahren*, en *op. cit.*, pp. 64 y s.; para Italia, cfr. AMMER, *Die Berücksichtigung von Opferrechten in der italienischen Straf-Prozessordnung*, en *op. cit.*, pp. 81 y s. De nuevo sobre Alemania, cfr. TAMARIT, *La reparació* (n. 14), 1993, pp. 28 y s.; sobre el mundo anglosajón, *vid.*, el mismo, *op. cit.*, pp. 19 y s. Sobre la situación en esos y en otros países, cfr. los trabajos de OLORUNTIMEHIN, PAXMAN, VAN DÜREN, EPPENSTEIN Y SAPONARO en *Victim's Rights* (n. 37), pp. 193 y s., 201 s., 213 s., 247 s. y 257 s., respectivamente.

ambiente, no resulta aceptable que se hable de delito sin víctima. Ciertamente, por ejemplo, la familia del drogadicto, aparte de él mismo, son víctimas sociales del tráfico ilícito de estupefacientes; ciertamente, los vecinos del entorno de una central térmica cuyas emisiones desforestan el entorno son víctimas sociales de la emisiones antiecológicas (44).

Ahora bien, es obvio, que abandonar el ámbito técnico-jurídico al hablar de víctimas y dilatarlo para incluir en tal concepto a cualquiera que se sienta perjudicado, incluso sin gozar no ya de un interés directo, sino de un interés legítimo, puede llevar a *consecuencias desorbitadas*.

En efecto, pensemos, por ejemplo, en que la industria emisora de contaminantes llega a un acuerdo con los habitantes de las zonas afectadas para mejorarles una carretera o reparar la escuela o el parque locales. Ello no supone el cese de las emisiones ilícitas, sino, todo lo más, por así decirlo, el abono de un canon, que puede satisfacer a los más próximos, pero no a los titulares del medio ambiente que son los miembros de la comunidad en general y no sólo los habitantes de la zona en cuestión. Piénsese, siguiendo este orden de razonamientos que, como parece ser ha ocurrido en algún país latinoamericano, los grandes grupos de narcotraficantes hayan invertido, cuando no literalmente regalado, grandes cantidades de dinero entre las capas más desfavorecidas socialmente. Ello, como es obvio, no quita para que el tráfico ilícito de estupefacientes siga siendo una lacra y siga devastando amplios sectores sociales.

Así las cosas, *el término víctima ha de ser perfilado seriamente* por quienes proponen la mediación o la reparación como alternativas a la entrada en juego del Derecho penal como cuestión previa a qué es la mediación, sobre qué hechos se media, entre quiénes se media y con qué resultados se da por concluida satisfactoriamente una mediación.

C) Las garantías constitucionales y procesales

No cabe duda, para finalizar este apartado, que, con independencia de las previsiones legales en vigor (45), la víctima es, en una extensa gama de supuestos situacionales, la gran olvidada en la práctica penal cotidiana (46), afirmación que se ha convertido ya en tópica. Dejando de lado algunos delitos, en los que la provocación del sujeto pasivo o su

(44) LARRAURI, *Le herencia* (n. 3), 1991, p. 235, se pregunta si un afectado por Chernobil se consideraría una víctima de Chernobil —s. a.—.

(45) Cfr. BUENO ARÚS, *La atención a la víctima del delito*, en *Actualidad Penal* (27), 1990, pp. 297 y s.; LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 107 y s.; TAMARIT, *La reparación* (n. 14), 1993. Vid., además, la ponencia de DE VICENTE REMESAL, *La consideración de la víctima a través de la regulación del dany en el dret penal espanyol: possibilitats actuals i Perspectives de futur*, presentada en estas Jornadas.

(46) Vid., por todos, HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal* (trad. F. Muñoz/L. Arroyo), 1984, p. 89.

predisposición a la situación de víctima, los llamados *delitos de intervención* (47), situación de la víctima que habrá de ser tenida en cuenta a la hora de la medición de la pena (48), lo cierto es que la víctima no es percibida como tal, es decir, como persona dañada por ser la más débil en la relación victimario-víctima, y no se le presta en la mayoría de supuestos la atención necesaria para salir del trance en que se encuentra. Esto ya es *communis opinio* (49).

Para empezar, las *fuerzas policiales*, con poca formación victimológica general, en consonancia con otros déficits del resto de su formación y pese a algunos esfuerzos recientes, no saben qué hacer con la víctima, más allá de llevarla, si está lesionada, a un centro asistencial u hospitalario. De todos modos, el nuevo CP establece en el art. 639 que, pese a que algunas faltas sólo son perseguibles si media denuncia, *ello no obsta a la práctica de las diligencias prevención por parte de las autoridades policiales y del Ministerio fiscal*. Si ello es así para las faltas, con mayor razón lo será para los delitos que se someten a igual condición de procedibilidad, algo que expresamente no está previsto en el Código penal, salvo, curiosamente, para los daños cometidos por imprudencia grave (disp. adicional 3.ª LO 10/1995). Quizás la existencia de, por ejemplo, los art. 13 ó 781 I-LECr, que impone la protección de la víctima, sea cual fuere el delito, entre las primeras diligencias, es decir, las *diligencias prevención*. Sin embargo, la información sobre el estado de las investigaciones policiales y/o judiciales, así como el número que recibe su expediente y el órgano que va a dirigir las investigaciones es algo que, incluso para la propia Policía, es sumamente difícil de saber, debido al sistema de asignaciones vigentes, sistema que *no se caracteriza por su previsibilidad ni transparencia* (50). Y ello con independencia de que un cierto *secreto y mutismo*, sin base legal alguna, envuelve la actuación policial, llevándola casi al terreno del arcano. Esta consideración, socialmente muy arraigada, favorece prácticas policia-

(47) Vid. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1981, pp. 54/5; LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 59 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Introducción a la Victimodogmática*, en IV Semana de Derecho penal de Las Palmas.

(48) Vid. SCHÜNEMANN, *Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtsflege*, II, en *NSiZ*, 1986, p. 442 —a quien sigue SILVA SÁNCHEZ, *Introducción* (n. 47), 1944, p. 19—, quien se formula la siguiente pregunta: ¿Acaso puede el Derecho penal sancionar cuando la conducta del autor, en sí misma considerada, no encierra un peligro susceptible de lesionar bienes jurídicos, sino que sólo adquiere dicho carácter peligroso a consecuencia de determinados comportamientos de la víctima? La respuesta, a mi entender, y siguiendo a ambos autores, ha de ser naturalmente negativa.

(49) Cfr., a título de ejemplo para lo que sigue, GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 98 y s., 102 s.; WALKLATE, *Victimology* (n. 3), 1989, pp. 108 y s.; PETERS, *La Policía y las víctimas del delito*, en *Victimología* (n. 17), 1990, pp. 27 y s.; *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 16 y s.

(50) Este aspecto, además, guarda estrecha relación con un *derecho fundamental* del justiciable, sea víctima o victimario: el *del juez predeterminado por la Ley*. Este derecho, hoy por hoy en España, apenas alcanza un cumplimiento insatisfactorio ante la pasividad de los propios órganos judiciales.

les opacas, pretendidamente ancladas en un inexistente espacio libre de Derecho y, por tanto, *ajenas a todo control*, provenga éste de la víctima, del juez, del Ministerio fiscal, de la opinión pública o, incluso, del propio presunto autor.

Es un tópico señalar que, de proseguir las investigaciones, a la víctima o a los perjudicados se les volverá a tomar declaración en un ambiente, por lo general, inhóspito y, en ocasiones, previa larga espera, no infrecuentemente compartiendo banco, con el victimario y/o sus allegados y, si procede, en presencia de la representación letrada de éstos. Esta situación se agrava, con interrogatorios, idas y venidas a los Juzgados, cuando, por las razones que fuere, la víctima nada más quiere saber del tema, como no sea mantenerse cuanto más lejos mejor al hecho de infausta memoria. Y ello sin tener en cuenta los gastos de personación, los de reparación o reposición que debe abonar desde el momento siguiente al de deterioro o pérdida del bien y una crónica falta de información fiable (51).

Ahora bien: una cosa son estas disfunciones u otras parejas, no sólo imputables al sistema judicial español, y otra muy distinta alterar el sistema de garantías (52), incluso las de la propia víctima, por mor de una pretendida mayor eficacia, menor coste social y mayor nivel de reparación o satisfacción de los que han sufrido la lesión que el delito representa.

Entre las *disfunciones* no es menor la perspectiva con que, en ocasiones, las administraciones públicas abordan la reparación *lato sensu* debida a la víctima y otros perjudicados, cuando, tratándose de aportes dinerarios, éstos son a cargo de cajas públicas. Así, por ejemplo, para proteger jurídico-penalmente la vida e integridad física y mental de las personas no basta con una alteración simbólica en la sistemática positiva, tal como ha efectuado el CP 1995, que inicia la Parte Especial con los delitos contra la vida humana independiente. *Hace falta algo más*: y ese algo no es más que una *tutela judicial* que, cumpliendo a pies juntillas el programa constitucional, sea *realmente efectiva*. Y no podrá ser realmente efectiva tal tutela judicial si, por más celeridad que intenten imprimir los órganos judiciales a las causas penales en las que se enjuicia una lesión o puesta en peligro de la vida o la integridad física de los ciudadanos, el Ministerio Fiscal, que depende en no poca medida del Poder Ejecutivo, no cumple taxativamente con las funciones para las que está diseñado constitucionalmente; entre otras «promover la acción de la justicia» (art. 124. 1. CE), aun cuando los acusados sean funcionarios públicos o el responsable civil sea un ente público. Igual recriminación ha de hacerse a la actuación de la Abogacía del Estado, cuando, en

(51) El propio horario de atención al público de los Juzgados, el empecinamiento de algunos funcionarios judiciales en sólo dar la información a través de la representación, y no al interesado, y el mero hecho de localizar el expediente son algunos de los modos habituales de consideración de la víctima en la práctica forense española.

(52) Vid. la propuesta que efectúa TAMARIT, *La reparación* (n. 15), 1993, pp. 157 y s. de *fórmulas de favorecimiento de la reparación en el seno de un modelo garantista* —s. a.—.

un torticero entendimiento del derecho a la tutela judicial de un ente público —en este caso del derecho al recurso—, dilata el cumplimiento de una sentencia mediante la interposición de recursos a los que es más que dudoso que tenga derecho constitucional. Que un *ente público, alegando tan discutible derecho fundamental a la tutela judicial, deje sin efecto el derecho a la tutela de un ciudadano —sujeto cabal de los derechos públicos fundamentales— es algo más que sorprendente.*

Así, por ejemplo, piénsese, por ejemplo, en un homicidio frustrado en la persona de un recluso. En este supuesto la Abogacía del Estado acepta ante la Audiencia —obligada por la doctrina jurisprudencial más reciente SSTS 20.10 y 26.12.1989, 23.1.1990, entre otras— el pago a cargo de Instituciones Penitenciarias de ciertas indemnizaciones; sin embargo, al formular el recurso de casación contra la indemnización a la que ha sido condenada la Administración pública —condena de todo punto racional, dicho sea de pasada: indemnización al recluso y a su familia por el daño sufrido, más una serie de pensiones vitalicias por el estado de coma en que se encuentra irremediablemente sumido aquél—, abandona su posición inicial y niega cualquier derecho reparador a la víctima, alegando doctrina legal ya periclitada. Lógicamente, aparte de inadmitirse el citado recurso —ATS 28.7.1993—, se afirma que nadie puede ir contra sus propios actos —f. j. 1—. Erradicar estas, llamemos, divagaciones, sería mucho más efectivo para la vida —y otros no menos relevantes derechos, fundamentales o no— que el cambio situacional de los preceptos.

No hay que pasar por alto que, curiosamente, es en los delitos contra las finanzas públicas españolas (no las comunitarias), si el elusor de impuestos o cuotas a la seguridad social, regulariza, dentro de unas determinadas condiciones su deuda, queda exento de pena, lo que supone un planteamiento victimológico, cuando es el Estado la víctima (52 bis).

Por lo tanto, al mismo tiempo que se estudia seriamente la descriminalización de no pocas conductas o se somete a la condición de perseguibilidad de denuncia o querrela ha de procederse vigorosamente a instaurar un sistema de reparación, auxilio e información de las víctimas (53).

(52 bis) Sobre esta problemática y su anclaje dogmático, procesal y político-criminal y las consiguientes posiciones entrecruzadas, cfr. mi *Derecho penal* (n. 38), ³1996, pp. 637 y s.; MORALES PRATS, *Parte especial* (n. 38), 1996, pp. y 743 s.; el mismo, *Nuevo* (n. 38), 1996, pp. 1387 y s.; MUÑOZ, *Derecho penal* (n. 38), ¹¹1996, pp. 898 y s.

(53) A este respecto debe recordarse la evolución de los pretextos punitivos en materia de responsabilidad patrimonial ex delicto administrativa derivada de responsabilidad penal de agentes y empleados públicos. En efecto, en una línea claramente antivictimista, el art. 122 II del Anteproyecto de 1992, al regular la responsabilidad civil subsidiaria de las administraciones públicas y demás entes públicos (por ejemplo, RTVE, el INSALUD, RENFE, CNMV, ICAC, ... que pueden estar sometidos incluso a Derecho privado, pese a seguir siendo entes públicos), ordena a los tribunales que se abstengan de pronunciarse al respecto; quien desee ser resarcido ante la insolvencia del funcionario debe acudir a un nuevo pleito, en esta ocasión una reclamación administrativa y, casi seguro que, con posterioridad, contencioso-administrativa.

Así las cosas habrá que partir de un hecho obligado en la legislación jurídico-penal española: la víctima no está precisamente postergada en nuestros textos legales, ni sustantivos ni rituales (54). Es más, algunas propuestas efectuadas en el Derecho y prácticas comparados responden a la carencia en sus ordenamientos jurídico-penales de referencia de un status victimológico. Si no se atiende la realidad normativa española, se corre el riesgo de que, junto a la entrada y aplicación de los nuevos planteamientos ideológicos en materia de Victimología, hasta allá donde sea constitucionalmente posible, se produzca una redundancia o solapamiento normativo que, en definitiva, se volverá contra quien se quiere proteger: la víctima.

Estos límites constitucionales y legales, no sólo no han de respetarse, dado que *proceso penal*, hay que reiterarlo, está *concebido* para *averiguar* la existencia de un hecho, cuya perpetración comporte un castigo y la *imposición y ejecución del castigo* mismo, sino que algunas de dichas garantías constitucionales y legales dan pie para cuestionar precisamente la permanencia de dichas garantías, si se admite sin las debidas reservas las alternativas que la reparación, y, en su caso, la mediación implican (55). Así, pueden objetarse, singularmente a la voluntariedad

A este Proyecto se presentaron 1368 enmiendas y no todos los grupos enmendaron el privilegio de los entes públicos y el perigranaje de las víctimas. S. e. u. o. enmendaron EA (enmienda n. 53), PNV (155), EE (284, 527), CDS (569), IU-IC (700) y PP (971 y 972). El PSOE propuso, mediante una enmienda técnica, concordar el art. 122 con la L 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. CiU no enmendó.

El Anteproyecto de mayo de 1994 en su nuevo art. 119 eliminaba el párrafo segundo citado e introduce uno nuevo, en consonancia con la L 30/1992. Esta Ley en su art. 146. 2 establece una clara traba al ejercicio simultáneo de la acción penal y civil; en el mismo sentido en nuevo párrafo segundo del art. 119 del Anteproyecto. La antigua legislación administrativa reducía algo más que la presente, pero con idéntico abuso de poder, la acción patrimonial contra la Administración —sujeto que se amplía al ente público— derivada de delito, privilegio que el Consejo de Estado había, en la práctica, acertadamente hecho añicos; cfr. CARRÓ y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa*, en RAP (100-102), 1982, pp. 1192 y s. Por supuesto, queda olvidada una posible interpretación del art. 106. 2 CE que entienda la responsabilidad patrimonial de la Administración —Administración en sentido estricto—, en todo caso, como directa; cfr. QUERALT, *La obediencia debida. Análisis de una causa de justificación*, Barcelona, 1986, pp. 449 y s.; QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual de Policía Judicial*, Madrid, 21989, pp. 183 y s.

El Proyecto de 1994 en su art. 119 II contiene una previsión mucho más ajustada a la defensa de la víctima: la única obligación que *impone* al interesado es la de ejercer junto a la acción penal la civil con la Administración por responsabilidad subsidiaria. Si bien es discutible tal imposición, no obliga a reiniciar un procedimiento administrativo. Se mantiene, empero, la inclusión, junto a las Administraciones, la de los «entes» públicos. Así ha pasado al art. 121 II vigente.

(54) De otra opinión, PERIS RIERA, *Situación jurídico-procesal y económica de la víctima en España*, en *Victim's Rights* (n. 37), *passim*.

(55) HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, p. 256, afirma: «El proceso penal no se basa en la armonía y en la comunicación sino en el conflicto y el debate: la persona a la que se imputa un delito no puede ser obligada a 'comprender' sino que tiene que tener la oportunidad —incluso frente a la víctima— de rechazar esa 'comunicación' y

que se predica del imputado a la hora de acogerse a esta modalidad de alternativa la pena, desde las siguientes perspectivas:

1) *Presunción de inocencia* (56)

El sujeto activo se ve compelido a aceptar la reparación, lo que supone declarar, de hecho, obligatoriamente contra sí mismo. Esta reparación, además, no es consecuencia de un proceso, sino un modo anómalo de evitarlo. No pocos presuntos infractores, ante las dificultades procesales, materiales y económicas de hacer frente a un proceso, se decantarán por este mal menor. La actual proclividad de los abogados de oficio, o de confianza, a llegar a acuerdos, que animan a sus (forzosos) clientes a pactar con el Ministerio Fiscal la pena, da una idea de por dónde pueden discurrir los tiros. Ello sin contar con la premonición, con harta base empírica, de que en ante no pocos juzgados y tribunales, no acceder a una conformidad comporta un incremento de pena hasta allá donde sea legalmente posible.

2) *Principio de igualdad*

No todos los sujetos podrán ser tratados idénticamente, a la vista de sus posibilidades personales o materiales de reparación a la víctima. Ello tiene como consecuencia que, ante hechos análogos, unos sujetos puedan eludir la pena de prisión y otros no. Así, por ejemplo, el delincuente habitual contra la pequeña propiedad podrá verse abocado a presidio, mientras que el ejecutivo depredador podrá evitar dicho lamentable evento. Además, ante tales desiguales objetivos, los operadores emplearán muy distintos esfuerzos en uno y otro tipo de casos, perpetuando la fase de Baroja: «La Justicia es como los perros: sólo ladra al mal vertido».

3) *Principio de oportunidad*

Desde otra perspectiva, pero enlazando con lo anterior, los Jueces y el Ministerio Fiscal podrán ver la posibilidad de dar carta de naturaleza al, por algunos considerado tan encomiable, principio de oportunidad,

oponerse a la imputación». Y, a renglón seguido, añade: «Tampoco la víctima debe ser llevada —ni siquiera con tácticas específicas— a situaciones discursivas que ni pueda ni quiera aguantar». Y finaliza, señalando: *La presunción de inocencia no puede sacrificarse por intereses terapéuticos*, ni siquiera en los delitos bagatela (...). El que dirige el proceso tiene que proteger los derechos de las partes, procurar el equilibrio de posiciones asimétricas, cuidarse de no colocar ninguna de las partes a un nivel de «presión comparativa» —s. a.—.

(56) LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 103, afirma que la presunción de inocencia rige en principio. No se ve el por qué de esta limitación en atención a la víctima, pues se trata de un derecho fundamental incondicionado.

sin mayores trabas. Se diluye así el principio de legalidad y de oficiosidad, no en función de causas tasadas, sino en función de paradigmas fácticos desconocibles *a priori*, entre los que la estadística no es el menos desdeñable. Con ello se aumenta el riesgo de caer en la *arbitrariedad* en la selección de los casos relevantes formalizando dos circuitos penales diversos.

Además, existe el peligro de que la posibilidad de reparación motive más a los operadores judiciales en aquellos tipos de delitos más estandarizados, relegando, incluso en perjuicio de la víctima, aquellos menores, pero cuya reparación sea más que problemática.

4) *Principio jurisdiccional*

De acuerdo al art. 117.3 CE los *Jueces* ejercen de forma *exclusiva* y *excluyente* la función *jurisdiccional*, que consiste en juzgar y hacer ejecutivo lo juzgado.

En el caso de la reparación o mediación que tiene lugar ante el Juez de Instrucción o ante el Ministerio Fiscal en igual fase, y, en todo caso, antes del juicio oral, resulta que el Juez deberá estampar su firma rubricando el acuerdo entre víctima y victimario, sea éste el que sea, sin juicio alguno, es decir, al margen del cauce constitucional y legalmente previsto: el proceso penal.

Las dudas que ha suscitado la llamada *conformidad* del procedimiento abreviado y que alguna Sentencia del Tribunal Supremo no ha aceptado por no haberse ejercido la potestad jurisdiccional (57), se revela aquí con mucho mayor vigor. En efecto, la instrucción sólo puede acabar con archivo, por causas legales, o con apertura del juicio oral.

La reparación o mediación supone la finalización de un pleito penal, en el que se reconoce la existencia del delito, en el que el Ministerio Fiscal deja de ejercer la acción —pues hay que suponerlo implicado en la negociación— y el Juez —pese a lo fehaciente del hecho, reconocido por víctima y victimario— certifica tal existencia y, previo acuerdo, archiva.

Este modo de proceder me parece incompatible con el diseño constitucional tanto de la función jurisdiccional como con el de la función del Ministerio Fiscal, salvo profundas reformas legales.

D) *Admisibilidad*

Por tanto, y para concluir, la mediación y reparación, en principio han de ser aceptadas como reorientación, no tanto de los fines de la pena, sino como alternativas cabales a las mismas.

(57) Vid. *supra* n. 22.

Hasta dónde se puede llegar, es decir, qué hechos pueden solventarse a priori mediante mediación y/o reparación y puedan ser extraídos ya de los textos penales y hasta dónde puede ser sustituida la pena, y no sólo la pena privativa de libertad, es algo que requiere una ulterior, profunda y extensa discusión.

Ahora bien, lo que parece fuera de toda duda es que, efectuada legalmente la descriminalización que se quiera, la reparación o mediación sólo puede ser *constitucionalmente efectiva*, además, en su caso, de deseable, si tiene lugar en el seno de un *procedimiento regular*, finalizado por sentencia en la que se recogen los modos, formas y maneras de tal sustitutivo penal.

III. LÍNEAS DE IMPLEMENTACIÓN DE LA REPARACIÓN A LA VÍCTIMA

A) Replanteamiento

Visto lo expuesto, y en mayor conexión con nuestro vigente ordenamiento, el sistema de reparación parece admisible. Ello no comporta que algunas de las objeciones vertidas, más bien reservas a la hora de su implantación de *lex data*, hayan de caer en saco roto.

Partiendo de la admisión, siquiera condicional de la reparación, son *varios los objetivos* que, de modo prácticamente inmediato, bajo mi punto de vista, habrían de ser acometidos. El primero, *sin necesidad de reforma legal* alguna, consistiría en instar a los Instructores que *abandonaran la tramitación rutinariamente las piezas separadas de responsabilidad civil*. Este objetivo es básico y prioritario para acometer cualquier modificación de hábitos, previa a la de normas. Así es: cuando un imputado traspasa el umbral del Palacio de Justicia, por no se sabe qué extraña razón, se convierte en pobre de solemnidad, pese a haber llegado, como ha ocurrido en más de una ocasión, a las dependencias judiciales en un coche de quitar el hipo.

En segundo lugar, procede ampliar urgentemente las medidas de reparación patrimonial con cargo a un *fondo estatal* que vaya más allá de los delitos de terrorismo y de las indemnizaciones a ciertos transportistas cuando ven quebrantado su negocio en el extranjero (58).

(58) Cfr. de lege data, TAMARIT, *La reparació* (n. 14), 1993, pp. 76 y s.; de lege ferenda, BENITO ALONSO, *Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España*, en *LA LEY* (3), 1988, pp. 885 y s. Con especial referencia a la reparación debida a delitos terroristas, vid. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 107 y s. A este respecto, constituyen un punto de partida normativo las leyes 35 y 35/1995, ya citadas (n. 39), aunque claramente insuficientes.

Así es: pese a recomendaciones de organismos internacionales (59) en este sentido y de legislación comparada (60) que se ha adelantado a las mismas o ya las ha implementado, la práctica legal española camina aún lejos del horizonte deseable. Recientemente, con ocasión de la penúltima reforma de los delitos relativos al tráfico de drogas —LO 8/1992—, y dejando aparte algunas perlas legislativas que dicha reforma contiene (61), lo cierto es que para estos delitos y los conexos, como son el blanqueo de dinero, se ha alterado la prelación en la responsabilidad patrimonial del sujeto, pasando a ser el Estado el adjudicatario *ex lege* de todos bienes incautados, previo paso por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Ciertamente es innegable que el tráfico ilícito de drogas produce una palpable devastación social en campos que van más allá de la salud pública. De ahí, además de otras consideraciones y la censura que merecen, las equivocadas penas draconianas previstas sin alternativa alguna sería de carácter terapéutico, preventivo o reparador. Por ello, no hubiera estado de más que, en lugar de esa alteración legal del sistema de prelación de los abonos patrimoniales de los declarados culpables, se hubiera destinado lo incautado, en vez de a la Policía [art. 344 bis e) CP-73], a la *creación de un fondo nacional* de ayuda a toxicómanos y a sus familias, cosa que no se ha llevado a cabo, sino de modo más que paupérrimo con la L 36/1995.

A este respecto, además de lo ya señalado sobre la *alteración de la prelación en materia de responsabilidad civil* tal como la generaliza el actual art. 126, no se tiene en cuenta que proviene de una reforma parcial de 1992 en materia de tráfico de drogas y que, una vez más, lo especial ha devenido general, practicándose así una política criminal

(59) Vid. NACIONES UNIDAS, *Declaración de Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abusos de poderes* (Resolución de la Asamblea General 40/34, de 29 de noviembre de 1985); CONSEJO DE EUROPA, *Convención europea sobre la reparación a las víctimas de delitos violentos*, de 24 de junio de 1983; CONSEJO DE EUROPA (COMITÉ DE MINISTROS), *Recomendación sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso penal* [R(85)11, de 28 de junio de 1985]. Estas resoluciones pueden verse, la primera y la última, en LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 64 y s., 57 s., 45 s., respectivamente. Cfr., además, sobre estas resoluciones, que son glosadas, y otras declaraciones y recomendaciones de asociaciones científicas o gremios técnicos de organismos internacionales, especialmente el *VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente* —Milán, 1985— y la *Declaración sobre Justicia y Asistencia para las víctimas*, emitida por la Sociedad Internacional de Victimología —21 de mayo de 1985—, BERISTAIN, *Derechos humanos de las víctimas* (n. 23), 1986, pp. 731 y s. De interés resulta la sistematización que efectúa sobre la Resolución del Consejo de Europa y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, GUTIÉRREZ-ALVIZ, *Nuevas perspectivas sobre la situación jurídico-penal y procesal de la víctima*, en *Poder Judicial* (18), 1990, pp. 82 y s.

(60) Vid. *supra* n. 43 y, además, BUENO ARÚS, *La atención* (n. 45), 1990, pp. 309 y s.

(61) Cfr. mi *La reforma Penal y Procesal* (n. 15), 1993, pp. 2 y s., con relación, por ejemplo, al silencio de la *Ley para establecer de dónde procede la droga* en las entregas vigiladas, tal como regula (?) el nuevo art. 263 bis LECr.; vid., ahora, en *Derecho Penal* (n. 38), 31996, pp. 791 y s.

descontextualizada y poco atenta, para lo que aquí interesa, para con las víctimas (62).

Algunas de las críticas vertidas a la regulación de 1992 han dado como resultado la L 36/1995, relativa a la creación de un fondo nacional con los efectos procedentes de los decomisos del tráfico de drogas. Sin embargo, dicha norma no es precisamente una muestra de victimología en acción. En efecto, si bien su art. 2.1 parece atender con preferencia a los toxicómanos —dejando de lado, con todo, a sus familias—, en su art. 3, dedicado a destinatarios y beneficiarios (sic), de los ocho epígrafes de que consta el apartado 1., sólo el c) está dedicado a los drogodependientes, vía organizaciones no gubernamentales o privadas que trabajen en ese campo; el resto de los bienes del citado fondo se dedica a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (incluido el Servicio de Vigilancia Aduanera) y a otras autoridades centrales, autonómicas y locales.

Más generosa, en apariencia, pero, en la práctica sólo si la víctima es casi indigente, es la L 35/1995 sobre ayuda a víctimas de delitos violentos y de agresiones sexuales. (62bis)

En esta línea argumentativa no menor interés tendría el destinar esfuerzos a las medidas de *defensa pasiva* de las víctimas. Una adecuada información en materia de seguros y la correspondiente bonificación fiscal, basada en el menor costo policial y judicial, puede resultar del mayor interés tanto particular como socialmente.

B) La reparación en sí misma

1) Cuestión previa: la prevención general

El mejor sistema de reparación, el mejor por estar conectado con la prevención general, sería el proveniente del propio infractor. Esta reparación

(62) Así, *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 41 y s.

(62bis) La regulación del actual art. 378 la consideran consecuencia del art. 126 y no de la mencionada reforma de 1992, VALLE MUÑOZ/MORALES GARCÍA, en *Nuevo* (n. 38), 1996, pp. 1040/41; los mismos, *Parte Especial* (n. 38), 1996, pp. 1684/5. Tampoco PRATS CANUT, *Nuevo* (n. 38), pp. 606 y s. llama la atención a este respecto. Por su parte, MUÑOZ, *Derecho penal* (n. 38), ¹¹1996, p. 582, considera acertada esta regulación por los muchos gastos que tiene que llevar a cabo el Estado en esta materia, tanto policiales como judiciales.

Ciertamente, han de llevarse a cabo muchos gastos con cargo a los presupuestos en estas y otras materias, pero no es cierto que el Estado no deba asumírselos sin, por decirlo así, repercutir su coste —otro arcano: el del costo real de la Administración de Justicia, caso a caso—, pues, si nos planeamos la cuestión en el terreno puramente economicista, quizás no debería resultar adjudicatario el propio Estado de acometer las funciones estatales, pues no está demostrado que sea más barato ni más eficaz, sobre todo cuando deben anularse, con toda justicia, sentencias por insuficiencia en la tutela judicial de los sospechosos o inculpados por parte de las autoridades intervinientes en los procesos (entre otras muchas, STS 7-12-1996: caso Nécora: prueba insuficiente con vulneración del principio acusatorio; STS 5-10-1996: ausencia de autorización judicial en la apertura de un paquete postal en el aeropuerto de Barajas, sin que ni la Fiscalía antidroga, ni el Juez de Instrucción ni la Audiencia lo tuvieran en cuenta), *intutela judicial de los imputados que, a la postre, se ha vuelto contra la sociedad misma.*

primigenia habría de ser abordada, en efecto, desde esta perspectiva general preventiva. Por un lado, la relativa a la modalidad de la reparación y, por otro, relativa al procedimiento dentro del cual ha de tener lugar la misma.

La reparación, normalmente, se considera que ha de ser o en especie, es decir, restituyendo, o reponiendo a la víctima por la pérdida o menoscabo del bien jurídico penal lesionado. En este aspecto el art. 110, comprendiendo la restitución, la reparación *stricto sensu* y la indemnización, es inusitadamente generoso; otra cosa bien distinta es la referente, como es bien sabido, al alcance judicial de dichas previsiones: la restricción judicial, sin base legal, es sorprendente.

En primer término, topamos aquí, amén de con la referida, en ocasiones, cicatería judicial, con el obstáculo de la capacidad económica del sujeto, tema ya suficientemente debatido a la hora de analizar la responsabilidad civil y, por lo tanto, pocas novedades cabe añadir. Únicamente subrayar que tal *imposibilidad* debe ser *real*, es decir, acreditada tras las investigaciones de rigor, con independencia de la dificultad de tal empeño que incluso permite abonar la responsabilidad civil ex delicto a plazos (art. 125). Por ello, se ha considerado oportuno el poder sustituir la prestación de contenido económico por otra de carácter personal. Aquí se ha considerado desde el trabajo en favor de la víctima hasta el pedirles disculpas. O lo que es lo mismo: *una reparación de carácter simbólico también valdría* (63).

Sin embargo, de no articularse un sistema lo menos moralizante posible, lo cual, como ya se ha señalado, parece difícil, podemos caer en un Derecho penal de cuño privatista y claramente prerevolucionario. Estas prestaciones personales podrían recordar al nexum romano y, al mismo tiempo, la terapia pseudopsiquiátrica. En efecto, estas alternativas tienen, con independencia de una más que cuestionable sujeción personal entre imputados y acusadores, una clara vertiente *paternalista*. Se sitúa el delito, no dentro de los riesgos sociales para los cuales hay que estar preparado por el hecho de vivir en sociedad, tanto técnica como moralmente, sino que el delito se ve casi como un suceso proveniente del arcano que se ceba en un inocente absolutamente al margen de la realidad.

Ya no se trata de determinar si y en qué medida la víctima ha contribuido o, incluso, ha provocado el delito. Este carácter mítico del delito, claramente premoderno, supone una involución al pasar por alto el carácter netamente social del crimen, y contemplarlo, de esta suerte, desde una perspectiva exclusivamente desde la víctima, casi como un evento totalmente inmerecido, cuya causación requiere una explicación. De ahí la insistencia en el encuentro entre víctima y victimario como panacea.

(63) Cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 33.

Ahora bien, este planteamiento, que ha de ser rechazado, cabe *sustituirlo por otro más realista*. Es decir, qué pasa si el victimario, lo cual es frecuente, carece de capacidad material para reparar el daño o, disponiendo de ella, no lo desea, o la víctima no quiere ver más reparación que el cumplimiento de las previsiones legales (64), es decir, la realización de un proceso y su conclusión en un sentencia condenatoria, se haya ejercido o no la acción civil.

Lo que tendría que suceder nunca podrá ser regresivo respecto a la situación legal actual. En el planteamiento legal vigente se requiere una satisfacción, en la medida de lo posible, de las responsabilidades civiles, llegándose a condicionar ciertos beneficios a, como mínimo, el inicio de tal camino; tal es el caso de la rehabilitación (art. 136.2.1.º). Si este es el límite, está claro que el legislador habrá de dar un paso más y ampliar los esmirriados fondos de indemnización a las víctimas, incluso en sentido amplio, e implementar una política de defensa pasiva de relieve.

Así las cosas, tal como propone el *Alternativ Entwurf* (65), una reparación seriamente diseñada debería ser el sustituto alternativo a la pena o, de imponerse, a su ejecución o minoración. El Estado, es decir, la comunidad política, puede, en ciertas circunstancias, siempre legalmente reguladas, considerar que la prevención general se mantiene pese a la no verificación en la realidad de la pena, en cualquiera de las fases procesales de imposición y o ejecución, o cuando tales se condicionan en su virtualidad, en todo o en parte, a que el victimario se someta a la realización de alguna modalidad de reparación. Incluso, puede plantearse, con serias reservas en mi opinión, el archivo del caso si la reparación tiene lugar (66).

En el fondo, cada vez que se buscan y diseñan alternativas no penales a la pena, aun dentro del sistema penal, tal búsqueda tiene un objetivo claro: la prevención especial. Si ésta se realiza o puede realizarse razonable para determinado grupo de casos, lo que supone, más que la resocialización (67), el mantener al delincuente al margen del delito, se trata de un objetivo más que atendible. Pero ello nos lleva a la clásica polémica de las *antinomias de los fines de la pena*, que aquí, al enfrentar pena con reparación, no hacen sino volverse a plantear, incluso con más crudeza.

(64) Vid. las reticencias críticas que formulan HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, pp. 257 y s., o LARRAURI, *La herencia* (n. 3), 1991, pp. 233 y s., en el sentido de no dar por buena la afirmación general de que lo que siempre desee la víctima sea una reparación; ni tan siquiera resulta siempre probable que la víctima desee volverse a echarse a la cara a su victimario.

(65) Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 50 y s. [§§ 4 y 5 AE-WGM].

(66) Cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 61 y s. [§§ 11 ss. AE-WGM].

(67) No hace falta insistir en la crítica a una resocialización forzada, impositora no sólo de valores específicos y dominantes para quien los impone, sino que obliga a su aceptación plena por parte del resocializando; cfr. el ya clásico trabajo a este respecto de MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*, en *La reforma* (n. 9), 1980, *passim*.

Y ello es así porque, además de la prevención especial, representa un papel primordial en esta nueva constelación la satisfacción de la propia víctima, debido al protagonismo que se le hace cobrar. Con lo cual pudiera suceder que la prevención general no sólo cediera ante la prevención especial, sino ante la obtención de un fin particular: el de la satisfacción de la víctima. Sea como fuere, en mi opinión, *la prevención general es el límite infranqueable* (68) de cualquier medida estrictamente penal o de sus sustitutivos de la índole que se antoje. No es, desde luego, fácil ni seguramente hacible, el decir a priori cuándo se produciría la incompatibilidad entre los fines de la pena (69). Ahora bien, en aras de la realización de la prevención especial, ésta puede sostenerse, aquí mediante la restitución, incluso contra la prevención general en el caso de que la contradicción sea insalvable *únicamente respecto de una sola persona delincuente* (70). Aunque de nuevo habría que ver si ello no redundaría en detrimento de la prevención general.

2) *Modo de practicar la reparación*

Sin embargo, con todo, lo dicho no constituye el núcleo central de la cuestión. Lo decisivo aquí, a mi modo de ver, es *cómo* se lleva a cabo esta reparación o inicio de reparación.

Dejando de lado las no en absoluto irrelevantes cuestiones procesales y constitucionales, lo que aquí se debe analizar es *en qué modo* ha de incardinarse legalmente la reparación como la alternativa al proceso criminal que concluye con la imposición y ejecución de una pena, y no sólo a ésta, dado que la reparación es más que una alternativa a la pena. Es, antes que nada, una *alternativa* a la puesta en marcha en el caso concreto de una parte sustancial del sistema penal: al *proceso* en su triple vertiente de investigación, de declaración y de ejecución (71). Singularmente, la reparación se diferencia de otras alternativas en que trata de fomentar la finalización anticipada del procedimiento penal. Sólo excepcionalmente tiene relevancia como alternativa a una pena a imponer, como presupuesto de la renuncia a pena (72), o a su ejecución, una vez impuesta (73).

Entendidas así las cosas, cabe tomar como punto de partida, con las necesarias matizaciones legales, el art. 21,5.^a para la reparación material, 21.4.^a, para algo similar a la reparación simbólica, planteamientos

(68) Vid., por todos, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 61 y s.

(69) Vid., el mismo, *op. cit.*, pp. 63/64.

(70) Vid. el mismo, *op. cit.*, p. 64 —s. o.—.

(71) En efecto, su finalidad positiva es el restablecimiento de la paz social; cfr. § 1. 2 AE-WGM en *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 10 y s., 22 s., 41.

(72) Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 50 y s. [AE-WGM].

(73) Cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 59 y s. [§§ 7 y 8 AE-WGM].

a los que no le sería ajeno, lo que quepa incluir en el art. 21.6.^a (74) el arrepentimiento espontáneo. Esta previsión normativa hace referencia a que la conducta del presunto infractor —de culpable, con poca fortuna, síguese hablando— tenga lugar antes de que el sujeto tome conocimiento de la apertura del juicio oral. Por otro lado, bajo ciertas condiciones, puede incluso aplicarse como atenuante analógica, y ambas, además, como muy cualificadas, si ello es posible. No cabe duda de que en la letra de la Ley cabe la reparación, pues, entre otras cosas, hace mención literal a la misma. Ahora *faltaría el marco legal*, dentro del proceso penal para poder llevar a cabo las medidas alternativas que la reparación incorpora.

Ahora bien, *¿qué sucedería si el sujeto no se arrepiente*, dicho sea en el moralista lenguaje de la ley? ¿Puede ofrecérsele esta oportunidad a lo largo del proceso? La previsión *ex lege data* hace referencia a que la reparación ha de tener lugar antes de que llegue a conocimiento del infractor la apertura del juicio oral. Para el *Alternativ Entwurf* el cumplimiento de la reparación, salvo excepciones no imputables al reparante, tiene en la apertura del juicio oral representa el límite infranqueable (75). Pero si observamos el § 6 AE-WGM, dicho límite temporal está establecido para la realización de la reparación y no para suscribirla. Sí está, en cambio, de acuerdo a su § 10, previsto en la modificación de la legislación procedimental que los autores del *Alternativ Entwurf* proponen el momento en que ha de hacerse patente el imputado (76) la posibilidad de la reparación; este momento tiene lugar durante el primer interrogatorio judicial de aquél. De este modo se le permite decidir lo que entienda más conveniente para su defensa (77).

Nada se dice respecto de la aceptación, pero ésta debería ser quasi inmediata; o, todo lo más, tras la primera entrevista reservada con su defensor, una vez finalice ese primer interrogatorio judicial. A la vista de las modalidades procesales alemanas, se contempla por el *Alternativ-Entwurf*, además, que se informe al imputado y a la víctima de la posibilidad de mediación, con suspensión de los plazos legales de por hasta un máximo de 6 meses, cuando el Ministerio fiscal decide querellarse y cuando formula escrito de acusación. Por último, la Autoridad judicial, antes de

(74) Una combinación de elementos del arrepentimiento espontáneo (art. 21.4.^a) y de la reparación (art. 21.5.^a), cuando no se dan todos los requisitos, podría dar lugar a esta atenuante analógica, así, por ejemplo, una reparación incompleta previa al juicio oral, pero posterior a la apertura de diligencias. La *disculpa* en algunas infracciones, podría, pues, ser incluida aquí.

(75) Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 55 y s. Analógicamente, el actual art. 21.5.^a, que incluso puede ser considerada atenuante muy cualificada.

(76) Los redactores del *Alternativ Entwurf* han querido, a fin de evitar efectos indeseables, que también, en casos especiales —que no especifican— que se informe de la posibilidad de la reparación a la víctima; vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 68.

(77) *Ibidem*.

abrir el juicio oral, ha de proceder a una nueva información, con suspensión de plazos, ya sea para remitir el caso a una instancia de mediación o para intentarla ante sí misma (78).

La regulación del *Alternativ-Entwurf* resulta excesivamente farragosa. Bastaría con hacer mención a que en el primer contacto que tiene el imputado con el hecho de que existe una acusación en su contra debe informársele de la posibilidad de la reparación. En suma, debería efectuarse algo similar a lo que sucede con el derecho a conocer la acusación y a defenderse técnicamente. Resulta acertado, por contra, el que la información relativa a la posibilidad de reparación tenga lugar no antes de la información de la existencia de la acusación, sino durante el primer interrogatorio a consecuencia de tal información (79). De esta suerte, ha de *limitarse*, en principio, la *posibilidad de acogerse a la alternativa de la reparación al momento en que se informa debidamente de dicha posibilidad*. Más adelante se acrecentarían los riesgos de que la voluntariedad de acogerse a tal alternativa fueran fruto de la presión, del cinismo o del interés por parte de todos los intervinientes en el proceso de concluirlo a cualquier precio, con la consiguiente quiebra de la prevención general y pese al carácter criminógeno de tal proceder.

IV. EPÍLOGO

La consideración de la víctima en el sistema penal tiene que pasar a primer plano. Ello comporta, y seguramente comportará en el futuro, dificultades de adaptación, en especial en materia de garantías jurídico-penales de quien es sometido a enjuiciamiento para resultar castigado.

Aunque se han formulado serias objeciones, el Proyecto Alternativo alemán de reparación representa el diseño más acabado de esta modalidad de evitación de la pena, intentando dar respuesta a los intereses individuales o colectivos lesionados, *sin* por ello *abandonar* el terreno de la *prevención general*. Conviene, con todo reiterar dos cuestiones. La primera que la aplicación sistemática en un futuro a determinadas modalidades delictivas debe conducir a *descriminalizar* dichas conductas. La segunda que, si bien la víctima ha de tener mayor protagonismo en el sistema penal, su incorporación con plenitud al mismo no ha de suponer la *mengua* de los *derechos* del presunto delincuente y del delincuente.

Todo ello, en fin, sin olvidar que la legislación española no es precisamente parca en dar a la víctima cauce procesal para su propia y activa protección jurisdiccional. Otra cosa, como no es infrecuente, es la puesta en práctica del ordenamiento.

(78) Vid. §§ 14 ss. *AE-WGM* y su fundamentación en *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 76 y s.

(79) Vid. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1993, p. 67.

El nuevo delito contra la Seguridad Social

JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ LUCAS

Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Doctor en Derecho

I. INTRODUCCIÓN (1)

La Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, da una nueva rúbrica al Título VI del Libro II del Código Penal: «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», introduciendo el artículo 349 bis CP que establece:

«1. 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.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su grado máximo cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

(1) ABREVIATURAS CITADAS: *CE*: Constitución Española; *CP*: Código Penal; *ET*: Estatuto de los Trabajadores; *OM*: Orden Ministerial; *RJ*: Repertorio Jurisprudencia Aranzadi; *RD*: Real Decreto; *STC*: Sentencia del Tribunal Constitucional; *STS*: Sentencia del Tribunal Supremo; *TGSS*: Tesorería General de la Seguridad Social; *TRLGSS/94*: Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social.

b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social.

2. 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.

3. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado 1 de este artículo, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Público o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación».

El precepto transcrito constituye un hito en la protección penal de la Seguridad Social en nuestro país pues por primera vez se recoge un delito de esta naturaleza con la finalidad de luchar contra aquellos ataques más graves al patrimonio de la Seguridad Social (2). El número mayor de conductas defraudatorias que generaban impagos de cuotas a la Seguridad Social hacía imprescindible la creación de esta figura.

La ubicación sistemática de estos delitos en el título que incluye a los delitos contra la Hacienda Pública se debe a la gran similitud entre ambos ilícitos penales derivada de la idéntica naturaleza jurídica del objeto de protección.

(2) Los intentos que han tratado con anterioridad de regular la defraudación del pago de las cuotas de la Seguridad Social han sido los siguientes: Proyecto de 25 junio 1971, Proyecto de Código Penal de 1980 y Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983.

Cfr. para el análisis de estos precedentes con BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, Madrid, 1990, pp. 174-175; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Delitos contra la Seguridad Social*, Madrid, 1991, pp. 216-226; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los delitos laborales en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, en «Los delitos socio-económicos» (ed. de Barbero Santos), Madrid, 1985, pp. 355-358; y TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, pp. 129-131.

A nuestro entender, la obligación de cotizar tiene naturaleza tributaria en cuanto que reúne los caracteres propios del concepto de tributo extraídos de nuestra norma fundamental (esto es, porque las cuotas tienen por finalidad contribuir al sostenimiento de una necesidad pública así conceptualizada por el art. 41 CE y porque la nota de la coactividad está presente en todo su ciclo vital) y sin que pueda oponerse a ello la exclusión realizada por la Ley General Tributaria pues es obvio que una ley ordinaria no puede reducir los principios consagrados por la Constitución (3).

Además, la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1995 lo reconoce y la redacción del precepto coincide prácticamente en su totalidad con el artículo 349 CP de manera que creemos que no hubiera sido necesario la creación de un precepto especial de haberse aceptado sin reservas por el legislador el carácter tributario de la obligación de cotizar.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en los delitos contra la Seguridad Social, al igual que en el delito fiscal, es el Erario Público (4), siendo un delito patrimonial pues se trata de proteger con eficacia el patrimonio de la Seguridad Social dado que la elusión en el pago de las cuotas supone una merma de los ingresos que integran dicho patrimonio (art. 80.1 TRLGSS/94) (5).

La lesión causada por la conducta delictiva abarca no sólo la disminución patrimonial de la Seguridad Social sino también el orden público económico entendido como «interés estatal en la integridad y mantenimiento de la organización económica constitucional (6)». En efecto, la eficacia de los principios constitucionales de solidaridad y de redistribución de la renta que preconizan los arts. 2 y 40 CE y el mantenimiento del régimen público de la Seguridad Social exigido por el art. 41 CE sólo se puede lograr mediante la contribución de todas las personas a los gastos públicos según la capacidad económica del contribuyente mediante un sistema tributario justo (art. 31.1 CE). El equilibrio de este sistema económico re-

(3) Esta es la razón última por la que SERRANO GÓMEZ, «El fraude tributario (delito fiscal)», Madrid, 1977, p. 207, consideraba que la falta de ingreso de las cuotas de la Seguridad Social constituye un supuesto de fraude tributario, que podrá ser un delito de los tipificados en el artículo 319 (delito fiscal o, en la actualidad, delito contra la Hacienda Pública) del CP.

(4) Tesis defendida en el delito fiscal por BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico*, Madrid, 1978, p. 556 y MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Delitos contra la Hacienda Pública, en Comentarios a la Legislación penal*, Tomo VII, Madrid, 1986, pp. 201 y ss.

(5) La regulación del patrimonio de la Seguridad Social se regirá por las disposiciones específicas contenidas en la presente Ley, en sus normas de aplicación y desarrollo y, en lo no previsto en las mismas, por lo establecido en la Ley de Patrimonio del Estado (art. 80.2 TRLGSS/94). Se produce, pues, una unificación del régimen jurídico patrimonial de la Seguridad Social.

(6) MARTOS NÚÑEZ, J.A., *Derecho penal económico*, Madrid, 1987, p. 384.

quiere una protección penal adecuada de las cuotas y recursos de cualquier otro género de la Seguridad Social que constituyen su patrimonio.

Es concluyente la STS de 27 diciembre 1990 (RJ 5209) al declarar que el bien jurídico protegido en los delitos contra la Hacienda Pública «está íntimamente relacionado con los artículos 1.1 de la Constitución, que proclama a la Justicia como valor fundamental del Ordenamiento Jurídico, y el 31 de la misma Ley Fundamental, en orden a la función que los tributos han de desempeñar en un Estado democrático de Derecho al exigir una contribución de todas las personas a los gastos públicos según la capacidad económica del contribuyente mediante un sistema tributario justo, de igualdad y progresividad; se trata en definitiva de proteger el orden económico, dentro del más amplio orden social, conforme el Ordenamiento Jurídico que ha de realizar la justicia material dentro de los parámetros de la Ley positiva (7)».

No obstante, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1995 llega más lejos pues afirma que «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 (8) cuando se deja en situación de desconocimiento de la existencia de los hechos que fundamentan el nacimiento y cuantía de la deuda para con la Seguridad Social» (9).

III. SUJETOS DEL DELITO

1. Sujeto activo

Sujeto activo del delito puede serlo aquella persona que se encuentre en condiciones fácticas de defraudar a la Seguridad Social mediante

(7) En el mismo sentido vid., STS de 12 marzo y 12 mayo 1986 (RJ 1462 y 2449).

(8) La TGSS tiene a su cargo la custodia de los fondos, valores y créditos y las atenciones generales y de los servicios de recaudación de los derechos y pagos de las obligaciones del sistema de la Seguridad Social (art. 63.1 TRILGSS/94).

La estructura y competencias de la TGSS están reguladas por el RD 1314/1984, de 20 de junio, modificado por el RD 1619/1990, de 30 de noviembre.

Las normas más importantes que regulan la gestión recaudatoria de la Seguridad Social son:

— Arts. 18 a 37 TRLGSS/94.

— RD 1517/1991, de 11 de octubre, que aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.

— OM 8 abril 1992 que desarrolla el precedente RD.

(9) En este sentido cfr. ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Madrid, 1987, pp. 91 y ss.; y DE VICENTE MARTÍNEZ, *Delitos...*, ob. cit., p. 234.

la elusión del pago de las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta, la obtención indebida de devoluciones o el disfrute indebido de deducciones (10).

A nuestro entender, el delito contra la Seguridad Social es un delito común por cuanto que puede ser cometido por cualquiera, lo que se desprende de:

— la literalidad del precepto pues en el tipo legal no existe limitación en orden a determinar la cualidad del sujeto activo, al referirse la defraudación a las cuotas de la Seguridad Social;

— si uno de los comportamientos típicos es la elusión del pago de las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta, sujeto activo podrá serlo cualquiera de los responsables del pago, esto es, los obligados al pago, responsables solidarios y subsidiarios y los sucesores *mortis causa* (arts. 19.1 y 26.1 TRLGSS/94).

Cuando el sujeto pasivo de la obligación de pagar las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta es una persona jurídica, la responsabilidad penal recaerá en la persona física que actúe como directivo, órgano o representante legal o voluntario de la misma, siempre que concurren los elementos del tipo legal y todas las exigencias derivadas del tipo subjetivo del injusto (11).

La STS de 10 noviembre 1993 (RJ 8387) declaró que «el directivo u órgano de la persona jurídica se ve obligado a responder del delito especial propio, respecto del cual la cualificación personal se halla del lado de la entidad a quien representa. Pero semejante transposición o desplazamiento de la responsabilidad penal no opera mecánicamente, sino sobre la base de que la acción del no cualificado sea adecuada, en sí misma, para infringir la norma, de cuya violación se parte para la configuración del tipo delictual especial propio. La cláusula de las actuacio-

(10) En relación al delito fiscal, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *El nuevo delito fiscal*. Revista Española de Derecho Financiero, núms. 15-16, 1977, p. 709 entiende que «puede ser sujeto activo cualquiera que esté en condiciones fácticas de defraudar a la Hacienda mediante la elusión de impuestos o disfrute de ventajas fiscales que conciernan a cualquier otro». En el mismo sentido, vid. CÓRDOBA, J., *Comentarios III*, pp. 273 y ss.

En contra, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal (Parte Especial)*. *Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1989, pp. 435 y 436.

No obstante, la STS de 24 febrero 1993 (RJ 1530) declaró: «Sin embargo, si en el caso de examen del comportamiento defraudatorio consiste en eludir el pago de tributos, el sujeto activo del delito sólo podría serlo quien esté obligado al pago, que según el art. 35 de la Ley General Tributaria, corresponde al sujeto pasivo de la obligación tributaria. Y según el art. 40 de la propia Ley habrá de entenderse como sujeto pasivo de la obligación tributaria a la persona natural o jurídica que según la Ley resulta obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea como contribuyente o como sustituto del mismo. En consecuencia, sujeto activo del delito sólo puede ser el contribuyente o su sustituto. De ahí que el delito fiscal sea considerado como delito especial o de propia mano».

(11) Como afirma BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual...*, *ob. cit.*, p. 436: «el artículo 15 bis exige que la persona obre como directivo o en representación y por otra parte que “actúe” lo que implica la realización de alguno de los hechos que describe la conducta punible del delito fiscal, concurriendo, por supuesto, en todo caso, el dolo exigible».

nes en lugar de otro, trayendo al primer plano de la responsabilidad penal al agente directivo o representante de la persona jurídica, halla su razón en la finalidad de facilitar una valoración jurídico-penal ajustada a la realidad de la propia conducta del agente (12)».

2. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo del delito es la Seguridad Social y, más concretamente, la Tesorería General de la Seguridad Social por cuanto que ocupa la posición de sujeto acreedor de la obligación de cotizar y titular del patrimonio que ha sido lesionado con la realización de la conducta delictiva.

En efecto, la normativa vigente le atribuye a la TGSS la titularidad, administración y custodia del patrimonio único de la Seguridad Social (art. 8.1 TRLGSS/94) (13).

IV. CONDUCTA

La conducta típica consiste en defraudar a la Seguridad Social en una cantidad que exceda de 15.000.000 de pesetas para eludir el pago de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta, obtener indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutar de deducciones por cualquier concepto de forma indebida.

El núcleo esencial de la acción consiste en la defraudación entendida «como perjuicio patrimonial obtenido mediante la utilización del engaño (14)».

(12) En relación a los delitos contra la Hacienda Pública, la jurisprudencia se ha pronunciado con reiteración en orden a la determinación de la responsabilidad penal de quien actúa en nombre de persona jurídica:

— La STS de 2 marzo 1988 (RJ 1520) estima la responsabilidad penal del Presidente del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima porque en este caso se le concedieron «amplias facultades respecto a la disponibilidad de medios económicos y administración de la entidad».

— La STS de 24 febrero 1993 (RJ 1530) estima la responsabilidad criminal de un Gerente de la sociedad que «era la persona obligada al pago del impuesto en su condición de tal y que por tanto lo eludió siendo por ello sujeto activo del delito».

— La STS de 26 abril 1993 (RJ 3209) estima la responsabilidad criminal de un Director Gerente que «administraba y regía la sociedad desde su constitución».

(13) Sobre su régimen patrimonial, vid. PALOMAR OLMEDA, A., *El nuevo régimen patrimonial de los bienes de la Seguridad Social*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 23, julio-septiembre 1985, pp. 371 y ss.

(14) Cfr. para el delito fiscal con BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual...*, ob. cit., p. 430; BOIX REIG y otros, *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 416 y RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 709.

El art. 349 bis CP no es aplicable al mero impago de cuotas, ni tampoco castiga como delito contra la Seguridad Social todo perjuicio patrimonial causado a la Seguridad Social, sino únicamente el causado mediante las formas de comisión expresamente recogidas.

En definitiva, requiere el empleo de engaño y causalmente relacionado con el mismo la inducción a error en la TGSS, produciéndose el consiguiente perjuicio patrimonial (15), debiendo analizarse cada uno de estos elementos necesarios para producirse el comportamiento típico analizado.

1. Engaño

Se exige para la comisión del delito la presencia de un engaño efectivo a la TGSS del mismo modo que para la estafa si bien limitado a alguna de las tres modalidades de comisión de la defraudación (16), de manera que según un sector doctrinal el mero incumplimiento de los deberes fiscales no sería suficiente para integrar el contenido de la defraudación a no ser que concurra un mecanismo engañoso o *mise en scene*, una maniobra falaz susceptible de inducir a error (17).

Se solventa el problema suscitado en torno al delito fiscal sobre la limitación de los medios comisivos y, en particular, si cabía hablar de esta conducta delictiva en caso de mera omisión de la declaración tributaria (18).

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo en orden a resolver la cuestión con anterioridad a la Ley Orgánica 6/1995 son dispares:

1) La STS de 29 junio 1985 (RJ 3087) declaró que «la esencia del fraude castigado consiste, lisa y llanamente, en la no percepción de ingresos fiscales a los que las Haciendas respectivas tienen derecho, puro delito de omisión que sin embargo ha de trascender a la simple pasividad, en tanto que la ausencia de la declaración fiscal, tal aquí acaece, devendrá

(15) Vid. BOIX REIG y otros, *ob. cit.*, p. 416.

(16) Cfr. para el delito fiscal con BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual...*, *ob. cit.*, p. 431.

La STS de 12 mayo 1986 (RJ 2449) declaró 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».

(17) Vid: MARTÍNEZ PÉREZ, C., *ob. cit.*, p. 249.

(18) Cfr. en relación al delito fiscal con: APARICIO PÉREZ, J., *El delito fiscal: la no presentación de declaración tributaria como medio para cometerlo*, Gaceta Fiscal, núm. 42, 1987; FERRE OLIVE, J.C., *La omisión de declaración tributaria, ¿configura un delito fiscal?* Revista del Poder Judicial, núm. 10; HERNÁNDEZ LAVADO, *¿Es posible cometer delito fiscal por omisión?* Impuestos, núm. 11, 1988; MESTRE DELGADO, E., *La defraudación tributaria por omisión*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991; y PÉREZ ROYO, F., *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Madrid, 1986, pp. 123 y ss.

al delito cuando concluyentemente incida en quienes conscientemente conozcan y sepan de su obligación con el erario público a modo de punible comportamiento socio-económico que también supone una burlesca infracción de compromisos cívicos y sociales y que acaba desembocando en un típico delito de tendencia eminentemente dolosa».

La STS de 2 marzo 1988 (RJ 1520) consideró posible «la construcción del concepto de defraudación partiendo de la simple omisión del sujeto tributario, sin la concurrencia de artificio, mecanismo engañoso o mise en scene que parecen consubstanciales» de forma que «puede sostenerse que una conducta adquiere o puede adquirir el valor de engaño cuando infringe el 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 tomar este hecho —*facta concludentia*— como afirmación de que el sujeto obligado no tenía nada que declarar... y es patente —añadimos— que quien omite la declaración exigida con intención de eludir el impuesto «totalmente» no debe ser de mejor condición de quien, en su declaración, desfigura o manipula las bases tributarias para pagar «menos de lo debido», en ambos casos se advierte una falta de verdad o actitud engañosa...».

2) La otra línea jurisprudencial se inicia con la STS de 12 marzo 1986 (RJ 1462) al afirmar que «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, es preciso llegar a una conclusión distinta, conforme a la cual lo relevante, a efectos punitivos, es ocultar o desfigurar las bases tributarias con el fin de eludir la obligación de satisfacer determinados impuestos y con la evidente intención defraudatoria consiguiente...».

3) La STS de 20 noviembre 1991 (RJ 8338) zanja la cuestión admitiendo la comisión por omisión al declarar que «el ánimo defraudatorio es desde luego por la simple omisión es decir, por no presentar la obligada declaración el sujeto tributario, aunque en la omisión no concurre ningún tipo de artificio o mecanismo engañoso: se limita a no declarar. Falta al deber de verdad o de manifestar la realidad, no sólo quien tergiversa o manipula los datos que configuran las bases impositivas para no pagar o pagar menos de lo debido, sino también quienes, sabedores del deber de declarar, omiten la declaración... Pero esto es una cosa y otra muy distinta es que ese silencio —cualquier medio comisivo está en condiciones de integrar la plataforma de hecho del delito— haya de obtenerse, con una especie de presunción indestructible, la existencia del dolo... De tal manera que, frente a una declaración inexacta o una no declaración, el juzgador debe descubrir, en una investigación psicológi-

ca, difícil pero necesariamente imprescindible, si hubo o no ánimo de defraudar (19)...».

El artículo 349 bis prevé expresamente la omisión, junto a la acción, constitutiva de este delito. A nuestro entender, la falta de presentación de los documentos de cotización con las liquidaciones correspondientes pueden por sí mismas integrar la conducta defraudatoria por las siguientes razones:

— porque existe un deber específico impuesto legalmente de presentación de los documentos de cotización, recogido en el art. 26 TRLGSS/94;

— porque el deber de declarar tiene su fundamento en el deber de contribuir pues «no se contribuye tan sólo por el hecho de llevar a cabo una prestación pecuniaria ante el ente público, sino que dicha obligación (nosotros diríamos deber) alberga, además un sentido más profundo, a través del cual el administrado-contribuyente colabora de manera directa con los órganos de la Administración (20)...»; es decir, que la falta de presentación de los documentos de cotización vulnera el bien jurídico protegido por la norma pues produce no sólo un ataque al patrimonio de la Seguridad Social (disminución de ingresos) sino también al orden económico (deber de contribuir);

— porque la falta de presentación de los documentos de cotización supone ocultar a la TGSS tanto la existencia del presupuesto de hecho generador de la obligación de cotizar como también los datos necesarios para cuantificar la cuota;

— porque defrauda a la Seguridad Social quien sabedor de que tiene la obligación de pagar las cuotas lo elude, omitiendo la presentación de los documentos exigida legalmente; es más, una de las formas comisivas más frecuentes será la omisión de la declaración la que «supone un mayor grado de reprochabilidad penal, ya que representa un máximo (no decir nada y por tanto defraudar todo) frente a una declaración en la que exista una parte mayor o menor ocultada (21)».

2. Perjuicio

El artículo 349 bis exige, además, «que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 15.000.000 de pesetas». En caso de una defraudación de cuantía inferior

(19) Vid., en el mismo sentido las SSTS de 27 diciembre 1990, 3 diciembre 1991, 24 febrero 1993, 26 abril 1993 y 31 mayo 1993 (RJ 5209, 8964, 1530, 3209 y 4293).

(20) ESEVERRI MARTÍNEZ, E., *Sobre la naturaleza jurídica de las autoliquidaciones tributarias*, Revista Española de Derecho Financiero, núm. 37, p. 96.

En el mismo sentido, vid. FERNÁNDEZ PAVES, *La autoliquidación tributaria*, Madrid, 1995, pp. 32 y ss.

(21) STS de 27 diciembre 1990 (RJ 5209). Vid., en este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *ob. cit.*, p. 239.

a la señalada por el precepto estaremos ante una infracción administrativa, nunca ante una conducta delictiva.

Al igual que en el delito contra la Hacienda Pública, se plantea el problema de si la cuantía de la cuota defraudada tiene la consideración de un elemento del tipo o es una condición objetiva de punibilidad.

Creemos que se trata de un elemento del tipo, ya que por estar en presencia de un delito de resultado la cuantía exigida es un elemento necesario para la existencia del tipo objetivo. No puede hablarse de condición objetiva de punibilidad por no ser una condición (hecho futuro e incierto) ni la cuantía defraudada a la Seguridad Social se encuentra causalmente desvinculada de su conducta (22) y se adecúa mejor al Derecho Penal basado en la culpabilidad.

La STS de 9 marzo 1993 (RJ 2547) declaró que «se trata, en definitiva, de un elemento inexcusable del delito, y su determinación compete a los Tribunales... con sujeción a la legislación fiscal vigente».

La cuantía defraudada se determina por el importe de lo impagado en caso de elusión del pago de cuotas o de disfrute indebido de deducciones y por el importe de lo cobrado en caso de obtención indebida de devoluciones.

El apartado segundo del artículo 349 bis establece los criterios para determinar la cuantía defraudada en virtud del cual «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 consecuencia, pueden acumularse las cuantías de las cuotas de los distintos Regímenes del Sistema de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta siempre que estén referidas a un año natural.

(22) Cfr. BOIX, J., *ob. cit.*, p. 422; en el mismo sentido, vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual...*, *ob. cit.*, p. 433; y MARTÍNEZ PÉREZ, *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 266.

En contra, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Delitos...*, *ob. cit.*, p. 247 considera que «en caso de configurarse el tipo con cuantía, ésta habrá de considerarse condición objetiva de punibilidad» ya que «si se considera la cuantía elemento del tipo será muy difícil incriminar al sujeto activo que en la mayoría de los casos alegará desconocimiento exacto de la cuantía».

La doctrina del Tribunal Supremo en relación al delito contra la Hacienda Pública tampoco ha sido unánime:

1) La STS de 2 marzo 1988 (RJ 1520) declaró que «el delito en cuestión se configura como un delito de resultado que requiere para su perfección un perjuicio económico consistente en la falta de ingreso en el Tesoro de la suma debida a título de tributo, pero es imprescindible que el perjuicio alcance un determinado nivel —dos millones de pesetas en la Ley aplicable— para provocar la reacción penal, y este límite —variable según demuestra la realidad por estar inspirado en razones de prudencia político fiscal— es característico del resultado que culmina el tipo objetivo, debiendo el dolo abarcar para configurar el tipo subjetivo, aparte del ánimo específico de defraudar muy patente en la redacción legal que se comenta, el conocimiento de los deberes tributarios cuyo incumplimiento dio lugar a la defraudación, y la conciencia de la cuantía de esta última».

2) La STS de 27 diciembre 1990 (RJ 5209) consideró la cuantía defraudada como «condición objetiva de punibilidad» que «no necesita, por consecuencia de su propia naturaleza, ser abarcada por el dolo...».

Por cuota defraudada debemos entender no sólo la cuota íntegra —la que resulta de la aplicación del tipo a la base de cotización— sino también la cuota líquida —la resultante de practicar deducciones o compensaciones reduciendo el importe de la deuda final a ingresar—. Esta es la efectiva cuota de la Seguridad Social a los efectos del artículo 349 bis CP, debiendo excluir otros conceptos que no la integren como las sanciones administrativas, recargos de mora o apremio e intereses en los aplazamientos y fraccionamientos dado que «no son consecuencia del fraude, en concreto del “engaño”, sino de otras circunstancias, por lo que no deben ser contabilizadas» (23).

Los conceptos de recaudación conjunta comprenden únicamente las cuotas de desempleo, formación profesional y Fondo de Garantía Salarial (art. 225 y disposición adicional vigésima primera del TRLGSS/94).

La determinación de lo defraudado es competencia de los Tribunales de acuerdo con la legislación vigente de la Seguridad Social (24), esto es, en base a la remuneración que tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba en razón del trabajo que realice por cuenta ajena o, en su defecto, se estimará como base de cotización la media entre la base mínima y máxima correspondiente al último grupo de cotización conocido en que estuviere encuadrada la categoría de los trabajadores (art. 32.2 TRLGSS/94 (25)).

3. Modalidades de comisión

El tipo legal se ciñe a tres formas o modalidades de comisión de la defraudación:

3.1. *Elusión del pago de cuotas y conceptos de recaudación conjunta*

La palabra eludir significa, según el diccionario de la Real Academia, «huir la dificultad; esquivarla o salir de ella con algún artificio» o «hacer vana, o hacer que no tenga efecto, una cosa por medio de algún artificio».

(23) Cfr. en relación a los delitos contra la Hacienda Pública con BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual...*, *ob. cit.*, p. 434.

(24) Cfr. en relación a los delitos contra la Hacienda Pública las STS de 26 noviembre y 27 diciembre 1990 (RJ 9165 y 5209) y 9 febrero y 3 diciembre 1991 (RJ 5210 y 8964).

(25) Precepto redactado conforme el artículo 29.8 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

Debe tenerse en cuenta que en los delitos contra la Hacienda Pública el cálculo de la cuantía defraudada puede hacerse a través del método de estimación indirecta de bases imponibles, que en el proceso puede ser apreciado como prueba indiciaria, capaz de destruir la presunción de inocencia: vid, STS de 26 abril 1994 (RJ 3209).

Esta modalidad de comisión de la defraudación pone de relieve la exigencia típica del engaño de manera que «si la propia conducta del contribuyente pone de manifiesto la ausencia de artificio alguno de carácter elusivo, sería atípica (26)».

La STS de 3 diciembre 1991 (RJ 8964) declaró que «semánticamente “eludir” (del latín “ludere”, jugar) es huir o escapar de una obligación o compromiso con habilidad o artificio, y puede hacerse —con referencia al supuesto enjuiciado— mediante la ocultación o desfiguración de alguno de los datos necesarios para la ajustada cuantificación de la deuda tributaria, o mediante la omisión de la declaración que los oculta “todos” con tendencia defraudatoria, pues así lo imponen de consuno exigencias lógicas y razones de eficacia del precepto penal».

El objeto de la elusión son las cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, concepto éste estricto con la significación técnico-jurídica que le hemos dado.

3.2. Obtención indebida de devoluciones

La devolución de los ingresos indebidos se configura por el ordenamiento jurídico como un derecho y así expresamente se contempla en el artículo 23.1 TRLGSS/94: «tendrán derecho».

La existencia de este derecho supone que el pago realizado no ha llegado a producir los efectos que le son propios, bien porque la obligación de cotizar no ha nacido, bien porque habiendo nacido, lo ha hecho defectuosamente en relación con alguno de los elementos que constituyen su presupuesto determinante.

Esta modalidad típica de comisión es la obtención fraudulenta e indebida de devoluciones de cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta. En todo caso, no es necesario que el sujeto activo haya realizado con anterioridad el pago de las cuotas, bastando únicamente que cualquier persona obtenga indebidamente devoluciones pues tal conducta será consecuencia del fraude o del engaño.

3.3. Disfrute indebido de deducciones

La tercera modalidad de defraudación se refiere genéricamente al término «deducciones», esto es, a la acción y efecto de deducir que, según el Diccionario de la Real Academia, significa «rebajar, restar, descontar alguna partida de una cantidad».

Por tanto, el concepto de deducción permite incluir a todas las rebajas, bonificaciones o compensaciones que minoren el importe de la deuda final a ingresar y en particular:

(26) Boix, M., *ob. cit.*, p. 416.

- coeficientes reductores de la cotización aplicables a las empresas excluidas de alguna contingencia o a las empresas colaboradoras;
- retención de parte de la cuota por accidente de trabajo y enfermedad profesional en caso de colaboración voluntaria en la gestión de la asistencia sanitaria y de la incapacidad laboral transitoria derivada de contingencias profesionales;
- bonificaciones que se establecen en consideración a objetivos socioeconómicos: se trata de un conjunto de medidas que responden a objetivos de política de empleo, partiendo de la tesis de que los elevados costes salariales, incluidas las cotizaciones sociales, son muy desfavorables al empleo.

La STS de 25 septiembre 1990 (RJ 7238) declaró que «respecto a la otra modalidad comisiva que como hemos dicho, consiste en «disfrutar indebidamente de beneficios fiscales», la Sala de instancia parece referirse a ella con una cierta insistencia, cuando habla, tanto en la descripción de los hechos, como en los fundamentos jurídicos, de que el Centro de Enseñanza, cuya titularidad ostenta u ostentaba el procesado, recibió una serie de subvenciones estatales en metálico y, sin embargo, no hizo pago o no ingresó las cantidades previamente retenidas a sus empleados procedentes del impuesto sobre la renta. Esas referencias o alusiones las hemos de entender fuera de lugar y sin hilación alguna con la naturaleza de los delitos enjuiciados, pues una cosa es aplicar (o gastar) esa clase de subvenciones de manera indebida al fin para el que fueron concedidas, circunstancia ésta que, ni se ha probado, ni tiene correlación directa con el supuesto de que se trata, y otra muy diferente es el hecho de que se haga inadecuado disfrute de ciertos beneficios fiscales que el Estado, los Ayuntamientos o las Comunidades Autónomas, otorguen en determinados casos a ciertas personas físicas o jurídicas, siempre con carácter excepcional y por motivos muy concretos y definidos, como pueden ser la condonación o perdón de ciertos impuestos o tributos, la moratoria o dilación en el pago de los mismos, la reducción en la cantidad impositiva, etc.».

El adjetivo indebido supone que el sujeto activo no tiene derecho a practicar estas deducciones según el ordenamiento jurídico vigente, lo que exigirá, normalmente, un comportamiento activo tendente a probar que se reúnen las condiciones para disfrutarlas (27).

V. TIPO SUBJETIVO

La Ley expresamente exige la presencia del dolo, por lo que se excluye la posibilidad de comisión del delito por imprudencia. El dolo consiste en la conciencia y voluntad de que, mediante engaño, se causa

(27) Cfr. en relación al delito contra la Hacienda Pública con TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, p. 224.

injustamente al patrimonio de la Seguridad Social un perjuicio que excede de 15.000.000 de pesetas.

Es suficiente el dolo eventual (28) en el sentido de que «aunque el autor desconozca con exactitud la cuantía de lo defraudado, “acepta” o “consiente” la cantidad realmente defraudada (29)». El autor del delito debe conocer y querer, a través de alguna de las modalidades delictivas, causar un perjuicio patrimonial a la Tesorería General de la Seguridad Social. Resulta necesario que el sujeto activo del delito conozca la existencia de la obligación de cotizar.

La expresión «ánimo fraudulento» supone la exigencia de ánimo de defraudar como elemento subjetivo del tipo de injusto. En relación a los delitos contra la Hacienda Pública el Tribunal Supremo así lo ha venido exigiendo (30). No habrá delito cuando de las circunstancias concurrentes se deduzca que no existió intención de defraudar, como por ejemplo en caso de presentación de los documentos de cotización y liquidación de la deuda con la Seguridad Social (31).

(28) Vid. en relación a los delitos contra la Hacienda Pública la STS de 10 noviembre 1993 (RJ 8387).

(29) BAJO, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 437.

(30) Así, la STS de 2 marzo 1988 (RJ 1520) declaró que el dolo debe abarcar «para configurar el tipo subjetivo, aparte el ánimo específico de defraudar muy patente en la redacción legal que se comenta, el conocimiento de los deberes tributarios cuyo incumplimiento da lugar a la defraudación, y conciencia de la cuantía de esta última».

La STS de 12 marzo 1986 (RJ 1462) declaró que «lo relevante, a efectos punitivos, es ocultar o desfigurar las bases tributarias con el fin de eludir la obligación de satisfacer determinados impuestos y con la evidente intención defraudatoria consiguiente».

La STS de 9 marzo 1993 (RJ 2547) declaró: «Es doctrina consolidada de este Tribunal, iniciada en la S. 29-6-1985 (RJ 3087) y continuada en las de 2-3-1988 (RJ 1520), 26 noviembre y 27 diciembre 1990 (RJ 9165 y 5209), 28 junio, 20 noviembre y 3 diciembre 1991 (RJ 7590, 8338 y 8964), y en la reciente 31-10-1992 (RJ 8629), que el delito contra la Hacienda Pública imputado exige un elemento subjetivo específico (ánimo de defraudar) para evitar que la intervención penal conduzca a la prisión por deudas, pero esta intención defraudatoria, evidente en quien declara mal o tortíteramente, puede darse en quien no declara, porque siendo consciente de ese deber omite una actuación esperada por la Administración Tributaria susceptible de ser tomada como expresión —inveraz— de no existir hecho imponible. La Sentencia citada de 3-12-1991 acudía a la significación semántica del verbo del tipo “eludir”, equivalente a huir o escapar de una obligación o compromiso con habilidad o artificio, lo cual podía hacerse, con simple transposición del concepto, mediante la ocultación o desfiguración de alguno de los datos necesarios para la ajustada cuantificación de la deuda tributaria, o mediante la omisión de la declaración que los oculta todos con tendencia defraudatoria, pues así lo imponen de consumo exigencias lógicas y razones de eficacia del precepto penal».

(31) En relación al delito contra la Hacienda Pública la STS de 28 junio 1991 (RJ 7590) declaró que «la simple elusión o falta de abono de un impuesto podrá cumplir el tipo objetivo del delito fiscal, en ningún caso bastará, empero, para considerar al omittente autor de un delito contra la Hacienda. Este exige algo más: el ánimo de defraudar. Y mal puede darse este ánimo en quienes en la contabilidad empresarial hacen constar el auténtico soporte de la base imponible.

Y así es, en efecto, en autos consta que los procesados declararon en 1984 ventas por importe de 327.215.480 pesetas (folio 210 del rollo). Y los Inspectores de Hacienda asimismo informaron «que los débitos por este concepto (IGTE), frente a la Hacienda Públi-

No es necesaria la exigencia de ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo de injusto (32). El lucro perseguido consistiría en la ventaja patrimonial que es consecuencia del impago de las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta o de la obtención indebida de devoluciones. No siempre se da este elemento pues en caso de falta de retención de la cuota obrera y su posterior ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social se puede realizar este tipo delictivo y, sin embargo, no existe un lucro para el sujeto activo del delito (33), ya que los trabajadores serían los beneficiarios de esta defraudación.

El desconocimiento o interpretación incorrecta de las normas de Seguridad Social supone la presencia de un error sobre el tipo (34) que si es vencible determina la impunidad de la conducta (art. 6 bis a) CP), dado que el delito contra la Seguridad Social no admite la comisión culpable o imprudente. Las expresiones «indebidamente» o «de forma indebida» delimitan el comportamiento típico de este delito y, por ello, el error que verse sobre la normativa que determina el carácter debido o indebido de las devoluciones o deducciones, constituye un error sobre el tipo (35).

El error sobre la prohibición se produce en aquellos supuestos en los que el sujeto desconoce que el incumplimiento de la normativa de la Seguridad Social sea constitutivo de infracción penal.

La viva polémica doctrinal en orden a resolver acerca de la calificación jurídica que merece el error en el delito fiscal no ha tenido eco en su aplicación práctica. Buena prueba de ello es que sólo encontramos un único pronunciamiento judicial. Así, la STS de 2 de marzo de 1988 (RJ 1520) declaró que «no puede ser invocado con éxito el error de tipo (sobre los preceptos tributarios específicos que forman parte del elemento normativo del tipo legal), ni el error de prohibición (ignorancia del significado antijurídico de su comportamiento, pese a conocer las circunstancias del hecho tributario), porque no hay base fáctica alguna que lo autorice, y no puede aceptarse que una persona llamada a asumir tan se-

ca aparecen recogidos en libros de contabilidad de la empresa y en las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades que se han ido presentando regularmente» (folio 223). Certificación en la que también consta que la «Base imponible. IGTB» es de 327.215.482 pesetas.

Si nunca se ocultó la real base imponible, ni hubo falsedades o anomalías en la contabilidad, ni se obstaculizó en forma alguna la acción inspectora por parte de los servicios de Hacienda el no abono, en su momento (con posterioridad se ha efectuado), de la totalidad de la cuota devengada —gran parte de las ventas no habían sido cobradas—, podría constituir, eventualmente, otra infracción delictiva, por la que no han sido acusados, en ningún caso delito fiscal. El motivo ha de estimarse y con él el recurso, sin necesidad de analizar los motivos restantes».

(32) En este sentido, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *ob. cit.*, p. 251.

(33) Cfr. en relación al delito fiscal con PÉREZ ROYO, *ob. cit.*, p. 146.

(34) DE VICENTE MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 255.

(35) Cfr. en relación con el delito contra la Hacienda Pública, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual...*, *ob. cit.*, p. 438.

rias responsabilidades en una empresa de importante actividad, pueda desconocer —por ejemplo que sea— el aspecto fiscal de su gestión económica».

VI. ANTIJURICIDAD

De las distintas causas de justificación, debemos analizar la del estado de necesidad, dado que las demás serán difícilmente aplicables en el delito contra la Seguridad Social (36).

La regulación del estado de necesidad como causa de justificación se halla contenida en el artículo 8.7.^a del Código Penal, en virtud del cual están exentos de responsabilidad criminal:

«El que impulsado por un estado necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse».

En el ámbito del delito fiscal, BAJO FERNÁNDEZ (37) ha señalado que «la falta de ingreso de las retenciones practicadas por el sustituto en el impuesto sobre la renta o la falta de ingreso del I.V.A., pudieran definitivamente restar impunes en lo que respecta al delito fiscal, pero no por razón del estado de necesidad derivado de una crisis financiera, sino en función de que constituyen un simple impago, insuficiente para el delito fiscal que exige además una defraudación, un engaño».

También en relación al delito de elusión del pago de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, DE VICENTE MARTÍNEZ (38) ha llegado a declarar «el estado de necesidad incompatible con el delito de elusión del pago de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, debido a que la mera falta de pago de las cuotas empresariales en caso de crisis empresarial, falta de fondos o penuria económica es un mero incumplimiento de la obligación de cotizar impuesta por la ley no susceptible de constituir el delito que proponemos. Es decir, el responsable de la cotización que, por dificultades de tesorería de carácter transitorio, se vea en la imposibilidad de liquidar sus obligaciones en el plazo establecido al efecto puede solicitar el aplazamiento en el pago de la deuda con la Seguridad Social, pero aún en el caso de que el empre-

(36) Así se mantiene por DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *ob. cit.*, pp. 255 y 256 en relación a la justificación del delito en virtud del ejercicio legítimo de un derecho o de la obediencia debida.

(37) *Manual...*, *ob. cit.*, pp. 436 y 437.

(38) *Ob. cit.*, pp. 257 y 258.

sario no haya solicitado dicho aplazamiento, puede evitar la responsabilidad penal presentando los documentos de cotización, aunque no realice el pago de su cuota, sin perjuicio de los recargos e intereses de demora correspondientes».

Sin embargo, los pronunciamientos judiciales admiten en el ámbito del delito fiscal el estado de necesidad como causa de justificación (39).

A mi entender, el estado de necesidad puede ser apreciado como causa de justificación cuando el pago de las cuotas resulte imposible y, en particular, en caso de conflicto con obligaciones cuyo cumplimiento hagan inviable la continuidad de la actividad empresarial (por ejemplo, el pago del suministro de agua, energía o de las materias primas) por tratarse de un mal menor que el no abonar las cuotas a la Seguridad Social (40). Debe tenerse en cuenta, además, que la obligación legal de cotizar no presupone por sí misma la existencia real de un beneficio empresarial pues su presupuesto de hecho tiene como base no el rendimiento obtenido en la actividad empresarial sino el inicio o realización de una actividad (ar-

(39) La STS de 2 marzo 1988 (RJ 1520) lo admite implícitamente al declarar: «No está justificada, y sólo a título de defensa es admisible, la incompatibilidad entre el abono de las cuotas del impuesto y la necesidad de atender al salario de los trabajadores, porque para las empresas contratistas de obra o de suministros el impuesto de Tráfico de Empresas era un cargo sobre el importe facturado que tenía un acreedor específico, el Tesoro Público, y no se advierten los motivos de que fueran dispensadas de este devengo, sobre lo que hay una total ausencia de referencias en el *factum*, y solamente una alusión al final del Considerando primero; en definitiva, no es posible montar el conflicto o colisión de derechos o de bienes en que se asienta el estado de necesidad que sugiere el recurrente, ni base para alegar, como causa de inculpabilidad, la inexigibilidad de otra conducta».

La STS de 3 diciembre 1991 (RJ 8964) declaró que «aunque no es incompatible el estado de necesidad con el delito fiscal por elusión del IGTE y del IVA, es difícil apreciar urgencia y necesidad en las situaciones de crisis empresarial, dificultades de tesorería o de precaria situación financiera, porque tales situaciones son resultado de factores antecedentes que atraen paulatinamente el déficit y desequilibrio económico; no consta haberse agotado las posibilidades de financiación externa, ni las de obtener de la Hacienda moratorias o fraccionamiento de pagos, ni que todos los intereses anudados a la subsistencia de la empresa, en especial los laborales, dependieran substancial y principalmente de los impuestos evadidos, lo que inclina a negar la existencia de una situación de necesidad justificante o exculpatoria».

La STS de 9 marzo 1993 (RJ 2547) declaró que «el valor como causa justificante o exculpatoria de la iliquidez patrimonial derivada de haber aplicado los copiosos ingresos a negocios particulares, es un expediente o refugio cómodo, aunque inane, para negar la responsabilidad frente a la Hacienda Pública (vid. S. 3-12-1991), obligación de la ciudadanía impuesta por la norma constitucional (art. 31.1), a la que queda sujeto al patrimonio del contribuyente con la contundencia que deriva del art. 1911 del Código Civil, sin que pueda condicionarse esta obligación y la responsabilidad civil y penal inherentes al requerimiento previo de la Administración Tributaria, porque la obligación de declarar nace del mandato imperativo de la Ley».

(40) En relación al delito fiscal, LAMARCA PÉREZ, *Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública*, Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, 1985, p. 786 estima que el estado de necesidad puede ser apreciado como eximente incompleta, cuando el pago del tributo resultare materialmente imposible o dejase al sujeto en una situación de grave penuria.

tículos 15.2 y 106.1 del TRLGSS/94), sin que sea ningún obstáculo el carácter supraindividual del bien jurídico protegido (41).

Distinto es que esta circunstancia eximente sólo pueda ser acogida cuando quede tan acreditada como el propio delito (42), debiéndose probar la concurrencia de los requisitos de la eximente (43).

VII. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

La consumación acaece en el momento en que se produce un perjuicio a la Seguridad Social, esto es, con la causación del perjuicio económico a la TGSS mediante alguna de las modalidades delictivas. El problema se traslada a determinar cuándo se produce este perjuicio económico que será distinto según se trate de una u otra modalidad delictiva.

a) En el caso de la elusión del pago de cuotas y concepto de recaudación conjunta, debe tenerse en cuenta que el sujeto responsable del pago debe presentar, ineludiblemente, los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario y, en su caso, ingresar las cuotas correspondientes (art. 26.1 TRLGSS/94).

La consumación habrá que referirla en esta modalidad delictiva al momento dentro del cual el sujeto activo puede efectuar el ingreso correspondiente (44), esto es:

— en los supuestos de falta de presentación de los documentos de cotización, la consumación se fija en el instante en que transcurre el plazo reglamentario de ingreso (45), esto es, dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo (46) pues la obligación de cotizar nace con la realización del presupuesto de hecho establecido en la ley (en principio, la iniciación de la actividad) y el perjuicio surge desde el momento en que la TGSS incurre en error consecuencia de la conducta omisiva

(41) Como indica SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad*, en *Derecho penal español. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1982, p. 675, en estado de necesidad podrá lesionarse cualquier bien jurídico dado que el artículo no impone limitación alguna.

(42) STS de 11 febrero 1987 y 25 noviembre 1992 (RJ 1239 y 9521).

(43) STS de 31 octubre 1992 (RJ 8629) en relación a un delito contra la Hacienda Pública.

(44) Como afirma RODRÍGUEZ MOURULLO, *ob. cit.*, p. 726, la consumación «hay que referirla, en la elusión del pago de impuestos, al momento hábil para efectuar el correspondiente ingreso, y en el caso de beneficios fiscales, al momento en que se obtiene la aplicación de la ventaja fiscal».

(45) En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 262 afirma que «la elusión del pago de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social se producirá, pues, una vez cumplido el plazo reglamentario para efectuar el ingreso que debe acompañar a la autoliquidación, y es en ese instante cuando el delito se entenderá consumado».

(46) Art. 71 RD 1517/1991, de 11 de octubre y art. 71 OM de 8 abril 1992.

del sujeto activo del delito (47); el acta de liquidación de la Inspección de Trabajo posterior no consuma el delito contra la Seguridad Social ya que la cuantía de la defraudación se puede determinar por los Tribunales sin necesidad de una previa liquidación administrativa pues la obligación de cotizar ya ha nacido y es exigible (48); además, debe tenerse en cuenta que la determinación de lo defraudado es competencia de los Tribunales y no de las actas de la Inspección cuyo alcance probatorio debe ser valorado por los órganos judiciales (49).

— en los supuestos de presentación de los documentos de cotización falsos dentro del plazo reglamentario, la consumación se produce con la mera presentación sin necesidad de esperar la finalización del plazo reglamentario de ingreso puesto que desde ese momento se hace incurrir en error a la TGSS en orden a la determinación de la cuantía de las cuotas y, por tanto, al importe de la defraudación.

(47) En relación al delito contra la Hacienda Pública, la STS de 9 febrero 1991 (RJ 5210) declaró que «el delito se consumó por haber transcurrido 20 días de cada vencimiento trimestral del tributo, durante 1985, de acuerdo con el artículo 6.º del Real Decreto 338/85, de 15 de marzo. No es la liquidación lo que consuma el delito. Cuando se presentó la solicitud a Hacienda para que realizase la inspección, julio de 1986, la defraudación ya se había consumado. La solicitud de inspección se produjo seis meses después de interpuesta la querrela».

En contra, la STS de 24 febrero 1993 (RJ 1530) declaró que «la prescripción penal por la que se rige todo delito, es distinta de la prescripción administrativa de la infracción de tal índole. Y esto en dos momentos tan importantes como el del plazo prescriptorio y el del cómputo de dicho plazo. Baste con decir que con arreglo al art. 114, párrafo primero del Código Penal, el término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito. Pues bien, tal término *a quo*, como ya hemos visto en el examen del motivo anterior, se inicia desde el momento de la liquidación definitiva de la deuda tributaria, momento de la consumación del delito, que no se produce hasta el 30-4-1990».

(48) Al establecer el art. 25 TRLGSS/94 que «las deudas con la Seguridad Social deberán satisfacerse dentro de los plazos reglamentarios establecidos en las normas reguladoras de los distintos recursos objeto de las mismas», se pone de manifiesto que la obligación de cotizar es exigible sin necesidad de acto administrativo alguno que la determine.

(49) La STC 76/1990, de 26 abril, al examinar la eficacia que a las actas y diligencias de la Inspección haya de darse, según el artículo 145.3 de la Ley General Tributaria, en el orden penal, en atención a la presunción constitucional de inocencia, a la luz de la doctrina constitucional sobre este derecho, declaró que «no es admisible que el proceso penal pueda resultar condicionado por una presunción previa derivada del procedimiento administrativo de inspección y comprobación de la situación tributaria del contribuyente, pues ello significaría que la documentación de la Inspección tendría a efectos penales un valor de certeza de los hechos que en la misma se hacen constar, viniendo obligado el pretendido infractor a destruir aquella certeza mediante la prueba en contrario de su inocencia. Tal interpretación del art. 145.3 de la LGT sería inconstitucional... Mas no es ésta la única exégesis posible del citado precepto, ya que el acta de la Inspección contiene la constatación de unos hechos de los cuales se infiere una *notitia criminis* suficiente para la apertura de un proceso penal, dentro del cual y en la fase del juicio oral tendrá el valor probatorio como prueba documental que el juez penal libremente aprecie, con respeto a todos los derechos reconocidos por el art. 24 de la Constitución Española».

b) En el caso de disfrute indebido de deducciones, la consumación coincidirá con el momento en que se obtiene la aplicación indebida de la deducción, esto es, normalmente con la presentación de los documentos de cotización en los que el sujeto practique indebidamente la compensación, bonificación, reducción o deducción de la naturaleza que sea (50).

c) En el caso de obtención indebida de la devolución, la consumación se produce con la materialidad del pago de la TGSS consecuencia de la ejecución del derecho a la devolución mediante la expedición de la orden o mandamiento del pago. Hasta este instante el patrimonio de la Seguridad Social no sufre perjuicio económico alguno pues no se ve disminuido con la mera resolución que reconozca el derecho a la devolución.

En cuanto a las formas imperfectas de ejecución, son teóricamente posibles tanto la tentativa como la frustración (art. 3 CP). Ahora bien, dichas formas imperfectas requieren un elemento subjetivo idéntico al del delito consumado por lo que el dolo debe ir dirigido a la producción de un perjuicio a la Seguridad Social que supere los 15.000.000 de pesetas, lo que implica un gran obstáculo para la apreciación de la tentativa y frustración (51).

Cabe el desistimiento en la tentativa en los supuestos en que el sujeto antes de la consumación de la obtención indebida de la devolución no materialice o haga efectivo el cobro de la cantidad, comportamiento que quedaría impune si el desistimiento fuera voluntario y no porque surjan obstáculos que hacen imposible o más difícil la consumación del delito.

VIII. PROBLEMAS CONCURSALES

1. El apartado segundo del artículo 349 bis CP establece las normas que permiten determinar el perjuicio causado a la Seguridad Social

(50) Debe tenerse en cuenta que la presentación de los documentos de cotización en plazo reglamentario permitirá a los sujetos responsables no sólo compensar su crédito por las prestaciones abonadas como consecuencia de su colaboración obligatoria con la Seguridad Social y su deuda por las cuotas debidas en el mismo período (art. 26.2 TRLGSS/94) sino también descontar el importe de las bonificaciones, reducciones u otras deducciones en las cuotas y conceptos de recaudación conjunta (art. 74.1 RD 1517/1991, de 11 de octubre).

(51) Como señala DE VICENTE MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 263 y 264: «En aquellos supuestos en los que la actuación de la Inspección de Trabajo, comprobando o investigando la existencia de que o bien el hecho imponible no ha sido declarado o que los datos contenidos en los boletines son inexactos o falsos, descubra la existencia de la deuda antes de finalizar el período voluntario de recaudación, estaremos ante una defraudación no consumada y por tanto en una defraudación punible en grado de tentativa, pero si la Inspección de Trabajo descubre la infracción una vez transcurrido el período voluntario de recaudación, supuesto más normal que el anterior, el delito se entiende consumado, lo que demuestra que el ámbito de las formas imperfectas de ejecución en el delito de elusión del pago de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social es muy reducido».

—y, con ello, la limitación entre el delito y la infracción administrativa: que exceda a 15.000.000 de pesetas— y que afectan a los problemas concursales.

Según este precepto, para la determinación de esa cuantía «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».

Si en el período de un año natural —y, por ello, computado de fecha a fecha— no se llega a esa cifra, no cabe acumular lo defraudado en varios años distintos, ni tampoco aplicar la figura del delito continuado, que sólo se aplica caso de existencia varios delitos. Por tanto, se pueden acumular todas las liquidaciones, deducciones y devoluciones correspondientes al mismo año natural.

En el supuesto que un mismo sujeto realice varias defraudaciones a lo largo de distintos años naturales y cada una de ellas sea de cuantía que exceda los 15.000.000 de pesetas, entrará en juego el artículo 69 bis CP y se impondrá la pena señalada en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser acumulada hasta el grado medio de la pena superior.

2. La realización de conductas propias de los artículos 349 y 350 bis CP con la de los delitos contra la Seguridad Social dará lugar a la apreciación de un concurso real de delitos de los artículos 69 y 70 CP (52).

3. Concurso ideal habrá con el delito de alzamiento de bienes que acompañado con el engaño requerido por el art. 349 bis CP lesione los derechos de crédito de la Hacienda Pública y de los acreedores privados (53).

4. Mayor importancia tiene el concurso con los delitos de falsedad (54). Cuando la defraudación a la Seguridad Social se realiza mediante un comportamiento activo, normalmente el sujeto obligado al pago presenta el documento de cotización haciendo constar menos trabajadores en lugar de los que tiene realmente, conteniendo deducciones

(52) A diferencia del delito contra la Hacienda Pública, donde la realización de las conductas de los artículos 349 y 350 bis CP da lugar a un concurso de normas debido a la aplicación del principio de consunción. Así, las STS de 27 diciembre 1990, 31 octubre 1992 y 9 marzo 1993 (RJ 5209, 8629 y 2547) entendieron que si las conductas peligrosas para el bien jurídico tutelado descritas en el art. 350 bis concurren con el delito contra la Hacienda Pública del art. 349 quedan consumidas o absorbidas por éste.

A mi entender, la realización del delito contable no comporta al mismo tiempo, de modo normal o acostumbrado un delito contra la Seguridad Social pues la forma habitual de su comisión no tendrá como actos preparatorios los descritos en el art. 350 bis CP sino determinadas falsedades u omisiones en el Libro Matrícula del Personal que tengan por objeto ocultar o alterar datos relevantes a la Inspección de Trabajo y a la TGSS en orden a determinar el presupuesto de nacimiento de la obligación de cotizar, es decir, la iniciación o existencia de una relación laboral.

(53) Cfr. en relación con el delito contra la Hacienda Pública con BAJO FERNÁNDEZ, *Manual...*, ob. cit., p. 440.

(54) El concurso entre defraudación tributaria y falsedad es estudiado ampliamente por RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., pp. 729 y ss.

indebidamente practicadas, ocultando datos que permitan cuantificar exactamente la cuantía de la cuota o, llegado el caso, solicita devoluciones de cuotas con omisión, ocultación o alteración de datos que permitan de forma indebida su obtención. En estos casos nos encontramos ante un delito de falsificación de documento tipificado en el art. 303 CP pues es doctrina jurisprudencial consolidada que los documentos privados que pasan a integrar el contenido de un expediente administrativo, adquieren la cualidad de documentos oficiales (55).

La conexión entre ambos ilícitos penales es evidente pues el delito contra la Seguridad Social contiene, como modo normal y habitual de realización, al delito de falsificación de documento oficial de manera que las falsedades constituyen actos preparatorios en el *iter criminis* de una conducta delictiva posterior.

En definitiva, la relación concursal entre los artículos 303 y 349 bis CP es de normas y no de delitos. Si un empresario realiza el comportamiento que contempla el artículo 303 (altera los boletines de cotización, Libro de Matrícula del Personal o solicitud de devolución) y a continuación defrauda a la Seguridad Social, se da una relación de consunción puesto que difícilmente es imaginable una acción positiva de defraudar sin una previa falsedad. De este modo, las falsedades se ven reflejadas de algún modo en el tipo legal del delito consumado, siempre que su realización no exceda de la habitual dinámica comisiva prevista como normal por el legislador para el delito principal (56).

5. Concurso ideal habrá con el delito contra la libertad y seguridad en el trabajo regulado en el artículo 499 bis CP por tratarse de tipos complementarios pues mediante el delito contra la Seguridad Social se tutela el patrimonio de ésta, mientras que con el artículo 499 bis se protegen los derechos de los trabajadores.

6. Cabe apreciar la posibilidad de concurso de normas (no de delitos) en el supuesto de la apropiación indebida de la cuota obrera. Cuando las cantidades retenidas en concepto de cuota obrera y no ingre-

(55) Cfr. STS de 14 marzo 1984, 20 enero 1986 y 3 julio 1991 (RJ 1820, 155 y 5517).

El Tribunal Supremo ha considerado documentos oficiales: parte de afiliación o alta a la Seguridad Social (STS de 29 enero 1992; RJ 577); boletines de cotización de la Seguridad Social (STS de 5 marzo, 2 julio y 8 octubre 1992; RJ 1735, 5926 y 7950); matrices de los recibos de cotización de la TGSS (STS de 20 marzo 1992; RJ 2373); cartilla de la Seguridad Social (STS de 11 marzo 1993; RJ 2150); y Libro de Matrícula de personal de la empresa (STS de 2 julio 1993; RJ 5690).

(56) Como señala GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» *Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona, 1995, p. 391, la lesión representada por el tipo consumido «está siempre delimitada cuantitativamente, en el sentido de que sólo aquellas infracciones que se muestran “normales” en producción del delito principal deben ser absorbidas... El “excedente” en la lesión habrá de concurrir con el delito principal».

En efecto, las falsedades en los boletines de cotización resultan ser el medio indispensable o, al menos, un medio habitual para la realización del delito contra la Seguridad Social; por el contrario, el comportamiento típico del delito contable excede de la habitual dinámica comisiva prevista por el legislador en este delito al no constituir un acto preparatorio del mismo.

sadas exceda de 15.000.000 de pesetas, estaremos en presencia de un concurso material de normas penales pues este mismo hecho puede ser calificado con arreglo a los artículos 349 bis y 535 CP (57).

Al no ser aplicable el principio de especialidad entre ambos preceptos por no existir una relación de género a especie dado que los comportamientos típicos son distintos, el concurso debe ser resuelto de acuerdo con el artículo 68 CP. En principio, los hechos deben ser calificados de acuerdo con el artículo 349 bis por ser el precepto que tiene señaladas mayores sanciones.

IX. PENALIDAD

Dada la remisión que el artículo 349 bis CP hace a las penas previstas para el delito contra la Hacienda Pública recogido en el artículo 349 CP, la pena básica será la de prisión menor y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía correspondiente a la cuota defraudada o a la devolución indebidamente obtenida.

Junto a la pena básica, el artículo 349 bis recoge circunstancias configuradoras de tipos cualificados, esto es, circunstancias previstas de forma específica para este delito con la finalidad de determinar la gravedad de lo injusto o culpabilidad (58).

Estas circunstancias del delito dan lugar a tipos cualificados en relación al tipo básico. Por ello, los tipos cualificados requieren todos los

(57) Nada de esto sucede en relación a los delitos contra la Hacienda Pública, pues la Ley Orgánica 6/1995 ha introducido como novedad la regulación expresa en el artículo 349 CP de la elusión del pago de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener como elemento integrante del tipo delictivo.

La precedente redacción del precepto planteó el problema concursal de los artículos 349 y 535 CP en el supuesto de la falta de ingreso de las retenciones practicadas a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La solución mediante el concurso de normas la encontramos en BAJO FERNÁNDEZ, *Manual, op. cit.*, p. 441 y MARTÍNEZ IZQUIERDO, *El delito fiscal* (Con Legislación y Jurisprudencia), Madrid, 1989, p. 57. La calificación como delito de apropiación indebida de la conducta del empresario que se apropia de cantidades retenidas a cuenta del IRPF la encontramos en las STS de 25 de septiembre 1990 y 3 diciembre 1991 (RJ 7238 y 8964).

(58) Como afirma BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1989, p. 361, «las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales».

Así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1995 dice textualmente: «Especial relevancia adquiere, en el contexto de la lucha contra el fraude fiscal y contra la Seguridad Social, la creación en ambas figuras delictivas de tipos cualificados por la concurrencia de circunstancias que denotan una especial voluntad de defraudar y de dificultar la investigación de los hechos constitutivos del delito o que revisten especial voluntad de defraudar por el importe de lo defraudado o por la existencia de una estructura organizativa de fraude».

elementos esenciales del tipo básico y, además, contienen un elemento agravatorio específico del delito contra la Seguridad Social.

Con estas precisiones, el artículo 349 bis dispone la aplicación de las penas del tipo básico en su grado máximo cuando la defraudación se comiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social. b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social.

El tipo cualificado por la «utilización de persona o personas interpuestas» requiere la creación de un empresario falso o aparente entre la Seguridad Social y el empresario real, sin que aquél tenga una mínima organización productiva que le permita el desarrollo de su actividad empresarial (59). Nos encontramos ante la figura de la interposición (60) en la que hay un sujeto interpuesto (titular aparente de la deuda con la Seguridad Social), otro oculto (titular real o verdadero obligado) y la TGSS como sujeto acreedor del importe de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta. En definitiva, se crea un sujeto artificial que impide conocer al verdadero obligado con la finalidad de defraudar a la TGSS y, en la mayoría de los casos, situándose aquél como una persona insolvente. La creación del sujeto aparente con intención de defraudar a la Seguridad Social podrá realizarse mediante una transmisión de la empresa al amparo del artículo 44 ET a un nuevo empresario insolvente (61).

El tipo agravado por la «especial trascendencia y gravedad de la defraudación» constituye un elemento normativo cuyo sentido está delimitado legalmente por los añadidos que recoge el precepto. Estos criterios legales de concreción son:

a) Importe de lo defraudado.—El legislador establece un criterio valorativo para agravar la pena en el delito contra la Seguridad Social, pero cuyo alcance o límites se deja de precisar a fin de que sea concretado judicialmente para cada caso concreto, ejerciendo una labor integradora que permita la mejor actualización y operatividad del tipo (62).

(59) Sobre el tema, vid. MARTÍN VALVERDE, *Interposición y mediación en el contrato de trabajo*, Revista de Política Social, núm. 91, 1971, pp. 17 y ss.

(60) Como señala GARCÍA MURCIA, J., *El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores*, Revista de Política Social, núm. 130, p. 68: «Esta interposición puede producirse porque se celebra un negocio por un titular aparente con otra persona y se oculta al titular real, o porque el titular real cede su posición jurídica a otra persona, pero sigue apareciendo como tal, o que, en fin, el titular real ceda su posición jurídica para que otro aparezca en ella».

(61) Por ejemplo, la constitución de una sociedad mercantil filial sin capital efectivo alguno, la simulación de un arrendamiento de industria o compraventa, etc. Vid. los supuestos que cita MONEREO PÉREZ, J.L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, 1987, pp. 556-558.

(62) De manera similar, en el delito de estafa la «especial gravedad» se determina atendiendo al «valor de la defraudación» (artículo 529.7 CP).

La especial trascendencia y gravedad del tipo cualificado en atención al «importe de la defraudación» debe determinarse mediante un criterio mixto o intermedio (63) que tenga en cuenta no sólo criterios objetivos —valor cuantitativo u objetivo de la defraudación (64)— sino también criterios subjetivos que revelen la especial incidencia de la defraudación para evaluar globalmente la «especial trascendencia y gravedad» del perjuicio económico causado al patrimonio de la Seguridad Social y, en particular, atendiendo «a las realidades socioeconómicas del momento (depreciación de signo monetario, naturaleza de los bienes defraudados y demás relaciones) (65)».

b) Existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social.—Este tipo agravado encuentra su razón de ser en la modalidad de comisión, es decir, en el medio empleado para defraudar. La circunstancia específica de agravación requiere la presencia de un grupo de sociedades concebido como «aquella forma de unión de empresas en la que, sin perjuicio del mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades integradas en él, quedan todas ellas sometidas a una dirección económica única ejercitada por la sociedad dominante del mismo (66)».

La presencia de un grupo de empresas supone: de un lado, la existencia de una «estructura organizativa» por cuanto que el grupo representa una nueva forma empresarial en el que las sociedades que lo integran actúan

(63) Sobre el criterio mixto o intermedio para determinar el «valor de la defraudación» en el delito de estafa, vid. PÉREZ ALONSO, E., *Teoría General de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1995, pp. 445-448.

(64) El criterio cuantitativo deberá determinarse en atención a la fecha en que acaecieron los hechos delictivos. Así, en relación al delito de estafa, la STS de 5 mayo 1992 (RJ 3707) declaró que «un parámetro importante que se debe tener en cuenta por los Tribunales a la hora de ponderación de las circunstancias agravantes lo constituye la fecha en que se ha cometido la infracción ya que el importe de una determinada infracción es un valor relativo que hay que medir en relación con los indicadores económicos que establecen la capacidad adquisitiva del dinero en unas circunstancias determinadas...».

(65) STS de 24 febrero 1989 (RJ 1657).

(66) EMBID IRUJO, J.M., *Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en Derecho del Trabajo*, Relaciones Laborales, 1985, tomo I, p. 567.

La bibliografía de los grupos de sociedades es abundante en el Derecho del Trabajo, vid. CAMPS RUIZ, L.M., a) *Tratamiento laboral de los grupos de sociedades*, Actualidad Laboral, núms. 34 y 35, 1990, pp. 401 y ss., y b) *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Madrid, 1986; GONZÁLEZ BIEDMA, E., *La responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales*, Relaciones Laborales, 1989, tomo II, pp. 213 y ss.; MARTÍNEZ BARROSO, M.R., *Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresas*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 62, 1993, pp. 915 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L., *Aspectos laborales de los grupos de empresas*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 21, 1985, pp. 83 y ss.; ORTIZ LALLANA, M.^a C., *Los grupos de empresa: determinación del empresario responsable*, Actualidad Laboral, núms. 39 y 40, 1985, pp. 1945 y ss; VÁZQUEZ MATEO, F., *Grupo de empresas y derecho individual del trabajo. Introducción al Derecho de Trabajo de la Concentración*, Documentación Laboral, núm. 16, 1985, pp. 117 y ss.

con arreglo a criterios de subordinación en el que se manifiesta una unidad de dirección económica; de otro, la presencia de una «pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social» pues es característico del grupo que las sociedades que lo integran sean independientes, jurídicamente lo que se logra mediante la personalidad jurídica de cada una de ellas (67), con lo que pueden existir una multiplicidad de sujetos obligados frente a la Seguridad Social.

Además, el artículo 349 CP establece la imposición al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

Por último, la sentencia condenatoria deberá contener la responsabilidad civil derivada del delito cometido, pues de lo contrario la materialidad objetiva de la condena quedaría sin respuesta adecuada, produciéndose un enriquecimiento injusto por parte del empresario culpable (68).

X. EXCLUSIÓN DE LA PENA

El apartado tercero del art. 349 bis excluye la responsabilidad penal del que regularice su situación ante la Seguridad Social. Esta exclusión pone de manifiesto que el bien jurídico protegido directa e inmediatamente es el patrimonio de la Seguridad Social pues con la regularización se logra reponer la disminución patrimonial experimentada con la conducta delictiva.

Se trata de una causa de exclusión o exención de la pena que determina una excusa absolutoria, esto es, el legislador por razones de políti-

(67) Precisamente el artículo 99.3 TRLGSS/94 considera empresario «a toda persona natural o jurídica, pública o privada, por cuya cuenta trabajen las personas incluidas en el artículo 97», lo que significa que cada empresa integrante del grupo tendrá el carácter de empresario a los efectos de la Seguridad Social y, por tanto, de sujeto acreedor u obligado con la TGSS.

(68) La STS de 3 diciembre 1991 (RJ 8964) en relación con cantidades retenidas a trabajadores a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas afirmó que la responsabilidad civil «es aneja al delito y ha de imponerse en la sentencia al responsable del mismo cumpliendo lo que disponen los arts. 19, 101 y siguientes del Código Penal, sin que el procedimiento administrativo impida exigir esta responsabilidad, dado que el pronunciamiento penal no sólo comporta la posibilidad de una segunda sanción por vedarlo el principio *non bis in idem*, sino que provee a la Hacienda Pública de un nuevo y único título —judicial— para hacer efectiva la deuda tributaria».

También en relación efectiva al delito contra la Hacienda Pública, la STS de 9 febrero 1991 (RJ 5210) declaró: «El delito se consumó... lo que lleva aparejada responsabilidad civil (artículos 19, 101 y 104 del Código Penal), la que corresponde al procesado, Presidente del Consejo de Administración y Consejero-Delegado de Bodegas Lan S.A. desde 28 de febrero de 1985, de acuerdo con doctrina de esta Sala —SS. de 28 de mayo y 29 de junio de 1985 (RJ 3087)—».

ca criminal exime de pena al sujeto activo de un acto típicamente penal, antijurídico y culpable (69).

La redacción del apartado tercero excluye de responsabilidad penal solamente a la persona «que regularice su situación» lo que debemos entenderlo como un *numerus clausus* y que, por lo tanto, no cabe extender su aplicación a personas distintas ni a supuestos diversos de los contemplados por el precepto. En consecuencia, las demás personas que hayan podido intervenir en el delito (coautores o partícipes) no quedan exentas de responsabilidad penal (70).

Los términos del precepto conducen, además, a soluciones improcedentes que, en principio, no parecen haber sido queridas por el legislador. En efecto, el artículo 349 bis se refiere sólo al supuesto de que sea el propio sujeto activo el que regularice su situación ante la Seguridad Social, no siendo relevante a efectos penales cuando esta conducta es realizada por un tercero y ello a pesar de la eficacia liberatoria del pago de las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta efectuado por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, ya lo ignore el deudor (71).

La exención de la responsabilidad penal sólo juega cuando la regularización se produzca antes de uno de estos dos momentos temporales:

— La notificación de la iniciación de la actuación de la Inspección de Trabajo dirigida a la determinación de la deuda lo que supone la necesaria presencia de un acta de liquidación de cuotas (72) y, además, que sea debidamente notificada.

— La interposición de querrela o denuncia contra el sujeto activo dirigida por el Ministerio Público o el Letrado de la Seguridad Social (73).

(69) Se extiende a los delitos contra la Seguridad Social la excusa absolutoria de «autodelación» prevista para los delitos fiscales por el sistema alemán, en la Ordenanza Tributaria, parágrafo 371. Cfr. en los delitos contra la Hacienda Pública con GRACIA MARTÍN, L., *La infracción de deberes contables y registrales tributarios*, en Derecho Penal, Madrid, 1990, p. 109; HIGUERA GUIMERA, J.F., *Las excusas absolutorias*, Madrid, 1993, pp. 161-163; y PÉREZ ROYO, F., *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Madrid, 1986, pp. 174-175.

(70) Así parece desprenderse de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1995 al afirmar: «Esta regulación tiene por objeto salvaguardar el cumplimiento voluntario de sus obligaciones por los contribuyentes. Por lo que respecta a cuantas otras personas puedan resultar responsables de los delitos se aplicarán las normas generales del Código Penal, conforme al Título II del Libro Primero de este Código».

(71) Artículo 14.3 RD 1517/1991, de 11 de octubre.

(72) A nivel legal, las actas de liquidación de cuotas están reguladas en el art. 31 TRLGSS/94, redactado conforme el art. 29.Siete de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

(73) El artículo 447.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la redacción dada por el artículo decimoséptimo de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, establece: «La representación y defensa de las Entidades Gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social corresponderá a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, en ambos casos, y de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, puedan ser encomendadas a abogado colegiado especialmente designado al efecto».

La exención de responsabilidad penal alcanza a dicho sujeto —excluyéndose, por tanto, a los que hayan intervenido de cualquier forma en la comisión de los hechos delictivos como coautores o partícipes— por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

CRÓNICAS EXTRANJERAS

Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana (*)

BERND SCHÜNEMANN

Catedrático en la Universidad de Munich

I. INTRODUCCIÓN

1. Hace 40 años, Thomas Würtenberger pronunció en Friburgo su discurso inaugural sobre «La situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana» (1). Este discurso era una verdadera expresión de la cultura de los años cincuenta, y, con ello, de aquella postrera época de restauración que por última vez volvió a conservar la herencia social y cultural del siglo XIX, en realidad ya destruida por completo, antes de que ésta se hundiese definitivamente en los años sesenta y fuese sustituida por la sociedad postmoderna en la que hoy vivimos. Los temas y las fórmulas de solución que en aquel momento aún pudieron ser propuestos por Würtenberger con pleno convencimiento, por un lado aún hoy nos resultan familiares, y por otro ya han pasado a ser completamente inadecuados para abordar los problemas de nuestro tiempo. Con el fin de resaltar mediante el contraste la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal actual, quisiera comenzar con un breve recordatorio de la panorámica trazada por Würtenberger hace cuarenta años, para

(*) Título alemán: «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft» (versión ampliada de una conferencia pronunciada en las Universidades finlandesas de Helsinki y Rovaniemi). Traducción de *Manuel Cancio Meliá* (Universidad Autónoma de Madrid).

(1) Concretamente, el día 30 de noviembre de 1955, 1.ª ed. 1957, 2.ª ed. 1959. Las páginas que a continuación se indican en el texto se refieren a este trabajo.

después destacar desde este punto de partida las líneas de unión que se prolongan hasta el día de hoy.

Si cabe reconducir el esquema de interpretación de Würtenberger a una sola idea dominante, es ésta la de la personalidad humana, esto es, de la personalidad individual, que en su dignidad y responsabilidad es propuesta como punto angular tanto del ordenamiento de bienes jurídicos del Derecho penal como del sistema de sanciones de éste. En este sentido, en la primera parte de su discurso, dedicada a la búsqueda de los fundamentos filosóficos, se declara partidario de un Derecho natural existencial vinculado al ser propio del hombre (pp. 25 a 28), que, en su opinión, por un lado, prescribe la protección de la dignidad humana por parte del Derecho penal, incluso por encima de una legalidad injusta, y, por otro obliga a respetar en el proceso penal la dignidad humana también de quien ha infringido el Derecho (pp. 28 a 31). Coherentemente, Würtenberger demandaba una remodelación del ordenamiento de bienes jurídicos con base en la posición primordial de la dignidad humana, por ejemplo, mediante una mayor protección del honor y de la esfera íntima (pp. 67 a 87). Respecto del sistema de sanciones exigió una profunda individualización, es decir, una adaptación de las características, de la medida, duración y ejecución de los medios de reacción, a las peculiaridades de la personalidad del autor (pp. 87 a 100, tenor literal en la p. 89). En correspondencia con ello, consideraba el delito en primer lugar como producto de la personalidad infractora del Derecho, cuya investigación empírica postulaba como tarea fundamental de la criminología (pp. 39/40, 44), y proponía hallar el contenido del concepto de delito ante todo por medio de una consideración histórica de la criminalidad y de la administración de justicia penal (pp. 34 a 37). Sin embargo, Würtenberger criticó al mismo tiempo acerbamente la teoría personal del injusto de Welzel (pp. 47 a 67), actitud que desde luego resultaba contradictoria con sus propios puntos de vista antes expuestos, pero sin que Würtenberger se percatase de esta contradicción y quedando ésta por tanto sin resolver. Además, en general rechazó de principio el pensamiento lógico-material proclamado por Welzel como base metodológica de la dogmática jurídico-penal (pp. 14 a 16) (2).

2. Resulta fascinante el hecho de que puede trazarse desde estas posiciones fundamentales de Würtenberger en cada caso una línea recta hacia aquellas dos concepciones teóricas del Derecho penal que pueden ser consideradas como los polos, la vanguardia o el contrapunto de la más reciente evolución. Me refiero, por un lado, a la concepción del Derecho penal propugnada por algunos autores radicados en la actualidad o en algún momento anterior en Frankfurt, como Derecho referido exclusivamente al individuo, concepción que se manifiesta del modo más

(2) Cfr. el completo y extremadamente sutil análisis del texto de Würtenberger desde la perspectiva actual realizado por MÜLLER-DIETZ, GA 1992, pp. 99 a 133.

claro en la teoría del bien jurídico y en la política procesal penal de Winfried Hassemer y sus discípulos. Por otro lado, hablo del sistema normativista del Derecho penal de Günther Jakobs, orientado con base en la teoría funcional de sistemas y que se concibe a sí mismo como el polo opuesto al pensamiento lógico-material. No es una casualidad que las Jornadas alemanas de Profesores de Derecho penal de este año, a desarrollarse en Rostock, se celebren con el tema general «El Derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento europeo de los principios tradicionales» y que las ponencias generales al respecto hayan sido encomendadas a Günther Jakobs y a Klaus Lüderssen. Por ello, en mis consideraciones críticas sobre la situación intelectual de la ciencia del Derecho penal alemana dedicaré a estas dos corrientes mi atención primordial, a pesar de que (o quizás precisamente porque) a continuación pretendo plantear y fundamentar la tesis de que estamos ante dos callejones sin salida que cortan la ulterior evolución de la ciencia del Derecho penal: el individualismo de Frankfurt está abocado a exprimir en demasía un único principio, convirtiéndolo así, en vez de en un elemento positivo, en un obstáculo; el normativismo de Jakobs, por su parte, necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia. Ello es así, en todo caso, si se toman en serio las pretensiones teóricas de ambas corrientes, en vez de relativizarlas siempre que sea necesario a través de decisiones *ad hoc*.

3. Claro está que la ciencia jurídico-penal alemana, que puede ser descrita desde el punto de vista empírico como discurso real de unos 400 participantes, no se agota en estas dos posiciones extremas. Por el contrario, si se realizase un análisis detallado, se obtendría un mosaico extraordinariamente compartimentado, en el que, por ejemplo, la dirección defendida por los autores de Frankfurt se descompondría en distintos trazos individuales. Sin embargo, en un estudio con grandes limitaciones de espacio me resulta imposible evitar una drástica reducción y selección, y por ello agrupo en lo demás al mosaico de la ciencia penal alemana en dos grandes bloques. Denominaré al primero de estos bloques la «dogmática sin consecuencias», cuyas causas están o en cierto eclecticismo o tradicionalismo, y en el cual últimamente incluso se percibe la existencia de pura política de intereses meramente disfrazada de ciencia. Y al segundo bloque pertenecen todos aquellos puntos de partida dirigidos a un pensamiento dualista compuesto de lógica material y razón práctica, que están en condiciones de fundamentar el Derecho penal de la sociedad postmoderna ni de modo reaccionario ni arbitrario, sino de manera verdaderamente adecuada; son éstas las posiciones que en mi opinión se impondrán en el futuro y cuyas condiciones de validez habrán de ser analizadas en un ulterior y más amplio estudio. Aquí habré de concentrarme en la «parte crítica», organizada con base en la definición de los bloques antes realizada, definición que también indica los tres pasos en los que comienzo a realizar la panorámica de la

actual ciencia jurídico-penal alemana, de sus perspectivas filosóficas y político-sociales.

II. EL INDIVIDUALISMO MONISTA DE LA «ESCUELA DE FRANKFURT»

1 Aquello que en el tema general de las Jornadas alemanas de Profesores de Derecho penal de este año se denomina «pensamiento europeo de los principios tradicionales en Derecho penal», Hassemer lo llama, con el mismo contenido conceptual, «Derecho penal clásico», afirmando que éste se desarrolló después de la «muerte del derecho natural», a consecuencia de la «epistemología de la filosofía idealista alemana» y sobre la base de la idea del contrato social en la filosofía política de la Ilustración (3). En todo caso, esta contraposición histórica entre derecho natural e Ilustración resulta poco convincente, pues el derecho natural como derecho racional, por ejemplo, en el sentido de Grocio y Pufendorf, no es otra cosa que la primera fase de la Ilustración y ya supuso la aportación de una nueva y esencial definición al Derecho penal del Estado, definición que en la segunda fase tan sólo fue desarrollada hasta sus últimas consecuencias, encontrando su popular culminación en la obra de Beccaria «De los delitos y de las penas». Pues tanto en la obra de Grocio como en la de Pufendorf se puede advertir que en cierto modo una deducción puramente secularizada del Derecho penal, por un lado, del contrato social y, por otro, de su utilidad social. En Grocio, además, hay una anticipación de la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach (4), y tanto Beccaria como en Alemania Hommel y otros se limitaron a extraer de ello las consecuencias necesarias a efectos de circunscribir al Derecho penal a la evitación de verdaderos daños sociales (5). Por tanto, estamos ante un manejo bastante arbitrario de las épocas de la historia de las ciencias del espíritu cuando Hassemer considera que la muerte del derecho natural se produce (tan sólo) en la «epistemología de la filosofía idealista alemana», a través del modelo de ésta de «contrato social» (6) —a pesar de que el contrato social desde Hobbes y Grocio ha sido la base del derecho natural racional. Y también hay que

(3) ZRP 1992, pp. 378, 379; coincidiendo en el tenor literal, en: *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, pp. 3 y ss.

(4) Cfr. GROCIO, *De jure belli ac pacis*, versión alemana de 1869, Capítulo XX, pp. 46, 54, 58; PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, 1759, tomo II, libro 8.º, 3.º capítulos, §§ 8 y ss. (pp. 324 y ss.).

(5) De modo especialmente claro, BECCARIA (cita conforme a la edición de Alff, 1966), pp. 52 a 55, 60 a 63 y 65 a 67; HOMMEL, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, ed. de LEKSCHAS, 1966, preámbulo, pp. 2 y ss., 10, 16; *idem*, *Über die Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen*, reimpresión de 1970, §§ 110 y ss., 174.

(6) ZRUP 1992, pp. 378, 379.

considerar una manipulación que Peter-Alexis Albrecht a su vez ubique el «Derecho penal clásico» en la época de la Ilustración, afirmando al mismo tiempo que es éste el momento en el que llega «la hora de la teoría absoluta de la pena» (7)— a pesar de que la teoría de la pena de la Ilustración en realidad consistía en una mezcla de consideraciones preventivo-generales y preventivo-especiales en contra de las que se dirigía precisamente la polémica de Kant en su *Metafísica de las costumbres* (8). Finalmente, también constituye un manejo arbitrario que Herzog deduzca en un «ensayo histórico el nacimiento del Derecho penal de la puesta en peligro del espíritu de los ordenamientos imperiales de policía de 1530, 1548 y 1570» (9), pues la suposición de que existe una continuidad hasta los delitos de peligro abstracto del siglo XX —que según la escuela de Frankfurt son una característica del Derecho penal moderno— no puede realmente estar planteada en serio. Dicho sea de paso, además, que la propia exposición de Herzog demuestra que los ordenamientos imperiales de policía, con sus prohibiciones de monopolios y reglamentos de vestimenta, que podían ser dispensados libremente por el emperador, estaban más bien dirigidos a construir el Estado de autoridades burocráticas que a asegurar por medio del Derecho penal el bien común. Sin embargo, no quiero insistir aquí en estas manifestaciones incorrecciones en lo que se refiere al tratamiento de las épocas históricas o a la afirmación de que existen evoluciones continuas, sino pretendo abordar aquella contraposición material de la que Hassemer y sus discípulos deducen una teoría del bien jurídico puramente individualista que ellos denominan «personal». Según esta concepción, el Derecho penal moderno se caracteriza por la continua creación de nuevos tipos penales destinados a la protección de bienes jurídicos universales definidos de modo vago, siendo degradado de este modo a la categoría de un instrumento habitual —si bien cargado de déficits crónicos de ejecución —para la asunción política interna de un futuro incierto (10). Por ello, en su opinión es necesario eliminar la crisis producida por esta expansión incontrolada y sobrecarga del Derecho penal reduciéndolo a un Derecho penal nuclear en el sentido de una teoría personal del bien jurídico. Esta teoría sólo debe reconocer como bien jurídico un interés humano necesitado de protección jurídico-penal, de modo que pasarían claramente a un primer plano los bienes jurídicos individuales; la protección de los bienes jurídicos universales remanentes se llevaría a cabo tan sólo en interés mediato de los individuos afectados, por lo que estos bienes deberían

(7) NJ 1994, p. 193.

(8) Cfr. la crítica de KANT a la fundamentación utilitarista de la pena en: *Die Metaphysik der Sitten*, 2.^a edición 1798, p. 227.

(9) HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 74 y ss.

(10) HASSEMER, ZRP 1992, pp. 378, 381 y ss.; HERZOG, *op. cit.* (en nota 9), pp. 65 y ss.; cfr. también NAUCKE, en HASSEMER (a cargo de la ed.), *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 25 y ss.; *idem*, KritV 1993, pp. 135, 154 y ss.

acomodarse a la función de la protección de individuos y ser delimitados con base en esa misma función (11). De lo anterior, Hassemer ha extraído respecto del *Derecho penal medioambiental* la consecuencia de que la mayoría de los tipos en cuestión deberían ser eliminados del Código penal, debiendo ser calificados de meros injustos administrativos (12), y este postulado ha sido subrayado por sus discípulos Herzog y Hohmann por medio de referencias en profundidad a la inidoneidad del vigente Derecho penal del medio ambiente y a su gran alejamiento de los delitos contra la vida y la integridad física propiamente dichos (13).

2. Esta teoría monista-individualista del bien jurídico parece que lleva a la práctica de modo directo y especialmente coherente el postulado de Würtenberger en el sentido de que debía reorganizarse el ordenamiento de bienes jurídicos sobre la base del individuo como su máximo valor y objeto de protección. De hecho, constituye el contrapunto más destacado a las tendencias legislativas modernas, que discurren exactamente en la dirección contraria y que son sometidas a un análisis extraordinariamente clarividente por parte de la Escuela de Frankfurt, tendencias que prácticamente han establecido el delito de peligro abstracto como instrumento estándar para la protección de bienes jurídicos universales.

a) Comparto con Hassemer la vinculación a la idea de contrato social, idea que domina toda la época de la Ilustración —pero que, dicho sea de paso, en contra de lo sostenido por Hassemer, se encuentra claramente en un segundo plano en el idealismo alemán (14)— y en cuyo amplio restablecimiento en el ámbito de la filosofía práctica por parte de Rawls (15) no es necesario insistir aquí. Sin embargo, al concebir su teoría personal del bien jurídico, Hassemer ha pasado por alto dos aspectos esenciales. En primer lugar, parece evidente que no puede limitarse la participación en el contrato social, y con ello, los derechos y las obligaciones que de él derivan, a los individuos que viven en un determinado momento; pues de lo contrario, con cada muerte y con cada nacimiento habría de concluirse un nuevo contrato social. Además, podría

(11) HASSEMER, ZRP 1992, pp. 378, 383; *idem*, en AK, *Alternativkommentar zum StGB*, tomo I, §§ 1 a 21, 1990, n.m. 274 y ss. previos al § 1; *idem*, en SCHOLLER/PHILIPPS (a cargo de la ed.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, pp. 90 y ss.; en sentido similar (aunque de modo menos decidido), KINDHAÜSER, *Universitas* 1992, pp. 227, 234.

(12) En SCHOLLER/PHILIPPS, *op. cit.* (en nota 11), pp. 93 y ss.; *idem*, ZRP 1992, pp. 378, 383; *idem*, *Produktverantwortung* (*cit.* en nota 3), pp. 23 y ss.

(13) HERZOG, *op. cit.* (en nota 9), pp. 141 y ss., 147 y ss.; HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, 1991, pp. 188 y ss., 196 y ss.; *idem*, GA 1992, pp. 76 y ss.

(14) En lo que se refiere al Derecho penal, ello se aprecia claramente en la polémica de KANT en contra de Beccaria (*op. cit.* [en nota 8], pp. 232 y ss.), en la que en realidad el contrato social es sustituido por el imperativo categórico.

(15) RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, versión alemana de 1975, 5.ª edición 1990, pp. 28 y ss.; 33 y ss.; 50 y ss.; 134.

legitimarse el genocidio o la reducción a la esclavitud de una población que viva fuera de las fronteras del Estado, o incluso de la siguiente generación —es decir, una especie de matanza de Belén permanente— precisamente a través del contrato social. La idea en su conjunto sólo puede llevarse a la práctica de modo coherente si se concibe como parte del contrato a toda la humanidad, esto es, incluyendo también a las generaciones futuras. Esto, por lo demás, sucede también con todo establecimiento de normas morales aunque no esté fundamentado en contrato y consenso, pues su presupuesto mínimo siempre está en el axioma básico de que han de seguir viviendo seres humanos en la tierra. Sin embargo, si el contrato social se concibe desde la perspectiva de la especie del *homo sapiens* en su conjunto, inmediatamente se aprecia la concepción demasiado estrecha presente en la teoría personal del bien jurídico de Hassemer, ya que no es tal o cual individuo que viva en el momento presente, sino la supervivencia de la especie humana lo que constituye el valor supremo, valor que desde el punto de vista de las personas que viven en el momento actual no es individual, sino universal. Y como, además, no hay razón alguna para que sea de mejor condición una generación frente a las demás, cabe deducir como segunda norma básica que existe un derecho de todas las generaciones a una parte relativamente igual de los recursos naturales, de lo que a su vez puede inferirse la existencia y la preservación de un medio ambiente propicio a la vida y en el que ésta pueda desarrollarse en condiciones favorables como el bien jurídico que ocupa el segundo lugar en la jerarquía de valores después de la existencia y de la preservación de la especie *homo sapiens*. Y en este lugar aparece la segunda falla del concepto personal de bien jurídico, que no tiene en cuenta las dimensiones de las distintas potencialidades de lesión de una determinada sociedad en función de su estadio de desarrollo tecnológico. Antes de la revolución industrial y de la superpoblación de la tierra, todavía las reservas en los recursos ecológicos eran tan abundantes y las potencialidades de lesión a disposición de los individuos tan pequeñas que de hecho en una jerarquización pragmática los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad en vida en ese momento podían ocupar el primer plano [aunque no puedo ocuparme en este lugar de los múltiples ejemplos de destrucción irrecuperable de determinados recursos ocurridos en épocas históricas ya muy tempranas (16)]. Sin embargo, a más tardar el consumo abusivo y desaforado de recursos ocurrido en este siglo, junto con la superpoblación de la tierra que a éste acompaña, han conducido a un callejón sin salida que prohíbe cualquier duda acerca del

(16) Cfr. en detalle a este respecto KLOEPFER, *Zur Geschichte des deutschen Umweltrechts*, 1994, pp. 10 y ss.; HEINE, en: LÜBBE/STRÖKER (a cargo de la ed.), *Ökologische Probleme im kulturellen Wandel*, 1986, pp. 116 y ss.; *idem*, ZStW 101 (1989), pp. 722, 724 y ss.; *idem*, GA 1989, pp. 116 y ss.

(17) De entre la inabarcable bibliografía sobre la cuestión, tan sólo tres ejemplos: ERNST U. VON WEIZSÄCKER, *Erdpolitik*, 2.ª edición 1990; *idem* (a cargo de la ed.), *Umweltstandort Deutschland*, 1994; WOUTER VAN DIEREN, *Mit der Natur rechnen. Der*

carácter dominante de los bienes jurídicos ecológicos (17), lo que conlleva que la funcionalización individualista proclamada por la escuela de Frankfurt (y lo que esto significa: reducción a los intereses depredatorios de los individuos que viven en este momento) aparezca en cierto sentido como una verdadera perversión del ordenamiento de bienes jurídicos. Si tenemos en cuenta, además, que la teoría personal del bien jurídico naturalmente incluye la protección de la libertad individual de actuación que presta el tipo de coacciones (18), prácticamente, y llevando la cuestión a sus últimas consecuencias, se impone la valoración de que esta teoría tiene en mayor consideración a la más absurda apetencia del individuo egoísta que a las condiciones de vida de las generaciones futuras. Y cabe radicalizar aún más la demostración de esta perversión de valores si se tiene en cuenta que en el centro del concepto personal de bien jurídico también se halla, naturalmente, la propiedad (19), que en la filosofía idealista prácticamente fue elevada a los altares de considerarla un atributo de la dignidad humana (20) y que en aquel entonces, en una sociedad con relativamente escasos bienes materiales, de modo comprensible disfrutaba de una especial valoración.

Hoy, en la época de ingentes cantidades de cachivaches, para cuya producción tiene lugar una constante sobreexplotación de los recursos naturales, el hecho de ubicar los delitos patrimoniales en el sector central del Derecho penal (21), mientras que al mismo tiempo se quiere remitir la mayor parte de los delitos medioambientales al campo de las infracciones administrativas (22), como lo propone la escuela de Frankfurt, tiene que parecer atávico. Y es posible alcanzar un tercer punto álgido en esta *reductio ad absurdum* de la teoría personal del bien jurídico si se la proyecta sobre el trasfondo de la doctrina individualista del bien jurídico de Würtenberger, citada al comienzo. Würtenberger había formulado en la década de los cincuenta el diagnóstico de que el objetivo principal era «destacar la autonomía de la personalidad humana en

neue Club-of-Rome-Bericht zur Lage der Menschheit, 1995. Sin embargo, ha de decirse que en este sentido no es de ningún modo necesario reconocer la existencia de derechos propios de la naturaleza en el sentido de Hans Jonas, Stone, Meyer-Abich y Bosselmann, de modo que no es preciso ocuparse aquí de la crítica realizada a esta concepción por HOHMANN, *op. cit.* (en nota 13), pp. 77 y ss., 93 y ss.

(18) De modo lacónico, HASSEMER, en AK (*cit.* en nota 11), n.m. 269 previo al § 1.

(9) HASSEMER, *loc. cit.* (en nota 18), *idem*, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 236.

(20) Fundamental HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §§ 41, 45; FICHTE, *Rechtslehre: vorgetragen von Ostern bis Michaelis 1812*, 2.ª edición, 1980, con base en la edición de 1920, pp. 15 y ss., 109, 116 y ss. Cfr. entre las opiniones modernas NOZICK, *Anarchie Staat Utopia*, edición alemana 1976, pp. 152 y ss.

(21) Claramente en este sentido, HASSEMER, *Theorie* (*cit.* en nota 19), pp. 223 y ss.; además, en: AK (*cit.* en nota 11), n.m. 255 previo al § 1.

(22) Cfr. las referencias en las notas 12 y ss.; además, HERZOG, *op. cit.* (en nota 9), p. 158; Naucke, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985, pp. 38 y ss.; HOHMANN, *op. cit.* (en nota 13), pp. 209 y ss.

cuanto ser intelectual y moral» (p. 71), lo que, a su vez, se correspondía con los cometidos por él propuestos para una «teoría del derecho natural existencial» (p. 26) y era típico del tono retórico algo vacío, pero usado con toda convicción, de los años cincuenta. Los recortes lingüísticos de esa época han sobrevivido a los últimos cuarenta años, pasando por la habitual evolución hacia lo trivial de las posiciones ideológicas (23), y han entrado en el acervo de frases hechas de políticos, oradores festivos y editorialistas. La evolución cultural real, en cambio, ha transcurrido de modo completamente distinto: alejándose de la imagen ideal de la personalidad como felicidad suprema de los terrícolas, imagen perteneciente en realidad al arsenal cultural del siglo XIX, y yendo hacia la cultura de masas de la sociedad postmoderna postindustrial con sus cuatro grandes insignias: todo está prefabricado y producido y degenera por ello en un bien de consumo barato; todo es indeterminado y degenera por ello en la «vertiginosa quietud» (Virilio) del circuito sin sentido de una moda calculada exclusivamente de modo económico; todo se transforma en entretenimiento y pierde con ello la seriedad de un verdadero desarrollo de la personalidad; el mundo público y vecinal cae en una secuencia de mundos aparentes generados por los medios de comunicación de masas, por obra de los cuales al final queda un individuo aislado en su privacidad, narcisista, lloroso y egoísta, cuyas formas de vida en verdad infantiles son ocultadas bajo el manto de la niebla, generada por los medios de comunicación de masas, de los eslóganes culturales del siglo XIX, vacíos de contenido desde hace mucho tiempo, individuo que de este modo es incapaz de ver la génesis manipuladora e industrial de su forma de vida sólo aparentemente individual (24). En última instancia, por tanto, la teoría personal del bien jurídico ha caído en la trampa de esta sociedad postmoderna, ha tomado sus mundos ficticios y sus técnicas de encubrimiento por su núcleo esencial y ha elevado a la categoría de objeto de protección de mayor rango del Derecho penal al despilfarro de los recursos de generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo fabricado industrialmente, despilfarro que en verdad cumple con el concepto primigenio de delito.

b) El desconocimiento que deriva de lo anterior de la importancia fundamental y básica de los delitos medioambientales para el Derecho

(23) Respecto de esta experiencia constante, cfr. sólo ANDERS, *Die Antiquiertheit des Menschen*, tomo II, 4.ª edición, 1992, p. 31.

(24) Como es claro, respecto de estas tesis aquí sólo cabe dar referencia, y no una demostración, del trasfondo filosófico-cultural; cfr., por ejemplo, ANDERS, *Die Antiquiertheit des Menschen*, t. I y II, 7.ª/4.ª edición 1992, VIRILIO, *Rasender Stillstand*, edición alemana 1992; WELSCH, *Unsere postmoderne Moderne*, 1993; KRENZLIN (a cargo de la ed.), *Zwischen Angstmetapher und Terminus. Theorien der Massenkultur seit Nietzsche*, 1992; POSTMAN, *Wir amüsieren uns zu Tode*, edición alemana 1985; *idem*, *Das Technopol*, edición alemana 1992; SENNETT, *Verfall und Ende des öffentlichen Lebens*, edición alemana 1983; HUNZIKER, *Medien, Kommunikation und Gesellschaft*, 1988.

penal por parte de la escuela de Frankfurt tampoco carece de relevancia por una eventual compensación del punto de partida teórico equivocado por medio de argumentos pragmáticos como suelen aparecer en Hassemmer, Herzog y P.-A. Albrecht. Pues también en ese ámbito, los autores enunciados extraen de constataciones en gran medida acertadas conclusiones erróneas. Naturalmente es cierto que la mayor parte del consumo de recursos en la actualidad se produce con base en autorizaciones administrativas, de modo que un Derecho penal del medio ambiente orientado con base en el principio de la accesoriedad administrativa criminaliza de modo predominante supuestos de bagatela, con lo que el Derecho penal medioambiental se ve degradado a convertirse en un instrumento de coartada y se enfrenta, por su manifiesta infracción del principio de igualdad, también a objeciones jurídico-constitucionales (25). Pero extraen conclusiones equivocadas de ello quienes entran en una alianza *non sancta* con los representantes de los intereses de una política industrial miope que son responsables de esa construcción defectuosa del Derecho penal, e incluso exigen un abandono a gran escala del Derecho penal, en vez de trabajar en la elaboración de un Derecho penal medioambiental más eficiente e igualitario. Quisiera explicar muy brevemente cuál es la dirección que éste ha de seguir con base en el ejemplo de la accesoriedad administrativa, es decir, de aquella doctrina según la cual en Derecho penal han de respetarse incluso aquellas autorizaciones de emisiones contaminantes, realizadas por la autoridad administrativa, que sean antijurídicas. La fundamentación de esta concepción, dominante durante un largo período de tiempo, consistía en lo fundamental en una remisión al principio de unidad del ordenamiento jurídico, así como a la doctrina, reconocida en la dogmática del Derecho público, según la cual incluso un acto administrativo anti-jurídico tiene validez hasta su anulación por los tribunales contencioso-administrativos, de modo que habría de ser respetado también en el ámbito del Derecho penal (26). Cuando en el año 1986 contradije este punto de vista dominante, afirmé que la figura jurídica de la validez del acto administrativo es una institución jurídico-penalmente irrelevante y fundamentalmente de carácter procesal y reivindicué como derecho y cometido del Derecho penal el desarrollo de una determinación autónoma de la antijuridicidad y de la idea —que en realidad conforma el núcleo de la problemática— de protección de la confianza (27), esta concepción en un primer momento no pudo imponerse, e incluso apenas fue tomada en consideración en la bibliografía, dominada por los grupos

(25) Respecto de la problemática de que el consumo de recursos realmente importante no puede ser aprehendido por el Derecho penal, cfr. HASSEMER, ZRP 1992, pp. 378, 382; HERZOG, *op. cit.* (en nota 9), pp. 142 y ss.; HOHMANN, *op. cit.* (en nota 13), p. 205; cfr. además P.-A. ALBRECHT, KritV 1988, pp. 182, 188 y ss.

(26) Cfr. sólo DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 47.^a edición 1995, n.m. 4 b y ss. previos al § 324, con ulteriores referencias; vid. la recopilación exhaustiva de SCHMITZ, *Verwaltungshandeln und Strafrecht*, 1992, p. 14 n. 8.

(27) Wistra 1986, pp. 235, 238 y ss.

de intereses. Mientras tanto, sin embargo, la situación ha cambiado totalmente. En las últimas monografías, la doctrina de la accesoriidad administrativa ha sido *refutada* de modo definitivo (28), y la jurisprudencia ha desarrollado la teoría del *abuso de derecho*, que si bien es poco coherente desde el punto dogmático, sí es muy práctica, y según la cual el sujeto favorecido no puede invocar en Derecho penal un acto administrativo alcanzado por él a través de engaño o cohecho, o (en otra variante) las autorizaciones aquejadas de graves errores no son reconocidas como la «autorización necesaria» en el sentido del Derecho penal y, correspondientemente, carecen de efecto justificante (29). Sólo por este camino el Derecho penal puede volver a hacer justicia a su cometido fundamental de prevenir daños sociales, pues ¿en qué ámbito podría ser más imprescindible el acto de legítima defensa de la sociedad que en última instancia es el Derecho penal que para el aseguramiento de las bases de la supervivencia de la Humanidad? Esto lo ha aceptado entretanto también el legislador en la 2.^a Ley de Lucha contra la Criminalidad Medioambiental (cfr. § 330 d n.º 5 StGB en su nueva redacción). Por el contrario, la teoría personal del bien jurídico apunta exactamente en la dirección equivocada.

3. La *segunda gran contribución* realizada desde Frankfurt a las corrientes principales de la ciencia jurídico-penal alemana de la actualidad consiste en la crítica acerba y radical de la categoría del delito de peligro abstracto, crítica que en el momento actual, superando con mucho las consideraciones meramente pragmáticas, ha sido incardinada en el paradigma de la «sociedad de riesgos». También en este ámbito ha sido Hassemer quien primero urdió los hilos que posteriormente fueron conjuntados por Herzog y Prittwitz en un tejido cuya falta de consistencia, sin embargo, ha sido ya señalada por Kuhlen. En mis consideraciones sobre la situación espiritual de la ciencia alemana del Derecho penal no debe dejar de mencionarse la vertiginosa rapidez con la que se conciben, desarrollan y se refutan nuevas perspectivas: en el año 1989, Hassemer vincula las reflexiones expuestas en su artículo «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz» (30) a la concepción de la sociedad de riesgos; Herzog amplía la crítica allí manifestada en su escrito de habilitación de 1991 «Gesellschaftliche Unsicherheit

(28) FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, 1993, pp. 57 y ss.; en el mismo sentido, SCHWARZ, GA 1993, pp. 325 y ss.; cfr. además SCHMITZ, *op. cit.* (en nota 26), pp. 49 y ss.; MARX, *Die behördliche Genehmigung im Strafrecht*, 1993, pp. 143 y ss., 172 y ss. Llega a conclusiones similares, pero con una construcción distinta de un precepto de nulidad extensivo RENGIER, ZStW 101 (1989), pp. 883, 886 y ss.

(29) Es fundamental la sentencia del BGH de 13.3.1975, reproducida en TIEDEMANN, *Neuordnung des Umweltstrafrechts*, 1980, pp. 58 y ss.; StA Mannheim, NJW 1976, p. 585; sigue la misma tendencia también BVerfGE 75, pp. 329, 346; ingeniosa LG Hanau, NJW 1988, pp. 571, 576; NStZ 1988, pp. 179 y ss.; otras referencias en RENGIER, ZStW 101 (1989), pp. 883, 885 y ss.; KUHLEN, *Wirtschaft und Verwaltung* 1991, pp. 226 y ss.; 1992, pp. 245 y s.

(30) NStZ 1989, pp. 553 y ss.

und strafrechtliche Daseinsvorsorge»; un desarrollo exhaustivo de esta concepción crítica del Derecho penal del riesgo, que excede con mucho la crítica a los delitos de peligro abstracto, se lleva a cabo en el escrito de habilitación de Prittwitz «Strafrecht und Risiko», de 1993; y en agosto de 1994 aparece el artículo de recensión de Kuhlen (31), que somete a una crítica exhaustiva a toda la concepción. Teniendo en cuenta la réplica de Kuhlen —en mi opinión, totalmente concluyente— a la concepción crítica fundamental de los representantes de la escuela de Frankfurt frente al Derecho penal del riesgo, quisiera ser breve en este aspecto y centrarme de modo algo más extenso en la crítica de los representantes de la escuela de Frankfurt a los delitos de peligro abstracto, crítica que cada vez tiene más eco, por ejemplo, en un neo-Frankfurtiano como Peter-Alexis Albrecht, en Zaczyk, discípulo de Wolff, y en cierta medida hasta en Kindhäuser, a pesar de que o precisamente porque éste incluso ha asignado a los delitos de peligro abstracto un bien jurídico propio general, concretamente, la disponibilidad despreocupada y, con ello, posibilidad ilimitada de utilizar los bienes jurídicos (32). Por tanto, unas muy breves consideraciones respecto del Derecho penal del riesgo en general: la concepción sociológica de la sociedad, como, por lo demás, Prittwitz mismo ha demostrado con sutileza (33), es tan multiforme como imprecisa y se nos presenta en la variante más conocida, de Beck (34), de modo claramente unilateral. Pues, por ejemplo, los riesgos vitales del individuo son hoy en día mucho menores que al comienzo de la Edad Moderna, en la que la vida era un constante riesgo (35), mientras que la dimensión específica de los grandes riesgos industriales aparece claramente ya también en el siglo XIX. Si se busca el rasgo característico dominante de la sociedad actual, en realidad ha de hablarse con mucha mayor razón de una sociedad de despilfarro, de malgasto y de disipación, ya que el volumen de la puesta en peligro de recursos es muy esencialmente inferior al de la destrucción de recursos. Por tanto, ha de considerarse que desde la perspectiva del Derecho penal del riesgo, la peculiaridad de la sociedad industrial actual estriba únicamente en el extraordinario incremento de las interconexiones causales. Pues debido a la extremadamente densa red de industrialización existente, en muchos ámbitos resulta imposible explicar, por ejemplo, la producción de

(31) GA 1994, pp. 347 y ss.

(32) Cfr. ALBRECHT, en; *idem* (a cargo de la ed.), *Informalisierung des Rechts*, 1990, pp. 1 y ss.; *idem*, NJ 1994, pp. 193 y ss.; ZACZYK, en: LÜDERSSEN/NESTLER-TREMEL/E. WEIGEND (a cargo de la ed.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, 1990, pp. 113 y ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 344 y ss.; *idem*, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ, (a cargo de la ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1995, pp. 113, 121 y ss.

(33) *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 49 y ss.

(34) *Risikogesellschaft. Der Weg in eine andere Moderne*, 1986; *idem* (a cargo de la ed.), *Politik in der Risikogesellschaft*, 1991.

(35) MÜNCH, *Lebensformen in der frühen Neuzeit*, 1992, p. 314; cfr. también KUHLEN, GA 1994, pp. 351 y ss., refiriéndose a la «investigación tradicional de riesgos».

daños en la salud de los habitantes de una determinada zona a través de una sola relación de causalidad, con base en la cual pudiese identificarse, por ejemplo, la emisión de sustancias tóxicas por parte de una determinada fábrica como causa. Por el contrario, es característico de la sociedad industrial actual la existencia de relaciones causales múltiples cuyo esclarecimiento en detalle es de todo punto imposible con los métodos e instrumentos científico-naturales actuales a causa de su interrelación y de su compleja confluencia (36). El segundo elemento característico de la «sociedad de riesgo» es la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anonimizada y estandarizada. Si se proyecta la misión del Derecho penal, la de garantizar la protección de bienes jurídicos, sobre este cambio en las relaciones de intercambio sociales, y se busca en cada caso aquel punto en el que ha de apoyarse la palanca preventiva de las normas jurídico-penales, el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto prácticamente deriva de la naturaleza de las cosas, de modo que hay que admirar con qué intuición el legislador supo desarrollar sin indicación alguna por parte de la ciencia del Derecho penal los delitos de peligro abstracto (aquí, por lo demás, hay que afirmar decididamente que este grupo de delitos ya aparece en las leyes penales de la época de la Ilustración, como, por ejemplo, en el Derecho territorial general prusiano [37], de modo que sólo desde el punto de vista cuantitativo es acertado calificarlos de «forma delictiva de la era moderna» [38]. Explicaré muy brevemente lo dicho con base en dos relaciones de distribución que son características del presente: mientras el ciudadano obtuvo sus alimentos siempre de la misma granja, del mismo carnicero o del mismo panadero, cuyo círculo de clientes a su vez era constante y limitado, la distribución de alimentos nocivos para la salud podía ser abarcada sin problema alguno por medio de los tipos del homicidio o, en su caso, de las lesiones imprudentes, ya que autor y víctima se hallaban vinculados a través de relaciones personales y pertenecían a una vecindad que permanecía constante y era perfectamente abarcable. Sin embargo, al producirse la distribución masiva de alimentos producidos por fabricantes anónimos por parte de cadenas de almacenes, estas cadenas causales se pierden en el anonimato de la sociedad de masas, y si se

(36) Cfr. sólo KLOEPFER, *Umweltrecht*, 1989, § 4 n.m. 317 y ss., con ulteriores referencias.

(37) (*Preußisches Allgemeines Landrecht*); cfr., por ejemplo, Parte 2.^a, título 20.^o, sección 11.^a, § 740 (almacenado inadecuado de objetos peligrosos), § 749 (tenencia de animales salvajes), Parte 2.^a, título 20.^o, sección 15.^a, §1431 (falsa denuncia), así como Parte 2.^a, título 20.^o, sección 17.^a, («daños con peligro común»), que, por ejemplo, contiene los delitos de incendio.

(38) HASSEMER, *Produktverantwortung* (cit. en nota 3), p. 11; ALBRECHT, NJ 1994, p. 194, ubica al «derecho del riesgo postmoderno» prácticamente en el ámbito de la «contrailustración».

quiere mantener bajo estas condiciones de todos modos la protección de bienes jurídicos, la palanca del Derecho penal ha de ser apoyada en la acción de riesgo intolerable como tal, esto es, en la producción e introducción en el mercado de elementos idóneos para producir lesiones en la salud, como así ocurre desde hace mucho tiempo en la Ley de alimentos alemana (39). Lo mismo rige respecto de la distribución de inversiones en el mercado de capitales, en el que el prospecto de emisión hace mucho ya que ha asumido el papel de la confianza personal, y en el que además es decisiva la voluntad de riesgo del inversor correctamente informado respecto de la relación de equivalencia entre inversión y valor de participación, a través de formas de inversión como el capital riesgo, las sociedades de amortización con la finalidad de atribución de pérdidas y otras modalidades similares. En consecuencia, el tipo penal moderno de la estafa en la inversión de capitales conforme al § 264 a StGB acertadamente apoya la palanca jurídico-penal en la difusión de datos favorables incorrectos en prospectos de emisión dirigidos a la generalidad (40). Por ello, cuando la escuela de Frankfurt postula la reconducción, por principio, del Derecho penal a los delitos de resultado, está abogando por una negativa a la modernización del Derecho penal, negativa que necesariamente ha de fracasar en la finalidad del Derecho penal de proteger bienes jurídicos, al ignorar la condiciones de actuación de la sociedad moderna. Por lo demás, esta actitud también resulta extraña si se tiene en cuenta que hasta poco tiempo, el momento casual de la producción del resultado, con su correspondiente dependencia al menos del marco penal de un acontecer casual, se encontraba en el centro de las críticas de la dogmática jurídico-penal (41).

Por tanto, es equivocado anatemizar de este modo por principio los delitos de peligro abstracto; ello resulta reaccionario, entre otras cosas, porque con ello se bloquea la necesaria aportación de la ciencia del Derecho penal a una legitimación tanto constructiva como crítica de los delitos de peligro abstracto, y con ello, la aportación a una actividad legisladora racional en este ámbito. Intentaré esbozar muy brevemente la dirección en la que deberá ir la mencionada aportación: para que el Derecho penal pueda seguir cumpliendo su misión de proteger bienes jurídicos bajo las condiciones de distribución del mercado actual (y no sólo genere una sensación ilusoria de seguridad por medio del fetiche de una legislación simbólica, como afirman equivocadamente Herzog y

(39) Cfr. §§ 8, 51 LMBG.

(40) Cfr. sólo DREHER/TRÖNDLE, *op. cit.* (en nota 26), § 264 a n.m. 2 y ss. con numerosas indicaciones bibliográficas; Otto, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, 3.^a edición 1991, p. 271, con ulteriores referencias; adoptan una postura crítica KINDHÄUSER, en: SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ, *op. cit.* (en nota 32), pp. 113, 121; ZACZYK, en: LÜDERSSEN et al., *op. cit.* (en nota 32), pp. 113, 116 y ss.

(41) ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 143; Armin Kaufmann, Welzel-FS, 1974, pp. 393, 403; DORNSEIFER, Armin Kaufmann-GS, 1989, pp. 427, 434.

Prittwitz (42), ha de averiguarse en qué lugar se encuentran, por decirlo de este modo, los puntos de conexión colectivos en los que debe intervenir una protección eficaz de los bienes jurídicos. En el caso de la distribución colectiva de inversiones de capital, por ejemplo, este punto es el prospecto, que es difundido colectivamente y en realidad es el medio decisivo para la decisión de inversión del ciudadano individual. En consecuencia, el hecho de que se amenace de pena la mera difusión de un prospecto de contenido falaz para hacer publicidad de una inversión de capitales, constituye una necesaria modernización del Derecho penal, concretamente, su adaptación a los cambios de las relaciones sociales reales. Evidentemente, en un segundo nivel de examen debe asegurarse que esta modalidad de comportamiento no se halle abarcada por el legítimo ámbito de libertad del individuo; por tanto, antes de la creación de un delito de peligro abstracto siempre ha de plantearse qué interés legítimo podría tener el individuo en la realización en la modalidad de acción en cuestión. En este sentido, aparecen numerosísimos ejemplos de esto —que, sin embargo, no son tenidos en cuenta en la discusión jurídico-penal— en los tipos de contravenciones del Derecho de circulación, que en Alemania hace mucho que ha sufrido una escalada hacia una sobrerregulación sin sentido y de imposible legitimación. Por el contrario, en el caso de la estafa de inversión de capitales no llego a ver cuál puede ser el interés legítimo del promotor de una inversión de capital en poder introducir dolosamente un prospecto de emisión falaz. En el tercer nivel ha de tenerse en cuenta el principio de determinación, principio éste que, sin embargo y en contra de los representantes de la escuela de Frankfurt, en el ámbito del delito de peligro abstracto plantea mucho menos problemas que en el tan elogiado delito imprudente de resultado. Pues en el delito imprudente de resultado, la norma de comportamiento concreta por regla general no está escrita y es formulada posteriormente por parte de la jurisprudencia, mientras que en el delito de peligro abstracto, el legislador puede y debe crear un tipo mucho más concreto para que éste pueda cumplir con el principio *nullum crimen sine lege*. Y, finalmente, en el cuarto nivel, a la hora de examinar la proporcionalidad, es decir, la existencia de una relación adecuada entre el injusto típico y la intensidad de la pena amenazada, de nuevo en el ámbito del delito de peligro abstracto puede establecerse una conexión mucho más estrecha que en el delito de resultado, en el que el autor en última instancia es hecho responsable personalmente de todas las demás causas y, con ello, de la desafortunada configuración de la situación social de la que se partía.

(42) HERZOG, *op. cit.* (en nota 9), pp. 59 y ss., 68 y ss.; PRITTWITZ, *op. cit.* (en nota 33), pp. 257, 365; cfr. además HASSEMER, *NSZ* 1994, pp. 553, 558; *idem*, *ZRP* 1992, pp. 378, 382.

En consecuencia, la anatemización del delito de peligro abstracto constituye un callejón sin salida; sólo si éste se evita consecuentemente, quedará abierto el camino para la necesaria aportación constructiva que la ciencia del Derecho penal debe ofrecer a la modernización legislativa del Derecho penal.

4. La *tercera gran aportación* a las cuestiones de principio del Derecho penal moderno que fue desarrollada, si bien no de modo exclusivo, sí principalmente por los autores de Frankfurt a través de una defensa decidida de la perspectiva individualista, se refiere al proceso penal, concretamente, a la defensa realizada por estos autores del clásico sumario en contra de su modernización tecnológica hasta su fusión con la actividad preventiva policial. También en este ámbito puede trazarse una línea recta desde la posición de Würtenberger, pues es el estricto respeto a la dignidad humana y a la esfera privada de los ciudadanos, sospechosos o no, lo que ha motivado la acerba crítica a la amenaza de la «conversión del proceso penal en un mecanismo de policía en el Estado de seguridad» y/o a la desformalización del procedimiento penal, y es también ese respeto el que se lanza reiteradamente al debate, sea contra el establecimiento de procedimientos electrónicos de escucha de mayor o menor envergadura, sea contra la introducción del testigo de la corona o contra la reducción de derechos tradicionales de la defensa (43). Puesto que un tratamiento mínimamente concreto de este tema requeriría un trabajo expresamente dedicado a él, debo limitarme a aportar una sola idea; pienso, sin embargo, que la casi completa falta de consideración de esta idea en la discusión actual es de consecuencias muy graves. Naturalmente, la regulación del procedimiento penal ha de tener en cuenta los contextos de actuación del comportamiento intolerablemente desviado, de manera que el conflicto entre las libertades del ciudadano y las necesidades de investigación y de intervención de la Administración de Justicia conlleva que sea necesario someter a revisión las reglas tradicionales cuando cambian las relaciones sociales. También es evidente que la ponderación de este conflicto, tal y como tomó cuerpo en el siglo pasado en el Código de procedimiento, estaba orientada en atención al hecho individual de la criminalidad aventurera y de miseria que en aquel entonces colmaba el concepto de criminalidad, de modo que se basaba en el concepto individualista, aún predominante en Würtenberger, del delito como «producto de la personalidad infractora del Derecho». Creo que la tercera constatación evidente (en el plano empírico) consiste en afirmar que con esta concepción no puede hacerse frente de modo exitoso a las modernas formas de actuación de la criminalidad organiza-

(43) Cfr. a este respecto, de entre la bibliografía que se ocupa del tema, que ha llegado a ser prácticamente inabarcable, sólo HASSEMER, StV 1993, pp. 664, 666 y ss.; *idem*, StV 1994, p. 333; HAMM, StV 1994, p. 456; HERZOG, StV 1994, p. 166; NAUCKE, KritV 1993, pp. 135, 150 y ss.; P.-A. ALBRECHT, KritV 1993, pp. 163, 171.

da (44). Por tanto, la postura según la cual ha de mantenerse férreamente la ponderación de intereses fijada originalmente en el Código de Procedimiento penal del Reich, es decir, que busca lo «indisponible en el proceso penal» de modo similar a la teoría personal del bien jurídico en el siglo XIX (45), tiene consecuencias nefastas porque no sólo dificulta y en parte imposibilita una persecución penal efectiva de las modernas formas de criminalidad, sino porque también destruye simultáneamente la legitimidad de la persecución penal también de la «criminalidad clásica». Pues, ¿cómo va a justificarse la ulterior persecución intensa de la criminalidad aventurera y de miseria, si se cierran los ojos frente a las necesidades de la persecución efectiva de la criminalidad organizada moderna, generando de este modo una presión desigual en la persecución, en perjuicio de aquellas formas de criminalidad que en el fondo son menos graves? El hecho de que esto se propugne precisamente desde Frankfurt es tanto más sorprendente si se tiene en cuenta que allí se conoce mejor que en otros muchos lugares el carácter unilateral de aquella imagen del individuo criminal, imagen que si bien aún aparece en las consideraciones de Würtenberger, es completamente obsoleta desde el punto de vista actual. Cuando el porcentaje de factores colectivos, que siempre ha sido considerable, se condensa hasta llegar a contextos de actuación directamente colectivos, como sucede en las formas modernas de criminalidad organizada, de la sustancia original del Derecho penal en cuanto legítima defensa social deriva la necesidad de formas de reacción adecuadas a la realidad, ya sea desde el agente encubierto, pasando por el testigo de la corona hasta los aparatos de escucha. Pero si en vez de ello se pone en duda la existencia de la criminalidad organizada como amenaza específica de nuestra sociedad y se pretende aducir como prueba empírica de ello precisamente una encuesta entre internos en centros penitenciarios ya condenados (46), ello en mi opinión no está menos alejado de la realidad que la concepción de Würtenberger sobre el individuo criminal. Sobre todo, habrá que definir el ámbito de la criminalidad organizada de modo más amplio a lo que suele hacerse en la actualidad, y ello también desde el punto de vista teórico, puesto que deben incluirse en ella tanto la criminalidad empresarial como los sistemas de corrupción (47) existentes en la zona limítrofe entre política y administración. Tampoco pienso que frente a la verdadera criminalidad organizada existan problemas de legitimidad in-

(44) De nuevo aquí sólo cabe hacer dos referencias representativas del cuantioso material existente respecto del incremento de la criminalidad derivada de la miseria, característica del siglo XIX, cfr. Blasius, *Bürgerliche Gesellschaft und Kriminalität*, 1976; sobre la discusión relativa a la situación actual de la criminalidad organizada, SIEBER/BÖGEL, *Logistik der Organisierten Kriminalität*, 1993, pp. 17 y ss., 26 y ss.

(45) HASSEMER, StV 1986, pp. 550, 551.

(46) ALBRECHT, NJ 1994, pp. 193, 198.

(47) Respecto del asunto más amplio hasta la fecha, el así llamado caso de las donaciones a partidos (*Parteispendenaffäre*), cfr. de BOOR/PFEIFFER/SCHÜNEMANN (a cargo de la ed.), *Parteispendenproblematik*, 1986; cfr. los ejemplos tratados periódicamente en HAFNER/JACOBY (a cargo de la ed.), *Neue Skandale der Republik*, 1994.

superables respecto de la conjunción de estrategias de control represivas y preventivas, conjunción que constituye el núcleo del problema; por ejemplo, considero que los argumentos tomados prestados del arsenal de la teoría de la retribución en contra de la figura del testigo de la corona (48) son desde un principio obsoletos. Por el contrario, la problemática central aún no resuelta ha de verse en este ámbito en el establecimiento de un control efectivo para evitar los abusos, así como en la eliminación de dudosas pruebas de generación espontánea del juicio oral. Sin embargo, precisamente respecto de esta problemática faltan las tan necesarias aportaciones constructivas y críticas de la ciencia penal, y ello a causa de la oposición fundamentalista existente. A este respecto, tan sólo algunas pocas consideraciones a modo de esbozo: por supuesto que es intolerable la introducción mediata en la vista oral de los presuntos conocimientos de agentes encubiertos por medio del testimonio de personas que participaron en los interrogatorios en cuestión, tal y como viene siendo practicada por la Administración de Justicia alemana desde hace décadas, práctica que viene siendo tolerada por el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional Federal, pero que ha sido cuestionada con razón por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (49). Pues me parece tan evidente en este caso la existencia de una infracción de los requisitos mínimos del juicio justo como la perversión del juicio oral que tiene lugar mediante la introducción de material de prueba que no puede ser realmente verificado, sino que más bien debe ser evaluado con considerable escepticismo, teniendo en cuenta la frecuentemente dudosa personalidad de los agentes encubiertos (50). Estas objeciones, sin embargo, no tienen igual validez respecto del sumario, procedimiento que debe orientarse sobre todo en atención a cometidos operativos, de modo que una cuidadosa y limitada desformalización del sumario frente al estado de cosas de 1879 parece razonable, si se mantienen las garantías formales del juicio oral. En este sentido, por ejemplo, podría autorizarse la utilización del detector de mentiras exclusivamente para los fines del sumario (51).

Más importante es y menos desarrollado está aún el establecimiento de nuevos mecanismos y procedimientos de control en lugar del control por parte del juez de instrucción, que es prácticamente el único previsto en el Código de Procedimiento penal. Pues éste carece en la práctica en gran medida de efectividad, debido a la conjunción de organización e intereses entre el juzgado y la fiscalía (52). También sería perfectamente

(48) Cfr. sobre esto HASSEMER, *StV* 1986, pp. 550, 553.

(49) Cfr. las referencias en KLEINKNECHT/MEYER-GÖBNER, *StPO*, 41.ª edición 1993, § 250, n.m. 5; EGMR NIW 1992, p. 3088.

(50) Cfr. respecto del estado de la discusión ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 23.ª edición 1993, p. 327.

(51) Más exhaustivamente sobre esto, SCHÜNEMANN, *Kriminalistik* 1990, p. 130.

(52) Respecto de la confirmación empírica de este «efecto de solidaridad», cfr. SCHÜNEMANN, en: LAMPE (a cargo de la ed.), *Beiträge zur Rechtsanthropologie* (Anexo a ARSP n.º 22), 1985, pp. 68, 83 y ss.; *idem*, en: KAISER/KURY/H.-J. ALBRECHT (a cargo de la ed.), *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren*, 1988, pp. 265 y ss.; *idem*, en

factible establecer en este ámbito instituciones de control ubicadas fuera de la organización de la Administración de Justicia, ya sea en forma de una comisión del Colegio de abogados o de una Facultad de Derecho o sea en forma de salas de legos, siguiendo el ejemplo del Gran Jurado estadounidense (53). Por tanto, lo único que hace falta es algo de fantasía y el deseo de un verdadero control de las medidas de intervención jurídico-procesales en el ámbito penal, pero en este sentido el legislador no se ha visto presionado de ninguna manera por parte de la ciencia del Derecho penal, ya que ésta hasta el momento se ha empeñado en este ámbito en una estéril oposición fundamentalista.

5. En el presente marco no resulta posible seguir adelante desarrollando ulteriores análisis individuales de la teoría monista-individualista. Sin embargo, creo que ya en atención a las consideraciones acabadas de realizar queda justificado el siguiente juicio global: esta retirada a los siglos XIX y XVIII (estando éstos, por lo demás, reconstruidos de modo inexacto) no puede ofrecer perspectiva de futuro alguna y constituye un callejón sin salida que precisamente es incapaz de llevar a cabo la necesaria crítica a las tendencias legislativas dominantes en el momento actual, dejando por ello al legislador tanto más vía libre cuanto con mayor frecuencia sea transitado.

III. LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL MONISTA-NORMATIVISTA DE JAKOBS

1. Antes de abordar a continuación el edificio intelectual de la dogmática jurídico-penal de Günther Jakobs, es necesario hacer algunas consideraciones previas. Desde la perspectiva teórica, Jakobs de ningún modo está en las antípodas de los miembros de la escuela de Frankfurt. De modo general incluso puede decirse que la contraposición ya citada entre el «pensamiento europeo de los principios tradicionales» y el «funcionalismo» en el tema general de las Jornadas de Profesores de Derecho penal alemanes de este año afirma o exagera una contradicción que en realidad no existe de ese modo. Pues el Derecho penal de la Ilustración en verdad sustituyó el puro pensamiento orientado en atención a determinados principios del Derecho penal religioso antes dominante por un pensamiento orientado con base en determinados fines. Concretamente, reconstruyó al Derecho penal como medio para la evitación de daños sociales, colocándolo de ese modo sobre una base funcionalista. Y también los principios de la escuela de Frankfurt antes examinados

BIERBRAUER (a cargo de la ed.), *Gerechtigkeit im Verfahren - Rechtspsychologische Forschungsbeiträge für die Justizpraxis*, 1995.

(53) Cfr. NIKLAUS SCHMID, *Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten*, 2.^a edición 1993, pp. 50 y ss.

son tratados de modo funcionalista, al sostener que es la libertad del individuo o la protección del individuo lo que ha de ser garantizado con los medios del Derecho, es decir, aquello que es definido como función del Derecho. Por ello, esta contraposición es más una figura retórica que una construcción lógica y semánticamente correcta y debe ser clarificada de la siguiente manera: la determinación de los fines del Derecho penal a través de la protección de bienes jurídicos, de la que prácticamente nadie duda en Alemania, obliga a la ciencia jurídico-penal en su punto de partida a un pensamiento funcional. Al limitar la escuela de Frankfurt en gran medida esta funcionalidad a las necesidades de protección de individuos concretos, establece barreras de principio para los análisis referidos a los contextos funcionales colectivos, propugnando, por tanto, un funcionalismo circunscrito de modo individualista. En la ciencia del Derecho penal alemana de la actualidad no existe un verdadero polo opuesto a esta concepción, pues éste tendría como presupuesto una limitación radical a funciones colectivas, excluyendo, por tanto, de toda consideración a los puros intereses individuales. Por supuesto, cabe imaginar tal concepción, y de hecho, ésta es habitual en los ordenamientos jurídicos de Estados totalitarios; en Alemania, sin embargo, actualmente nadie defiende tal perspectiva. Por ello, en vez de una antítesis lógica, tan sólo cabe encontrar aquel pensamiento jurídico-penal que se oponga en la práctica de modo más claro a la aproximación monista individualista, tomando en consideración dos características especialmente destacadas de ésta y buscando el tipo opuesto. Puesto que para el individualismo lo importante es la protección de individuos concretos, habitualmente sus conceptos se obtienen del lenguaje común, referido directamente a la realidad, de modo que estos conceptos tienen un núcleo significativo coincidente en gran medida con el significado natural de las palabras y que por tanto en cierto sentido está saturado de realidad. Por ello, estos conceptos oponen una considerable resistencia a una interpretación teleológica orientada en atención al fin de la norma, y tampoco son de fácil integración en una consideración funcional de conjunto, de lo que en última instancia deriva el empecinamiento de la escuela de Frankfurt en contra de las exigencias político-criminales del por ella así denominado Derecho penal moderno. Si se considera a la escuela de Frankfurt desde esta perspectiva, no resulta nada difícil identificar su polo opuesto, que se halla en el funcionalismo normativista de Günther Jakobs.

Ya en el prólogo a la primera edición de su tratado de Derecho penal, Jakobs proclamó a la dogmática ontologizante de Welzel en cierto sentido como pecado original (54). Y desde entonces depura sin descanso los conceptos básicos del Derecho penal de todo componente descriptivo, esto es, referido a la realidad. Su primer gran ataque estuvo

(54) 1983, p. V.

dirigido contra el concepto de culpabilidad, cuyo entendimiento tradicional, cómo poder actuar de otro modo, es en su opinión completamente errado, debiendo, por el contrario, obtener la culpabilidad su contenido exclusivamente del fin de prevención general (55).

Posteriormente, Jakobs ha intentado extender esta depuración de todos los elementos descriptivos a otros numerosos conceptos básicos. Por ejemplo, entretanto considera errada toda delimitación entre dolo e imprudencia realizada en virtud del criterio descriptivo psicológico de la conciencia. Afirma que sólo el defecto cognitivo debe exonerar de la pena más grave del delito doloso, de modo que por esta razón, según Jakobs, en el caso de un defecto volitivo como el de una falta de reflexión por indiferencia, únicamente resulta adecuada la pena del delito doloso (56). Y en realidad, desde el punto de partida teórico de Jakobs, no habría dificultad alguna en no limitar el concepto de autor a un individuo que actúa en el ámbito social, sino definirlo de modo puramente normativista-funcionalista como sujeto de normas de imputación, aplicando correspondientemente ya el Derecho penal vigente a las personas jurídicas. Por ello, Jakobs afirma que no sólo las denominaciones, sino también las formas dogmáticas para la acción y para la culpabilidad son idénticas en las personas físicas y jurídicas, pero niega la punibilidad de las personas jurídicas conforme al Derecho positivo (57). Sin embargo, esta última postura ni es necesaria ni puede ser fundamentada de modo convincente en atención a su propio sistema, ya que en el tratamiento del principio *nullum crimen* niega a los conceptos del Derecho penal todo núcleo significativo fijo, derivado de los significados naturales del lenguaje cotidiano (58). Puesto que en vez de ello Jakobs quiere extraer el contenido conceptual exclusivamente de las funciones del sistema social en cuestión, su concepción del Derecho penal se adapta a cualquier política criminal y puede, por tanto, asumir sin problema alguno cualquier modernización del Derecho penal.

En este sentido, Jakobs ha destacado en la discusión con sus críticos que el autor, en aquellos casos en los que resulta beneficioso en el contexto social, es de hecho condenado en virtud de meros fragmentos de imputación objetiva, y que entonces su concepción —de Jakobs— explica también la posibilidad de tal imputación desmedrada. Igualmente afirma que desde el punto de vista material introduce en menor medida

(55) Fundamental a este respecto, JAKOBS, *Schuld und Pravention*, 1976, con un ulterior punto álgido en *Das Schuldprinzip*, 1993. Respecto del estado más reciente de la crítica, cfr. STÜBINGER, KJ 1993, pp. 33 y ss.; SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review* 1994 (vol. 50), pp. 259, 281 y ss., 283 y ss., 295 y ss.

(56) Cfr. JAKOBS, ZStW 101 (1989), pp. 530 y ss.; *idem*, *Das Schuldprinzip, passim*, y la crítica exhaustiva en SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review* 1994 (vol. 50), pp. 259 y ss.

(57) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª edición 1991, pp. 148 y ss.

(58) *Op. cit.* (en nota 57), pp. 84 y ss.

elementos nuevos, sino que, por el contrario, tan sólo interpreta de nuevo elementos existentes desde hace mucho tiempo (59).

2. El método puramente normativista de Jakobs, que rechaza cualquier delimitación descriptiva (descalificada por él como naturalista) de los conceptos dogmáticos, se remite para la interpretación de los conceptos exclusivamente a la funcionalidad sistemática en relación al sistema que en cada momento se utilice como Derecho positivo. A mi juicio, este método conduce en última instancia al establecimiento de toda una serie de argumentaciones circulares, detrás de cuya fachada las verdaderas determinaciones son tomadas de modo puramente decisonista. En ocasiones anteriores he intentado repetidamente demostrar esta afirmación en relación con su concepto de culpabilidad, concepto que Jakobs desliga expresamente de toda idea de poder actuar de otro modo y que es presentado exclusivamente como resultado de la imputación jurídico-penal, de modo que la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación, estableciéndose un círculo vicioso (60). Entretanto, Jakobs ha continuado con su completa normativización de los conceptos básicos del sistema del Derecho penal, acuñando tanto para el actuar positivo como para la omisión el concepto de acción de «adquirir culpablemente competencia por una lesión de la vigencia de la norma, concepto que carece por completo de núcleo descriptivo, proponiendo dos fundamentos de la imputación que en su concepción han de regir tanto para la comisión como para la omisión, que son la competencia por organización y la competencia institucional (61). En realidad, sin embargo, su nuevo concepto de acción no es otra cosa que un concepto de delito puramente normativo, y tampoco el concepto de competencia se refiere a un objeto que pudiese reconocerse siquiera de modo esquemático con base en el significado natural del término, sino que es el resultado de una imputación realizada exclusivamente desde el Derecho. Esta constatación no se ve en nada modificada por las dos subcategorías de la competencia de organización y competencia derivada de una institución, a las que Jakobs tampoco quiere atribuir significado descriptivo alguno. He expuesto esto recientemente en otro lugar y por ello quisiera remitirme a lo allí dicho (62).

3. Por tanto, el método normativista-funcionalista de Jakobs, como todo normativismo, puesto que erige una fachada de argumentaciones circulares, necesariamente ha de rellenar el vacío mediante puras

(59) *Op. cit.* (en nota 57), pp. 40 nota 45 (*in fine*, derecha) y 483 nota 46.

(60) Cfr., además de la referencia dada *supra* en la nota 57, SCHÜNEMANN, en HIRSCH/WEIGEND (a cargo de la ed.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, pp. 147, 158 y ss., con ulteriores referencias.

(61) *Derstrafrechliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 44; respecto de su concepción sobre la omisión, cfr. *Strafrecht AT* (*cit.* en nota 57), pp. 799 y ss.

(62) En: GIMBERNAT ORDEIG/SCHÜNEMANN/WOLTER a cargo de la ed., *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 49, 50 y ss., 56 y ss. 60 y ss.

decisiones, y ello significa lo siguiente: mientras que la escuela de Frankfurt no quiere llevar a cabo una aportación constructiva a la modernización del Derecho penal, sino que desea convertirse tan sólo en un obstáculo para ésta, la aportación del pensamiento penal de Jakobs consiste en cierto modo en la apertura de todas las compuertas a las meras decisiones que tácitamente se toman por él como presupuesto, y, con ello, en última instancia, en transigir.

IV. LA DOGMÁTICA SIN CONSECUENCIAS

Puesto que en el presente marco me es imposible analizar las demás grandes corrientes de la ciencia jurídico-penal de la actualidad ni siquiera por aproximación con la extensión que realmente les correspondería, debo intentar convertir esta necesidad en una ventaja, pasando del plano del objeto a un meta-plano, analizando la «dogmática sin consecuencias» desde la perspectiva de la sociología del conocimiento. En lo que se refiere al examen de las tres tendencias que abordaré a continuación, adoptaré esta perspectiva en todo caso respecto del eclecticismo y de la dogmática como defensa de intereses, mientras que en lo relativo al tradicionalismo definiré mi posición, aunque muy brevemente, en el plano del objeto, es decir, desde el punto de vista de los contenidos.

1. a) Si se estudia la ciencia penal alemana hasta aproximadamente la década de los años sesenta, el rasgo que quizás resulte más impresionante es su enorme coherencia. Ciertamente, existen diferentes escuelas que luchan entre ellas, pero éstas internamente son sorprendentemente homogéneas, de modo que la imagen global puede compararse, por ejemplo, con la gran muralla de Cuzco, es decir, que aparece como una conjunción ordenada de distintos bloques individuales estrechamente relacionados entre sí. Si se busca una imagen similar que case con la situación actual, viene a la memoria —dependiendo del gusto y de la vivencia artística personales— una fachada churrigueresca, un suelo de terrazo o un techo de marquetería. Creo que la causa de ello se encuentra en dos condiciones marco relativas a la sociología del conocimiento: en los cambios en las condiciones de reclutamiento y de formación de los científicos del Derecho penal y en el tránsito hacia la sociedad postmoderna. Puesto que antes el número de los participantes en la discusión científica sobre el Derecho penal era reducido, y éstos además habían tenido una socialización bastante homogénea en determinadas escuelas, el espectro de opiniones que se generaba era desde un principio relativamente limitado. Si además se tiene en cuenta que la capa social que genera el horizonte de valores determinante, que es en Derecho penal la clase media, desde 1870 a 1960 sólo configuró sistemas de valores bastante homogéneos, de ello derivó necesariamente también en Derecho penal un paisaje espiritual ampliamente homogé-

neo. Entretanto, sin embargo, el número de los partícipes en la discusión ha doblado ampliamente al anterior, se ha reducido sustancialmente la formación de escuelas, y la sociedad postmoderna produce una continua cadena de mensajes valorativos cambiantes, contradictorios o que discurren en círculos, que en su conjunto tienden, al igual que los ideales estéticos, hacia la arbitrariedad absoluta. Y puesto que la ciencia del Derecho, a diferencia de las ciencias empíricas, apenas dispone de un conjunto de reacciones que permitan comprobar la corrección de las tesis sostenidas por ella, no existe previsión institucional alguna en contra de que los argumentos fuertes sean sustituidos al cabo de algún tiempo únicamente por razón del cambio de la moda por argumentos débiles —de lo que irremediamente deriva una tendencia hacia el eclecticismo—.

b) Este eclecticismo, es decir, la convivencia desordenada de los más diversos puntos de vista valorativos y métodos, modas de argumentación y perspectivas problemáticas, de hecho es característico de gran parte de la ciencia penal alemana. La imagen, frecuentemente desconcertante, de las diversas concepciones y argumentos, deducciones y métodos, perspectivas y posiciones que se solapan en un determinado ámbito de problemas, por regla general no se clarifica en cuanto más tiempo dura la discusión, sino que pasa a ser más compleja, porque muy rara vez se reconoce que una opinión una vez manifestada es ahora obsoleta, de modo que se la elimine del discurso. Como ejemplo sólo me referiré a la teoría del dolo, cuyo rechazo por parte del legislador en el § 17 StGB (*) fue una de las pocas decisiones dogmáticas claras en la reforma penal y que, a pesar de ello, sigue siendo defendida de modo imposible en la bibliografía (63). La increíblemente fina ramificación del análisis de los problemas, que siempre ha sido una característica de la ciencia penal alemana, ha conducido a aquella «nueva confusión» que Habermas ha elegido como denominación de la cultura de la postmodernidad: pues a la situación antes descrita ha de sumársele el enorme aumento de las oportunidades para publicar, en forma de numerosas nuevas revistas especializadas y de series de monografías, junto a la hoy habitual publicación de la mayoría de las tesis doctorales. Un ejemplo expresivo de lo acabado de decir lo ofrece la ya antes mencionada dogmática de las posiciones de garante en el delito de omisión impropio, que no acaba de calmarse y que también en los últimos años ha sido enriquecida con un cúmulo de nuevos métodos de solución y de posiciones que conducen constantemente a nuevas combinaciones (64).

(*) El § 17 StGB (Strafgesetzbuch, Código penal alemán) dispone lo siguiente: «*Error de prohibición*. Si el autor desconoce en el momento de la comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1.º.» (n. del t.).

63) Cfr. las referencias en Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, 2.^a edición, 1994, § 21 n.m. 11.

(64) Cfr. en detalle mi trabajo citado en la nota 62.

c) Ahora bien, se podría pensar a primera vista que un espectro de opiniones lo más amplio posible en realidad es de utilidad en una disciplina como la dogmática jurídica, que está orientada a su traslado a la práctica y funciona sin criterios terminantes de corrección. Pues precisamente, así cabría razonar, ello aportaría muchos puntos de vista distintos respecto de la solución correcta a la discusión, imponiéndose después de un proceso de selección más largo la opinión que desde el punto de vista científico sea más convincente. Sin embargo, esta perspectiva cándida y optimista no tendría en cuenta cuáles son los especiales criterios de selección, divergentes de los existentes en otras ciencias, según los cuales sobreviven o perecen las teorías de la ciencia del Derecho. En lugar de una selección natural, que, por ejemplo, tiene lugar respecto de las teorías de las ciencias naturales mediante una constante comprobación empírica, en la ciencia del Derecho la selección es realizada en última instancia por la práctica jurídica y sobre todo por la jurisprudencia, que en la compleja interacción con la ciencia del Derecho a la larga tiene la sartén por el mango. Y a su vez, el criterio de selección dominante para la jurisprudencia no es la coherencia dogmática, sino la practicabilidad del resultado. En todo caso, la jurisprudencia no escoge sus soluciones sin sustento alguno en la bibliografía, sino que intenta encontrar cierto apoyo en la doctrina. Y si se tiene en cuenta este contexto sociológico de las decisiones a tomar, que aquí sólo puedo esbozar muy brevemente, aparece de repente una consecuencia tan típica como negativa de la dogmática ecléctica: los tribunales, en cierto sentido, pueden escoger libremente el resultado material que les convenga, pues para cualquier resultado podrán aducir algún apoyo en la bibliografía. En este «eslalon de fundamentación», sin embargo, necesariamente ha de romperse el hilo conductor de la deducción que es imprescindible para cualquier fundamentación científico-jurídica. Pues la jurisprudencia siempre invoca sólo en atención a un resultado concreto una postura concreta, pero no asume el contexto de deducción de esa postura individual en su conjunto, produciendo finalmente tan sólo resultados carentes de deducción sistemática, es decir, una típica justicia de cadí sin verdadero fundamento científico-jurídico. Un ejemplo paradigmático de lo anterior lo ofrece la fundamental sentencia del Tribunal Supremo Federal sobre el deber jurídico-penal de retirada de productos peligrosos en el así llamado caso del pulverizador para cueros (*Lederspray-Fall*). En esta resolución, que fue causa de un encendido debate, el Tribunal Supremo Federal hizo referencia exclusivamente a autores que habían afirmado la existencia de un deber de garante jurídico-penal a la retirada sencillamente como anexo a la responsabilidad jurídico-civil por daños, sin asentar esta posición desde el punto de vista sistemático en la dogmática jurídico-penal de la omisión (BGHSt 37, pp. 106, 116 y ss.). Si dispusiese de más espacio, fácilmente podría ampliar este ejemplo, mostrando en detalle que la línea zigzagueante que describe la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal sobre el delito impropio de omi-

sión en los últimos años pudo ser apoyada en cada caso individual con citas de la bibliografía ecléctica, habiendo perdido precisamente por ello toda coherencia sistemática (65).

d) A modo de conclusión cabe constatar respecto de las tendencias eclécticas en la actual ciencia jurídico-penal alemana que afectan negativamente al papel de la ciencia como mentor de una jurisprudencia con coherencia sistemática, favoreciendo a la larga una praxis de *cadí* con resoluciones *ad hoc*. En este sentido, existe el peligro de que la dogmática carezca de consecuencias, degradándose, si se compara la jurisprudencia con un servicio religioso, de ser el evangelio a convertirse en liturgia.

2. a) El peligro de que la ciencia del Derecho penal pierda relevancia social se ve aún incrementado por la tendencia hacia la práctica de un juego de abalorios sin compromiso que existe en la discusión de las cuestiones fundamentales de la teoría de la pena desde hace más o menos dos décadas. El último verdadero gran impulso que partió de la discusión en la ciencia del Derecho penal sobre el sentido y la finalidad de la pena para la praxis de la Administración de Justicia, fue el impulso emanado en los años sesenta del Proyecto Alternativo y su marcada acentuación de la concepción de la resocialización. Este impulso influyó de modo esencial en la reforma del Derecho penal en su fase decisiva, si bien en este ámbito el legislador demostró tener una fina intuición al no compartir la euforia resocializadora, que culminó en la medida de seguridad de la institución socialterapéutica —medida que también estaba concebida como agravamiento de la sanción—, eligiendo, por el contrario, la así llamada solución de la ejecución (66). Desde que la crisis internacional de la ideología del tratamiento ha alcanzado también a Alemania (67), la discusión alemana sobre la teoría de la pena se ha retirado en lo esencial a sus disensiones internas, perdiendo —si bien con la importante excepción del punto de partida relativo a la reparación (68)— todo efecto configurador sobre la praxis. Mientras que, por ejemplo, en los Estados Unidos las controversias aumentan continuamente en concreción, profundidad y relevancia práctica, alcanzando en forma de las (¡si bien discutidas y discutibles!) teorías de la *selective incapacita-*

(65) Cfr. últimamente sobre la sentencia en el caso del nebulizador para cueros KUHLEN, JZ 1994, pp. 1142, 1144 y ss.; LORENZ, en LÜBBE (a cargo de la ed.), *Kausalität und Zurechnung*, 1994, pp. 41 y ss.; PUPPE, *ibid.*, pp. 1147 y ss.; SCHÜNEMANN, *op. cit.* (en nota 62), pp. 66 y ss.; *idem*, en *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen* (UTR 26), 1994, pp. 137, 146 y ss., 163 y ss.

(66) Cfr. a este respecto tan breve como acertadamente STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 1991, pp. 95 y ss.

(67) Cfr. sobre esto, en muchos puntos de modo concluyente, P.-A. ALBRECHT, ZStW 97 (1985), pp. 831 y ss.

(68) Cfr. sólo AE-Wiedergutmachung, 1992; SCHÖCH, Dictamen para las 59 Jornadas de Juristas Alemanes (DJT), 1992; §§ 56 a StGB en su versión dada por la Ley de Lucha contra la Criminalidad de 28.10.1994.

tion (69), de la conjunción de las ideas de prevención y justicia —que entre nosotros ha sido calificada erróneamente como neoclasicismo— (70), así como de la limitación del ámbito judicial para la medición de la pena por medio de *sentencing guidelines* (71) una enorme relevancia práctica, en Alemania impera en este campo un tradicionalismo que en sus resultados es completamente arbitrario y carece de consecuencias, por medio del cual la ciencia se ha privado de toda oportunidad de tener influencia en la praxis. Como prueba de lo acabado de decir quisiera elegir tan sólo una rama de la discusión actual, concretamente la nueva vinculación de la teoría de la pena a las deducciones del idealismo alemán, vinculación que entretanto prácticamente ha quedado congelada en formulaciones estereotipadas. Los adelantados de esta evolución son también en este ámbito científicos de Frankfurt, concretamente Ernst Amadeus Wolff y sus discípulos, entre ellos sobre todo Rainer Zaczyk, así como fuera de Frankfurt ante todo Michael Köhler. Conforme a esta posición, la pena tan sólo se impone en virtud de la justicia (72), al haber sido lesionada por el delito la relación de reconocimiento recíproco de los ciudadanos. El autor, según esta opinión, ha creado una relación permanente de subordinación del lesionado, y la comunidad jurídica ha previsto por ello como compensación una disminución del *status* de libertad o de igualdad del autor a un *status* disminuido, correspondiente a su hecho (73). A este respecto ha de comentarse muy brevemente que es perfectamente posible reconocer tanto la acentuación de la relación de reconocimiento mutuo, siguiendo a Kant y Fichte, en cuanto base de un Estado de ciudadanos libres e iguales, como el hecho de su infracción por parte del delincuente, sin que de ello, sin embargo, derivase conclusión lógica alguna acerca de la necesidad de la pena. En el fondo, en la antes citada deducción de Wolff, que es característica de las teorías neoidealistas de la pena, tan sólo se repite la fundamentación de la pena criminal desarrollada por Kant en la Crítica de la razón práctica, que tiene el siguiente tenor: «Finalmente, hay otra cosa en la idea de nuestra razón práctica que acompaña la infracción de una ley moral, a saber, su merecimiento de pena. En toda pena como tal tiene que haber ante todo

(69) Cfr. GREENWOOD, *Selective Incapacitation*, Santa Monica, Ca., 1982; Busch, *Selective Incapacitation - Ein Beispiel für den Versuch von Kriminalprävention durch Strafzumessung*, 1988.

(70) Cfr. sólo VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford 1993; *idem*, *Past or Future Crimes*, New Brunswick 1985; WEIGEND, ZStW 94 (1982), pp. 801 y ss.

(71) Cfr. VON HIRSCH/KNAPP/TORRY (a cargo de la ed.), *The Sentencing Commission and its Guidelines*, Boston 1987; WASIK/PEASE (a cargo de la ed.), *Sentencing Reform: Guidance or Guidelines*, Manchester 1987; WEIGEND, FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, pp. 579, 591 y ss.

(72) E.A. WOLFF, ZStW 97 (1985), p. 826; ZACZYK, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*, 1981, pp. 108 y ss.; KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990, pp. 296 y ss.; KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 50 y ss.; *idem*, *Über den Zusammenhang von Strafbegründung und Strafzumessung*, 1983, pp. 37 y ss.

(73) Así paradigmáticamente WOLFF, ZStW97 (1985), p. 820.

justicia, y ésta es la parte esencial de este concepto. La pena, por tanto, es un mal físico, que de todos modos habría de ser vinculada como consecuencia en virtud de principios de una legislación moral, pues todo delito es punible *per se*, es decir, implica la pérdida de derecho a felicidad.» (74) Pues el hecho de que el delincuente lesiona el Derecho y que el Derecho está vinculado a la facultad de obtener coactivamente su respeto (75), puede fundamentar con carácter lógicamente necesario tan sólo un deber a la reparación. Por el contrario, la pena como consecuencia jurídica necesaria del delito sólo puede ser deducida de lo anterior si se añade la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, que precisamente aún no aparece en Kant y que tampoco es utilizada por el neoidealismo para el concepto de pena. Por ello, la laguna en esta deducción tan sólo se ve cerrada por medio de la doctrina adicional de Kant sobre el bien supremo como unidad de felicidad y merecimiento de la felicidad, siendo entonces necesario, además, tomar como presupuesto que el Derecho, y con ello el Estado, tiene el cometido de realizar este bien supremo (76). Y ello supondría sin duda alguna sobrepasar los límites estatales que se reconocen en la actualidad; también desde el punto de vista de la filosofía, constituye un recurso poco convincente al eudemonismo, rechazado en lo demás por Kant; y, además, desde un principio, no es más que un puro axioma.

b) El hecho de que siga sin parecer convincente una fundamentación absoluta del Derecho penal, en mi opinión ni siquiera es la objeción central en el contexto de las presentes consideraciones contra el tradicionalismo en la discusión actual sobre los fines de la pena. Considero que es aún más desafortunado el nuevo desplazamiento de los criterios empíricos de funcionamiento de la pena, desplazamiento que conlleva que la discusión científica sobre la pena carezca de relevancia para la realidad del Derecho penal. Por tanto, el legislador puede tranquilamente dejar las cosas como están en el sistema de consecuencias jurídicas, y los tribunales pueden seguir imponiendo aquellas penas que vienen imponiendo desde hace tiempo, sin que pueda enjuiciarse la corrección de esta práctica penal con base en criterios normativos. Y con ello, precisamente la fundamental teoría sobre el sentido y la finalidad de la pena se ha convertido una vez más en una dogmática que carece de consecuencias sociales.

3. Por tanto, el eclecticismo y el tradicionalismo tienen como consecuencia que el actual papel de la ciencia jurídico-penal alemana no se corresponda desde la perspectiva de la sociología del conocimiento con la impresionante ampliación operada en tiempos recientes en su fachada exterior, sino que precisamente a causa de esta ampliación tenga menor

(74) Cita conforme a la 1.^a edición, 1788, pp. 65 y ss.

(75) *Op. cit.* (en nota 8), p. 35.

(76) Cfr. OBEVER, en BRANDT (a cargo de la ed.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, 1982, p. 402.

importancia en el sistema global del Derecho. Esta evolución se ve acelerada y fortalecida por una tercera tendencia que caracterizó al principio como «política de intereses encubierta». Me refiero con ello a la situación que se presenta cuando los argumentos científicos no se formulan únicamente en razón de la persecución de la verdad y de la justicia, sino para alcanzar otras finalidades, es decir, cuando estos argumentos no sólo son utilizados de modo instrumental, sino que son ya concebidos como instrumentos. Naturalmente, no soy tan cándido como para pensar que la ciencia pueda mantenerse por completo fuera de contextos instrumentales. Y de hecho, la utilización de la ciencia para la persecución de fines estratégicos en gran medida no es objetable en aquellos casos en los que o existen criterios estrictos de verificación, resultando por tanto fácil desenmascarar a las argumentaciones pseudocientíficas, o en los que desde un principio se manifiesta abiertamente el rol partidista desempeñado, como sucede, por ejemplo, en el caso de la argumentación dogmática de un abogado ante los tribunales. Por el contrario, no sólo concurre el peligro de complicaciones de índole moral, sino incluso el de la destrucción de la ciencia, cuando sólo existen criterios muy débiles de corrección y cuando fines que en realidad son políticos se persiguen bajo el ropaje de una ciencia que se presenta como neutral. Vivimos tal situación en la actualidad también en el ámbito de las ciencias naturales y de la técnica, en lo que se refiere a afirmaciones extremadamente complejas, y por ello de imposible verificación, sobre las consecuencias a largo plazo del actual proceso extremo de industrialización, por ejemplo, para la capa de ozono y el clima mundial. En el ámbito de la ciencia del Derecho, en la que tan sólo existen criterios de corrección extraordinariamente débiles, tales peligros son desde un principio aún más elevados. Y podemos observar que estos riesgos han llegado a hacerse realidad durante siglos en una ciencia del Derecho que con mucha frecuencia fue mero curanderismo para adorno ideológico de relaciones de dominio y de propiedad extremadamente injustas. En la actualidad una renovación de ese peligro deriva de una modificación del modo de vida típico de los estudiosos del Derecho. Con la cada vez más extendida asunción de funciones dentro de la práctica jurídica, sea como juez o defensor, como autor de dictámenes jurídico o asesor jurídico de grupos de intereses, existe el riesgo de que la actividad científica del profesor de derecho, en el mejor de los casos, se vea más o menos influida por ello, en el peor de los casos, incluso de que se convierta en un mero derivado de sus actividades prácticas. En este ámbito, habrá que distinguir tres niveles: en un primer nivel, la experiencia acumulada en la práctica ofrece la oportunidad de su análisis científico. Este análisis, a causa de la vinculación a una determinada perspectiva, ciertamente no podrá cumplir con los presupuestos típico-ideales de la objetividad; pero ello no superará los efectos de una comprensión previa de la materia —efectos que de todas maneras son de imposible evitación—, por lo que el valor de la experiencia práctica puede conducir a constatar un ba-

lance positivo para el desarrollo científico. En el segundo nivel, se produce la publicación, sin modificaciones o con modificaciones de poca importancia, de un dictamen elaborado a instancia de parte, dictamen que, dependiendo del caso concreto, puede mostrar una «desviación» bien insignificante o bien enorme a favor de la posición de quien ha encargado el dictamen. Ciertamente, también en las controversias entre los autores de dictámenes contrapuestos se esgrimen argumentos científicos, por lo que creo que no hay nada que objetar en principio a la publicación de tales dictámenes, siempre que se informe al público de la razón de su elaboración. Pero la situación cambia cuando el autor del dictamen permite que quien le ha contratado le enmarque en una determinada estrategia de formación de opinión. Este riesgo, finalmente, es enorme en el tercer nivel, cuando hay una verdadera producción artificial de «opiniones dominantes», o ello al menos se intenta realizando una especie de estrategia científica de influir a la opinión pública mediante las publicaciones de simpatizantes ideológicos o de autores de dictámenes. Esto sucedió en Alemania a mediados de los años ochenta en el ya mencionado caso de las donaciones a partidos políticos, en el que se intentó por todos los medios encubrir la clara realización del tipo del delito fiscal que de hecho concurría. Existen otros numerosos ejemplos, aunque éstos no sean tan exagerados, como, por ejemplo, la accesoria administrativa del Derecho penal del medio ambiente antes mencionada. Es éste un tema que a causa de la enorme importancia de los intereses en juego en gran medida es tratado claramente de modo estratégico. Además, existen otros casos en los que no están en juego intereses económicos. Como parte de la campaña de relaciones públicas con la que las asociaciones de homosexuales han influido en la política estatal en materia de SIDA, han intervenido también en la discusión jurídica, especialmente en la discusión jurídico-penal. Más explícita es esta persecución de intereses bajo el ropaje de la ciencia en el campo de los acuerdos en el marco del proceso penal: un pequeño grupo de penalistas prácticos, actuando en connivencia con los colegios profesionales, que están muy interesados en la práctica de los acuerdos, ha intentado coonestar en sus escritos una inversión de los principios centrales del proceso penal alemán que frecuentemente es criminal (¡ § 336 StGB!*). La ciencia alemana del Derecho procesal, que no está afectada por la persecución de determinados intereses, ha fracasado en este campo de una manera especialmente lamentable, pues a pesar de que todos los dogmáticos del proceso penal que se han ocupado seriamente de los acuerdos, han puesto al descubierto sin tapujos sus múltiples ilegalidades, los autores de los manuales estándar, sin embargo, de modo manifiesto no han

(*) El § 336 StGB prescribe: «*Prevaricación*. Aquellos jueces, demás cargos públicos o árbitros que en la dirección o decisión de un asunto de índole jurídica infrinjan el Derecho a favor o en contra de una de las partes, serán penados con privación de libertad de uno a cinco años.» (n. del t.).

sido capaces de captar la dimensión del problema, limitándose por ello a vacuas fórmulas de compromiso (77).

He de decir con toda franqueza que creo que esta evolución es una amenaza extremadamente grave para la sustancia de la ciencia alemana del Derecho penal. Si este desarrollo se prolongase, la ciencia del Derecho sufrirá un colapso en cuanto contexto de acción autónomo y se convertirá en un subsistema de la política adornado ideológicamente. Eso sería también una aportación al estado espiritual de la ciencia penal alemana, pero una aportación muy lamentable.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

Todo lo que he dicho hasta ahora sobre el tema elegido ha sido desarrollado desde una perspectiva crítica. Para hacer justicia a la ciencia penal alemana, ahora me correspondería subrayar los campos positivos, dando ejemplos agradables de ello, para quizás al final esbozar las líneas maestras de la ciencia penal alemana que considero acreedora del futuro. El espacio de que dispongo ni siquiera es suficiente para iniciar este cometido, y también quisiera renunciar a intentar dar finalmente una imagen de equilibrio con unos pocos comentarios, que no pasarían de ser lugares comunes. Lo que he intentado es destacar de modo fundamentado algunas zonas problemáticas, algunos callejones sin salida y evoluciones erradas, de la ciencia penal alemana. Todo lo demás ha de reservarse a una ulterior ocasión.

(77) Cfr. últimamente respecto del estado de la discusión, con múltiples referencias, SCHÜNEMANN, StV 1993, pp. 657 y ss.

Reforma y regulación legal del aborto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (*)

ISABEL ZODER

Universidad de Salamanca

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. ANTECEDENTES.—I.1. La regulación del aborto previa a la reforma de 1974.—I.2. El intento de reforma de 1974.—I.3. La sentencia del BVerfG de 1975.—I.3.a La obligación de protección de la vida del nasciturus.—I.3.b Las medidas de protección.—I.4. La XV Ley de reforma: contenido y juicio crítico.—II. LA REFORMA DE 1992.—II.1. Antecedentes.—II.2. La Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia.—II.3. La decisión de 1993 del BVerfG.—II.3.a Premisas: Fundamento y contenido de la obligación de protección del nasciturus.—II.3.b La inconstitucionalidad del § 218aI.—III. COMENTARIO. Introducción.—III.1. La entidad del bien jurídico.—III.2. La obligación de protección: Introducción.—III.2.I: Fundamento, contenido y límites de la obligación de protección.—III.2.Ia Fundamento.—III.2.I.b Contenido.—III.2.I.c Límites.—III.2.II El delito de aborto y la obligación de protección del nasciturus.—III.3. La prohibición general del aborto en el Derecho penal.—III.3.I. Las excepciones a la prohibición general: los abortos indicados.—III.3.I.a La naturaleza jurídica de las indicaciones.—III.3.I.a.i Las indicaciones como causas de justificación.—III.3.I.a.ii Las indicaciones como causas de exculpación o excusas absolutorias.—III.3.I.a.iii Soluciones intermedias.—III.3.I.a.iv La posición del BVerfG.—III.3.I.b Los abortos asesorados no indicados.—III.3.I.b.i Naturaleza jurídica.—III.3.I.b.ii El tratamiento jurídico de los abortos socialmente indicados.—III.3.I.b.iii El juicio de antijuridicidad y sus consecuencias.—III.3.I.c El efecto represivo y preventivo general de la prohibición del aborto.—IV. ANEXO.

(*) En el presente trabajo se ha prescindido conscientemente de la amplia e importante literatura española sobre la despenalización del aborto para ceñirnos exclusivamente a la literatura alemana dado el enfoque particular que la doctrina alemana presenta.

INTRODUCCIÓN

El 28 de mayo de 1993 el Tribunal Constitucional Alemán se pronunció por segunda vez sobre la constitucionalidad de una solución de plazos en materia de interrupciones de aborto consentido. Si en 1975 había sido rechazada una solución de plazos, en esta ocasión considera que, a excepción de algunas disposiciones concretas, esta solución de plazos inspirada en la idea de protección del *nasciturus* es constitucional.

La discusión sobre la despenalización del aborto en Alemania muestra diferencias fundamentales con la que se ha llevado a cabo en España. Para el Tribunal Constitucional alemán y para la doctrina dominante la vida no nacida tiene el mismo valor que la vida nacida. Este punto de partida condiciona toda la discusión doctrinal de *lege lata* y de *lege ferenda*.

Este dato nos ha llevado a limitar este trabajo al estudio de la doctrina alemana.

El presente trabajo intenta analizar el hilo argumental del Tribunal desde el valor que da a la vida no nacida para llegar a la admisión de una solución de plazos y analizar la viabilidad dogmático-penal de la solución adoptada por éste.

I. ANTECEDENTES

En Alemania el aborto ha sido, desde hace tiempo, un tema discutido en sus diferentes ámbitos (legislativo judicial, sociológico, psicológico...). En el legislativo, nos encontramos con múltiples intentos de reforma, uno de ellos, el más importante, lo constituye la aprobación de la V Ley de reforma del Código penal de 18 de julio de 1974 (1), que dio lugar a un recurso de inconstitucionalidad. Tal Ley fue declarada inconstitucional por el *Bundesverfassungsgericht* (2) (en adelante *BVerfG*) en sentencia de 25 de febrero de 1975 (3). Sin embargo, ya desde principios de este siglo (4) se han sucedido diferentes regulaciones, hasta la promulgación de la XV Ley de reforma del Código penal en 1976 (5).

En 1992 se promulga la *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia* (6), que fue recurrida ante el *BVerfG*. Este suspende la entrada en vigor de la Ley de 1992 con sentencia de 4 de agosto de 1992 y decide el recurso de inconstitucionalidad con sentencia de 28 de mayo de 1993.

(1) 5. *StRG* Bundesgesetzblatt (BGBl) I, 1297; vid. Anexo II.

(2) Tribunal Constitucional Alemán.

(3) *BVerfGE* 39, 1.

(4) Aunque hubo algunas reformas éstas se limitaron a endurecer o atenuar las penas. Vid. *BVerfGE* 39, 1, 7 y ss.

(5) Vid. Anexo III.

(6) Ley de 27 de julio de 1992 (*BGBl* I, 1398); vid. Anexo IV.

En tal decisión dictamina la vigencia de la regulación anterior hasta el 15 de junio de 1993. A partir de esta fecha entran en vigor las disposiciones de la *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia* que no han sido declaradas inconstitucionales. Los artículos declarados inconstitucionales serán sustituidos por lo previsto en la regulación transitoria que establece el mismo Tribunal en la sentencia. El contenido y la trascendencia de esta segunda sentencia sobre la regulación penal del aborto será el objeto de este trabajo (7).

I.1. La regulación del aborto previa a la reforma de 1974

El Código Penal alemán, desde 1871, castigaba de forma general el aborto (el parágrafo 218 del Código Penal se refería específicamente a «dar muerte al fruto del vientre» (8)). Hasta la sentencia del entonces *Reichsgericht* (equivalente a lo que es hoy en día el Tribunal Supremo alemán (BGH) de 11 de marzo de 1927 (RGSt 61,242 y ss.), no se reconoció de manera específica la exención de responsabilidad penal ante la constatación de un peligro para la vida o la integridad física de la madre, al admitir tal situación como un estado de necesidad justificante *supra-legal*. Para ello se recurrió al principio de ponderación de bienes jurídicos (9). En la determinación del valor de los bienes jurídicos en colisión, el Tribunal Supremo alemán acudió a la menor o mayor penalización que el legislador preveía en el Código penal ante la lesión de los bienes jurídicos en cuestión (10).

I.2. El intento de reforma de 1974

Al reconocimiento del estado de necesidad supralegal en el supuesto de peligro para la vida y la integridad física de la embarazada, le si-

(7) Una visión general de la historia del § 218 en *BVerfGE* 39,1,6-18, traducida al español por MANZANARES SAMANIEGO en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 5 de marzo de 1983; resumido en BACIGALUPO, *La discusión sobre la legislación del aborto en Alemania*, Justicia Penal y Sociedad, núms. 3-4, 1993, pp. 89 y 90; GANTE, *Der Schutz der ungeborenen Kinder in Deutschland vom Beginn der Neuzeit bis zur Gegenwart*, en REITER/KELLER, *Herausforderung Schwangerschaftsabbruch*, Freiburg am Breisgau 1992, pp. 146 y ss.

(8) Regulación vigente antes del intento de reforma de 1974; vid. Anexo I.

(9) *RGSt* 61,242,254 y ss.

(10) Este procedimiento ha sido ampliamente criticado por la doctrina, ya que la menor pena del delito de aborto frente a la del delito de homicidio o parricidio, no se encuentra necesariamente en el distinto valor del bien jurídico protegido, sino en otras consideraciones del legislador que se refieren al ámbito subjetivo (situación de conflicto de la embarazada o la no visibilidad del objeto de la acción); vid. LENCKNER, «Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 1985, p. 269; BELLING, *Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218a haltbar?*, Berlin New York 1986, pp. 113 y ss.; KLUTH, *Das Grundrecht auf Leben und die «ratio» des Gesetzgebers*, GA 1988, p. 557.

guen algunos intentos de reforma, hasta que se aprueba en 1974 una Ley de reforma del Código penal que preveía una solución de plazos.

Contenido jurídico penal de la Ley (11):

a. Se declara *no punible* el aborto realizado por un médico con el consentimiento de la embarazada dentro de las primeras doce semanas desde la concepción (sistema de plazos § 218a).

b. En el § 218b se declara *no punible* el aborto realizado concurriendo las circunstancias de la indicación médica (sin plazo alguno) y la eugenésica (con plazo de 22 semanas).

Tanto en el § 218a como en el § 218b el legislador estableció «que *no será punible* por el § 218...», por lo que parece que el legislador quiso equiparar los abortos realizados dentro de un plazo más restringido, sin comprobación de la existencia de una indicación, a los realizados en un plazo más amplio previa constatación de una indicación. Otro indicio de tal equiparación es que el legislador no estableció una indicación ética separadamente, que se tendría que entender contemplada en el sistema de plazos.

El asesoramiento, que se exigía tan sólo para el sistema de plazos (§218c), alcanzó, caso de omisión, a la sola responsabilidad del médico, siendo negada su cualidad de elemento del tipo del §218a. Este no menciona la necesidad de cumplimiento del trámite de asesoramiento para la despenalización del aborto consentido. Tal omisión vino conminada con pena inferior a la que preveía el Código para el aborto y se excluye a la embarazada de su aplicación (12).

La reforma de los §§ 218a y ss. prevista en la Ley de reforma de 1974 del Código penal fue recurrida ante el *BVerfG* por 193 miembros del Bundestag y por los gobiernos de cinco Estados Federados por violación, principalmente, de los arts. 2,II,1 en relación con el art.1,I y también el art.3 y 6I,2 y 4 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante LF), a la vez que por infracción del principio de Estado de derecho (13).

Los recurrentes argumentaron, fundamentalmente, con el art. 2II,1 de la LF (14) alegando que la vida no nacida tiene el mismo valor que la vida nacida y que el § 218a establecía la primacía de los derechos de la mujer sobre el derecho a la vida del *nasciturus*. Así, se cuestionaba el cumplimiento, por parte del legislador, de la obligación de protección de la vida no nacida, que es consecuencia del art. 2II,1 LF. Admiten los recurrentes que existen situaciones en las cuales a la embarazada no se le

(11) *Vid.* Anexo II.

(12) Para ESER este punto es la diferencia más fundamental con la Ley de 1992, objeto de la sentencia del *BVerfG* de 1993, ya que en ésta tanto la embarazada como el médico responden por aborto doloso si omiten el asesoramiento. ESER, Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchsstrafrechts auf dem Prüfstand, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1992, p. 2917.

(13) *BVerfGE* 39,1,18.

(14) Art. 2II,1 del la Ley Fundamental: Todos tiene derecho a la vida y a la integridad física.

puede exigir la continuación del embarazo, pero que en ellas, la impunidad de la conducta de la embarazada no significa que sus derechos primen sobre los del *nasciturus* sino que son consecuencia de la imposibilidad de hacer valer los derechos del *nasciturus*.

Los defensores de la Ley de reforma alegaron que, aunque el Estado está obligado a proteger la vida en formación, esto no significaba que tal protección tuviera que ser obligatoriamente de carácter penal. El legislador, en tanto en cuanto cumpla suficientemente con la protección constitucionalmente exigida, puede configurarla también a través de normas extrapenales. Afirmada tal posibilidad, resaltaron los defensores la ineficacia del derecho penal en esta materia, frente al asesoramiento que, según ellos, prometía una protección más eficaz.

El *BVerfG* decide sobre la constitucionalidad del § 218a en sentencia de 25 de febrero de 1975. Aunque el objeto de estudio del presente trabajo es, en principio, la sentencia de 28 de mayo de 1993, es de suma importancia el conocimiento de la decisión de 1975 sobre la misma materia ya que ambas constituyen una continuidad (15).

I.3. La sentencia del *BVerfG* de 1975

El *BVerfG*, en su resolución de 25 de febrero de 1975, analiza primeramente si la vida del *nasciturus* se encuentra constitucionalmente protegida para verificar la existencia y, en su caso, la amplitud de la obligación de protección del bien jurídico vida no nacida por el Estado. Una vez constatada tal obligación, el *BVerfG* analiza las medidas que el Estado puede o debe tomar para una protección eficaz y suficiente de la vida del *nasciturus*. Por último, a partir de las exigencias establecidas por el mismo *BVerfG*, en la primera parte de la sentencia referente al cumplimiento de la obligación de protección, verifica si el legislador las ha cumplido o no.

Sin ánimo de realizar una exposición detallada de la sentencia de 1975 expondremos los argumentos más importantes que presentan un paralelismo temático con la sentencia de 1993.

I.3.a *La obligación de protección de la vida del nasciturus*

La protección de la vida del *nasciturus* se encuentra según el *BVerfG* en el art. 2II,1 LF. Este art. 2II,1 reconoce a todos el derecho a la vida. El *BVerfG*, en relación con el término vida, establece que vida existe por

(15) Aunque ambas leyes prevén una solución de plazo, la Ley de 1992 proporciona más protección al *nasciturus* y se adhiere más a la regulación prevista en el § 105 del Alternativ Entwurf (BAUMANN et al., *Alternativ Entwurf eines StGB*, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1.º Tomo, Tübingen 1973). Una comparación detallada de ambas leyes en el plano penal en ESER, *Neuregelung, op. cit.*, pp. 2917 y ss.

lo menos desde el momento de la anidación y que no es posible determinar cortes en la evolución de la vida humana que se desarrolla como vida humana y no *hacia* vida humana (16). El reconocimiento de este derecho a la vida a *todos* abarca también a la vida no nacida (17), concluyendo el *BVerfG* que la vida no nacida constituye un bien jurídico independiente protegido por el art. 2II,1 (18). Esta interpretación de este artículo, base de toda la discusión sobre la despenalización del aborto, se acepta hoy en día tanto por los partidarios como por los opositores a una despenalización en esta materia (19).

El *BVerfG* establece una obligación de protección del Estado de la vida del *nasciturus* ya que los derechos fundamentales no se agotan en una obligación del Estado de no afectarlos sino que además tiene que protegerlos y fomentarlos (20). Esta obligación de protección de la vida no nacida se deduce entonces ya del art. 2II,1 LF. El derecho a la vida es la base vital de la dignidad humana (art. 1I,2 de la LF) y presupuesto de todos los demás derechos fundamentales. El *BVerfG* considera que no es necesario pronunciarse sobre la cuestión de la susceptibilidad del *nasciturus* de ser titular de un bien jurídico ya que las normas de la Ley Fundamental forman también un «ordenamiento objetivo de valores» (21),

(16) Se basa en un certamen, citado en la sentencia, de Hinrichsen (*BVerfGE* 39,1,37).

(17) *BVerfGE* 39,1,37 y ss. El Tribunal justifica su interpretación del término «todos» refiriéndose al proceso constituyente en el Consejo Parlamentario en el cual se debatió sobre la inclusión expresa de la vida en formación en el art. 2II,1, moción presentada por el representante del Partido Alemán (Deutsche Partei), Dr. Seebohm, que no encontró respaldo al sostener la mayoría del constituyente la posición de que el término «todos» se refiere tanto a la vida nacida como no nacida. Quedando así cierta duda sobre la interpretación del término «todos», el Tribunal aplica la teoría establecida por el mismo Tribunal en una sentencia anterior (*BVerfGE* 32,71) según la cual, en casos de duda, habrá que elegir la interpretación que desarrolla con más fuerza la eficacia jurídica de la norma fundamental. Tal fundamentación ha sido considerada insuficiente por algunos autores pero no han puesto en tela de juicio el resultado. Así STÜRNER, *Die Unverfügbarkeit ungeborenen menschlichen Lebens und die menschliche Selbstbestimmung*, *Juristenzeitung* (JZ) 1990, pp. 718 y ss.

(18) *BVerfGE* 39,1,36 y ss.

(19) Hay pocas excepciones, *vid.* HOERSTER, *Forum: Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?*, *JuS* 1989, pp. 172 y ss.

(20) *BVerfGE* 39,1,42; esta innovación dentro de la dogmática de los derechos fundamentales ha sido estudiada posteriormente sobre todo por ISENSEE en *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo V §111; ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin/New York 1983; HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, Heidelberg 1987; ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, Baden-Baden 1987; ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1986.

(21) La cautela del Tribunal constitucional en el aspecto de la titularidad de *nasciturus* del derecho fundamental a la vida ha sido criticada por BELLING y KUNIG ya que al interpretar el término «todos» de forma que comprende también a la vida no nacida exige, según estos autores, que se de el paso lógico hacia la afirmación de la titularidad del derecho a la vida del *nasciturus*. BELLING, *op. cit.*, p. 67; KUNIG en v. Münch/Kunig, *Grundgesetz - Kommentar* Tomo II, München 1992, art. 2 Rdnr.47.

del cual se puede deducir la obligación de protección y, en su caso, su amplitud.

La obligación del Estado a proteger la vida en formación supone también su protección frente a terceros (22). Esta obligación tiene vigencia también frente a la madre, aunque en este supuesto hay que tener en cuenta la estrecha relación que existe entre el *nasciturus* y la madre, una relación de naturaleza *sui generis*. En lo que respecta a la protección del *nasciturus* frente a la madre, el *BVerfG* afirma que el embarazo forma parte de la esfera de intimidad de la embarazada constitucionalmente protegida. Justifica la intervención del Derecho en esta materia porque el *nasciturus* no es simplemente parte de la madre, sino que es un ser humano independiente constitucionalmente protegido, por lo cual la interrupción del embarazo adquiere una dimensión social. Esta dimensión social hace posible y necesaria la regulación de este ámbito por el Estado. Aunque el derecho de la embarazada al libre desarrollo de su personalidad merece reconocimiento, se encuentra limitado por los derechos de los demás, el orden constitucional y el moral. Ponderando los intereses de la embarazada (el libre desarrollo de la personalidad) y los del *nasciturus* (23) (derecho a la vida) y teniendo en cuenta la relación de ambos con el art. 1.1, (dignidad humana), el *BVerfG* considera que tienen preponderancia los intereses del *nasciturus* ya que su bien jurídico se destruiría (24) y los derechos de la embarazada se encontrarían solamente afectados. Esta primacía del derecho a la vida tiene vigencia durante todo el embarazo. De esta ponderación, deduce el *BVerfG* que durante todo el embarazo existe la obligación de continuarlo y que su interrupción se considera injusta (25).

I.3.b *Las medidas de protección*

Establecida la obligación del Estado de proteger al *nasciturus*, el *BVerfG* se ocupa de las medidas que puede o tiene que tomar el legislador, que es quien tiene que determinar las medidas de protección.

Según el *BVerfG* (*BVerfGE* 30,336,350) la protección tiene que ser, preferentemente, preventiva. Por ello, es tarea del legislador fortalecer la disposición de la embarazada a continuar el embarazo a través de medidas sociales. Pero la posible influencia de estas medidas suele ser res-

(22) *BVerfGE* 39,1,42.

(23) Tanto BELLING (*op. cit.*, p. 77) como ISENSEE (Abtreibung als Leistungsbestand der Sozialversicherung und der grundgesetzliche Schutz des ungeborenen Lebens, *NJW* 1986, p. 1646) afirman que no se trata de una ponderación de los intereses de la embarazada con los intereses del *nasciturus* sino de una interpretación de los límites del derecho al libre desarrollo de la embarazada.

(24) En este contexto alega el art. 19II LF que prescribe el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

(25) *BVerfGE* 39,1,44.

tringida, no inmediata, y solamente posible en relación con una labor educativa. Por ello se ocupa el *BVerfG* de la conveniencia de una regulación penal de la materia del aborto consentido.

La utilización del Derecho penal en esta materia depende según el *BVerfG* de una valoración global que ha de tener en cuenta:

1. el valor del bien jurídico lesionado y el grado de lesividad de la conducta también en relación con otras conductas penadas que social y éticamente se valoran de forma similar,
2. la regulación legal tradicional en esta materia,
3. la función del derecho penal en una sociedad moderna y
4. la eficacia práctica de la amenaza penal y la posibilidad de su sustitución por sanciones legales distintas.

Para el *BVerfG* (26) el legislador no está obligado a tomar las mismas medidas penales de protección que utiliza para la protección de la vida nacida, lo cual se refleja en la regulación penal anterior. Pero ya que se trata aquí de un bien jurídico importantísimo y que la acción de la interrupción del embarazo supone su destrucción, la intervención del derecho penal es legítima. Sin embargo, no se trata de un deber absoluto de penalización de esas conductas, sino que el legislador, solamente, se encuentra obligado a utilizar el derecho penal en el caso de que otras medidas, independientemente de su naturaleza, no proporcionen la protección efectiva que corresponde al bien jurídico (principio de *ultima ratio*). Se trata, entonces, de un deber relativo de utilización de la amenaza penal. Aunque la utilización del derecho penal siempre supone una intervención intensiva en los derechos de los demás, la importancia del bien jurídico en cuestión justifica la posibilidad de su utilización. Por ello, continua el *BVerfG* afirmando que la negación de tal posibilidad limitaría la protección (27).

Si el *BVerfG* se ha referido hasta ahora a la protección de la vida no nacida frente a cualquiera, seguidamente examina la protección frente a la madre. En este ámbito, la utilización del Derecho penal conlleva problemas específicos, ya que por la especial relación del *nasciturus* con la madre pueden surgir situaciones de conflicto que superen de modo evidente «lo normal». Aquí se plantea el problema de si el derecho, en estas situaciones, puede exigirle a la embarazada la continuación del embarazo mediante la amenaza penal.

El *BVerfG* establece que en los casos de la indicación médica, el *legislador no puede exigirle a la embarazada que continúe su embarazo y que se puede dejar impune el aborto también cuando su continuación suponga una carga extraordinaria para la embarazada que, por su gravedad, se asemeje a la indicación médica*. Enumera, en este sentido, las indicaciones ética, eugenésica y social. En este último caso, exige que el

(26) *BVerfGE* 39,1,44 y ss.

(27) *BVerfGE* 39, 1,47.

legislador describa claramente la gravedad de la *situación de necesidad* (Notlage) que pueda dar lugar al reconocimiento de una indicación social. El *BVerfG* prescribe al legislador que, en estos casos, no es suficiente con la constatación de la indicación, sino que se hace necesario un asesoramiento que recuerde a la mujer su deber de continuar el embarazo.

Esta parte de la sentencia fue la que posteriormente provocó más polémica, ya que el *BVerfG* no expuso, de forma totalmente clara, cuáles son los fundamentos de algunas de las indicaciones.

El *BVerfG* habla tanto de la no exigibilidad de continuar el embarazo en relación con la indicación médica (28) como de la imposibilidad de imponer a la embarazada, mediante el Derecho penal, la obligación de continuar el embarazo (29).

Con la primera afirmación, para parte de la doctrina (30) el *BVerfG* parece referirse a una causa de justificación y con la segunda a una causa de exculpación o a una excusa absolutoria, diferenciando la naturaleza jurídica de las distintas indicaciones. Sin embargo, nos confunde la afirmación del *BVerfG* que, para las cuatro indicaciones establece cómo «desde un punto de vista constitucional se hacen valer otros intereses igualmente dignos de protección, de tal forma que el ordenamiento estatal no puede *exigirle* a la embarazada que de preferencia a la vida del *nasciturus*» (31). Hay que hacer referencia en este tema, también, a la exigencia de que, además de la constatación de la indicación, el *BVerfG* imponga al legislador que articule un asesoramiento que recuerde a la embarazada *su deber de continuar el embarazo*: de una parte se le asesora para que no interrumpa, a la par que se reconoce la imposibilidad de exigir la continuación de tal embarazo. Se hace notar cierta confusión en estas afirmaciones (32) que han llevado a una intensa discusión sobre la naturaleza jurídica de las indicaciones, que expondremos en otro lugar.

Una vez establecidos estos presupuestos, el *BVerfG* estudia si la Ley es o no compatible con la Constitución (33). El *BVerfG* considera que el § 218a (abortos asesorados), al dejar «sin pena» (34), no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del aborto realizado en las primeras 12 semanas al amparo de este párrafo. Sobre todo al destinatario de la norma, esta despenalización le induce claramente a considerar que el

(28) *BVerfGE* 39,1,48.

(29) *BVerfGE* 39,1,50.

(30) CLASSEN, «Abtreibung-Verfassung Deutsche Einheit, Schwierigkeiten bei der Rechtsangleichung», *GA* 1991, pp. 216.

(31) *BVerfGE* 39,1,50.

(32) CLASSEN, *op. cit.*, pp. 216 y ss.

(33) *BVerfGE* 39, 1,50 y ss.

(34) Se puede entender tanto como una limitación del tipo, como una causa de justificación, como una causa de exculpación o como una excusa absolutoria (*BVerfGE* 39,1,53).

aborto se ajusta a Derecho (35). Por eso, el § 218a no cumple con la exigencia de expresar el juicio de desaprobación en el ordenamiento jurídico jerárquicamente inferior a la Constitución, y el Tribunal no considera suficiente la prohibición general comprendida en el § 218, ya que nos encontramos ante una desaprobación general que se vacía de contenido con el concurso de las excepciones que reconoce la norma penal en el § 218a. Un noventa por ciento de los abortos se realizan dentro de las primeras doce semanas (36).

Según el *BVerfG*, el legislador ha creado una laguna de protección con el §218a, que no se cubre suficientemente con el asesoramiento, ya que permite abortar sin causa o causa constitucionalmente reconocida, es decir, en casos en los cuales le es exigible a la embarazada la continuación del embarazo.

Sin embargo, el legislador, en la exposición de motivos, alegaba que la punición del aborto consentido podría anular la eficacia del asesoramiento y que hay que ponderar el número de *nascituri* que puedan ser salvados por una y otra solución (solución de plazos o solución más restringida como la solución de indicaciones). Ninguna de las dos evidencia ser más eficaz, por lo cual el legislador puede elegir una de ellas sin transgredir el marco constitucional. Frente a ello, el *BVerfG* alega que hay que tener en cuenta también la fuerza preventivo general de la norma penal y que una despenalización provocaría una confusión entre los destinatarios de la norma sobre lo justo e injusto. Además rechaza el *BVerfG* la ponderación cuantitativa de bienes jurídicos, sobre todo tratándose de un bien jurídico personalísimo y que la Constitución exige una protección individual de cada vida concreta. El fin del legislador, la reducción del número de abortos, tiene que lograrse a través de pasos justificables ante la Constitución. Además, nos recuerda el *BVerfG* los cálculos hechos sobre el número de abortos previsibles bajo la vigencia de una solución de plazos, que indican más bien un ascenso, por lo menos en una fase inicial, y que de todos modos el alto valor del bien jurídico en juego no permite experimentos.

Referente al asesoramiento, el *BVerfG* considera que, de acuerdo con el contenido establecido por la Ley, tal asesoramiento es insuficiente para la protección del *nasciturus* (37).

En resumen, el *BVerfG* declara que el legislador no cumple con la obligación de protección al dejar sin reprobación legal y penalización los abortos realizados por causas que no se sostienen constitucionalmente (38).

(35) CLASSEN advierte aquí una contradicción con la afirmación hecha por la sentencia en la cual el *BVerfG* admite la posibilidad de la retirada del Derecho penal en esta materia bajo determinados presupuestos (*BVerfGE*, 39,1,46); CLASSEN, *op. cit.* GA 1991, p. 220 (n.p.pag. n.º 54).

(36) *BVerfGE* 39,1,53.

(37) *BVerfGE* 39,1,61 y ss.

(38) Aquí el Tribunal se refiere a todos los casos en los cuales el conflicto no reviste la gravedad que se exige para el reconocimiento de una indicación.

La despenalización solo es posible si se compensa por otras medidas y no es el caso de esta reforma.

La ineficacia de la amenaza penal indiferenciada, refiriéndose a la legislación anterior a la reforma, a juicio del Tribunal Constitucional alemán, no le impide al legislador intentar llegar a una protección más eficaz mediante una amenaza diferenciada ya que ésta refuerza el efecto integrador (concientizador) de la norma penal (*rechtsbewußtseinsbildende Kraft*). El legislador no puede transgredir los límites constitucionales por necesidades político-estatales o consideraciones de utilidad. Tampoco un cambio en la *conciencia social* (in der Bevölkerung herrschende Anschauung) alteraría estos principios (39).

No es de extrañar que las consideraciones de la sentencia hayan provocado una discusión jurídico-penal en torno a la despenalización del aborto. La doctrina, tanto penal como constitucional, ha discutido, en primer lugar, sobre la naturaleza jurídica de las indicaciones ya que el *BVerfG* no se pronuncia con claridad. La aludida confusión de la sentencia ha llevado a que tanto defensores como críticos a su calificación de causas de justificación hayan utilizado la sentencia para fundamentar sus posiciones. Nos ocuparemos más adelante de ello al analizar la segunda sentencia, ya que en esta última, el *BVerfG* se ha pronunciado con más claridad. En segundo lugar, la doctrina se ha planteado la posible falta de coherencia entre las premisas de las que partía el *BVerfG* y la regulación del aborto que propone. Este segundo punto está íntimamente relacionado con el primero porque las premisas del *BVerfG* no parecen permitir una despenalización tan amplia del aborto. Ha sido BRUGGER (40) el que ha analizado esta incongruencia de la sentencia. A este punto se hará referencia en el comentario a la sentencia de 1993 ya que se pueden apreciar contradicciones de la misma índole.

I.4. La XV Ley de reforma: contenido y juicio crítico

Tras la sentencia del *BVerfG* de 1975 el legislador promulga una Ley de reforma (41) basada en el sistema de indicaciones. Bajo la rúbrica de «no punibles» reconoce las indicaciones médica, ética, eugenésica y social. Además, reconoce una excusa absolutoria (42) para la embara-

(39) *BVerfGE* 39,1,66.

(40) BRUGGER, Abtreibung- ein Grundrecht oder ein Verbrechen, *NJW* 1986, pp. 896 y ss.

(41) 15. Straffänderungsgesetz de 18.5.1976 que modifica los §§ 218 y ss. del Código penal; vid Anexo III.

(42) LAUFHÜTTE/WILKITZKI, Zur Reform der Strafvorschriften über den Schwangerschaftsabbruch, *JZ* 1976, p. 330; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar* 24.ª ed., München 1992, §218 Rdnr. 49.a.; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 41.ª ed., München 1983, §218 Rdnr.8a.

zada si aborta dentro de las primeras 22 semanas después de un asesoramiento aunque no haya indicación ninguna (§ 218II). Igualmente, el Tribunal puede prescindir de pena si la mujer, a la hora de abortar, se encontró en una situación de angustia (§ 218,III).

La Ley fue criticada desde un principio por la imprecisa redacción de la indicación social (que hacía referencia a una *situación de necesidad* de la embarazada) y porque no establecía la naturaleza jurídica de las indicaciones. Los autores, en un principio, confiaban en una interpretación constitucional restrictiva para salvar las deficiencias de la Ley (43). La práctica demostró todo lo contrario:

El 80% de los abortos se realizaba por indicación social y su interpretación se hizo cada vez más amplia (44). Además de la imprecisa redacción, resultante del término *situación de necesidad*, el § 219a establece la responsabilidad del médico solamente cuando éste reconoce una indicación incorrecta a sabiendas.

Respecto a la calificación jurídica de las indicaciones, hay que tener en cuenta que las consecuencias que conlleva una calificación u otra son de gran importancia en la práctica. Su calificación como causa de exculpación o excusa absolutoria lleva en la práctica a la procedencia del auxilio de terceros, la improcedencia de la cobertura por la Seguridad Social de la intervención abortiva y a la invalidez del contrato médico.

Para la vida del feto, es de vital importancia la procedencia del auxilio de terceros porque así un tercero podría evitar un aborto. La indicación social, de la misma manera que las demás indicaciones, fue interpretada en la práctica como una causa de justificación. Esto conllevaba, según la mayoría de los autores, la cobertura por la Seguridad Social, la validez del contrato con el médico (45) y la imposibilidad del auxilio de terceros.

A raíz de la práctica sumamente permisiva (46) (de tal forma que algunos autores la llamaron sistema de plazos (47)), el Gobierno de Baviera tomó la decisión de recurrir la Ley en 1990, recurso que no fue

(43) SCHMITT, Ein Beitrag zur Geschichte der Reform unseres Abtreibungsrechts, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1976, pp. 595 y ss.; BEULKE, Zur Reform des Schwangerschaftsabbruchs durch das 15. Strafrechtsänderungsgesetz, *FamRZ* 1976, p. 603.

(44) STÖRNER, *op. cit.*, p. 711.

(45) La validez del contrato con el médico (§ 134 BGB) ha llevado al reconocimiento de la obligación del pago de la manutención por parte del médico de un niño nacido tras un intento fallido de aborto aunque el BGH afirmó que el niño nacido no puede ser considerado como un daño.

(46) No en todos los «Länder» su aplicación fue tan permisiva lo cual provocó un turismo abortivo dentro del territorio de la RFA, hecho que a la vez supuso una inseguridad jurídica enorme.

(47) Se calificó de *solución de plazos camuflada (verkappte Fistenlösung)* por la existencia de la excusa absolutoria en una primera fase y en una segunda fase por la práctica permisiva, (GROPP, § 218a StGB als Rechtfertigungsgrund, *GA* 1988, p. 30).

resuelto hasta la sentencia de 28 de mayo de 1993, momento en el que a la cuestionada Ley le quedaba menos de un mes de vigencia (48).

II. LA REFORMA DE 1992

I.1. Antecedentes

Tras la unificación de Alemania, nos encontramos con dos regulaciones distintas para cada una de las «dos Alemanias». En la antigua RDA regía un sistema de plazos basado en el derecho a la autodeterminación de la embarazada. El Tratado de Unificación de 31 de agosto de 1990 (49) en su art. 31 IV impone al legislador la obligación de encontrar una regulación unitaria, hasta el 31 de diciembre de 1992, que proteja más eficazmente la vida prenatal que los sistemas ahora existentes de las «dos Alemanias».

Las opciones del legislador eran, fundamentalmente, dos: un sistema de indicaciones más restringido que el existente en la RFA o un sistema de plazos dirigido hacía una protección de la vida en formación. Aunque el *BVerfG* en 1975 había rechazado el sistema de plazos basado en la protección de la vida no nacida, el legislador puede proponer otra regulación que prescindiera fundamentalmente de la amenaza penal, ya que el *BVerfG* no había descartado esta posibilidad. Pero si el legislador quiere promulgar una regulación que se ajuste a las directrices establecidas por el *BVerfG* en 1975, tiene que prever otras medidas que proporcionen una protección suficiente. El sistema de plazos basado en el derecho a la autodeterminación de la embarazada atentaría contra la Constitución (50).

Las propuestas parlamentarias para la nueva regulación de la interrupción del embarazo representan todas las posibles vías de una regulación del aborto. Van desde el extremo de la despenalización absoluta del aborto (Bündniss 90/Die Grünen; PDS/Linke Liste), fundamentado en el derecho a la autodeterminación de la embarazada con la correspondiente reforma de la Constitución, hasta un sistema de indicaciones

(48) El Tribunal afirma que el recurso se ha quedado sin fundamento a la vista de la promulgación de una nueva Ley sobre esta materia (*BVerfGE*, 1993, JZ 1993, p. 42).

(49) *Der Einigungsvertrag*, Bonn 1991, p. 900.

(50) ESER, Schwangerschaftsabbruch zwischen Grundwertorientierung und Strafrecht, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 1991, pp. 294 y ss.; ISENSEE, Abtreibung als Leistungstatbestand..., *op.cit.*, p. 1646; BRIEBMANN, Grundlinien einer verfassungskonformen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs, *Juristische Rundschau (JR)* 1991, p. 401; SCHÜNEMANN, *Quo vadis* § 218? *ZRP* 1991, p. 383.; TRÖNDLE, Das Menschenbild des Grundgesetzes und die Neuregelung des Abtreibungsrechts im geeinten Deutschland, en: Seebode (Ed.) *Festschrift für Günther Spindel*, Berlin/New York 1992, p. 613.

muy restringido (Grupo Werner) (51). Ninguna de las propuestas pudo conseguir los votos suficientes, por lo cual se creó una Comisión Parlamentaria para la protección de la vida en formación. La propuesta que surgió de esta comisión fue posteriormente aprobada como *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia*. Nos vamos a centrar en sus disposiciones penales, aunque consta, en gran parte, de medidas sociales para la embarazada y la familia.

II.2. La Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia

Su contenido en materia penal es el siguiente (52):

1. Se mantiene una prohibición general del aborto, con una pena agravada para el caso del aborto no consentido y aborto con riesgo de muerte o de lesiones graves para la embarazada (§ 218 StGB versión nueva [v.n.]).

2. Se declaran *no antijurídicos* los abortos llevados a cabo por un médico a petición de la embarazada tras haber pasado por un asesoramiento al menos tres días antes de la interrupción si desde la concepción no han pasado más de 12 semanas. §218aI StGB (v.n.).

3. Se declaran *no antijurídicos* los abortos llevados a cabo por las indicaciones eugenésica (dentro de las primeras 22 semanas) y médica (sin plazo) §218aII y III StGB (v.n.)

4. Prevé la impunidad de la embarazada si se ha dejado asesorar con anterioridad y si se ha realizado el aborto por un médico dentro de las primeras 22 semanas. Además, el Tribunal puede prescindir de pena si la mujer se encontró en una situación de angustia a la hora de abortar. §218aIV StGB (v.n.).

5. Se regula el contenido del asesoramiento. Este tiene que estar orientado a la protección de la vida en formación y se exige que se lleve a cabo por una institución oficialmente reconocida §219 StGB (v.n.).

6. Además, la Ley prevé la supresión de la obligación de los médicos de notificar todas las interrupciones de embarazo al Centro Estadístico Federal. Art. 4 de la *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia*.

La Ley se adapta principalmente a la solución que propone ESER para la interrupción del embarazo consentido y que él denomina «*modelo de discurso orientado hacia una situación de necesidad*» (53). Se basa, sobre todo, en razonamientos de efectividad. Constatando que la solución de indicaciones no ha llevado a una disminución del número de

(51) Visión general de las propuestas en BACIGALUPO, *op. cit.*, pp. 94 y ss.

(52) *Vid. Anexo IV.*

(53) ESER, Reforma de la regulación alemana sobre el aborto desde una perspectiva de derecho comparado, *Actualidad Penal* 1994, 4, pp. 4 y ss. (Traducción al castellano de Isidoro BLANCO).

abortos, el legislador ha buscado una alternativa cuya pieza principal es el asesoramiento. Para que este asesoramiento funcione mejor que hasta ahora, prescinden de la determinación de la indicación social y de la ética para que la mujer acuda con franqueza al asesoramiento. Una vez pasado el asesoramiento, la embarazada decide si quiere o no continuar su embarazo. En todo caso, su actuación siempre va a estar justificada al declararse «no antijurídicas» tales acciones. Es decir, se crea una causa de justificación por razones de utilidad. La creación de esta causa de justificación impide el ejercicio de auxilio de terceros, garantiza al médico una actuación conforme a derecho, declara la validez del contrato médico en el derecho civil y la cobertura por la Seguridad Social.

Las críticas que se han hecho a esta Ley son, en primer lugar, la falta de fundamentación de la naturaleza jurídica justificante de los abortos asesorados (54).

También ha sido alegado que la regulación no cumple con el deber de protección mínima (Untermaßgebot) ya que deja al *nasciturus* a la libre disposición de la embarazada, teniendo ésta el derecho de no aceptar activamente el asesoramiento, es decir, no intervenir en su dinámica propia: diálogo, discusión, revisión de las causas y de la decisión, etc. (55).

Algunos autores consideran que la creación de una causa de justificación implica lo mismo que una intervención directa del Estado sobre la vida del no nacido (56) y que, como toda intervención estatal ha de ajustarse al principio de lesividad mínima (Übermaßverbot) en los derechos del *nasciturus*, tal principio tampoco se respeta en esta solución.

Se critica, igualmente, la argumentación utilitarista, relativa al manejo de las cifras sobre efectividad de la norma respecto de la protección del *nasciturus*, ya que se trata de una argumentación cuantitativa y el *BVerfG* en su sentencia de 1975 declaró que la protección tiene que ser individual, referida a cada *nasciturus* concreto (57).

Esta Ley fue llevada al *BVerfG* en recurso de inconstitucionalidad donde se recurrieron fundamentalmente los §§ 218aI y 219c (contenido del asesoramiento) y el *BVerfG* decidió suspender la entrada en vigor de las disposiciones penales con sentencia de 4 de agosto de 1992.

Nos vamos a centrar, sobre todo, en las cuestiones relacionadas con el examen de la constitucionalidad del § 218aI. Se trata de un párrafo que declara justificadas las interrupciones del embarazo llevadas a cabo tras asesoramiento. Los puntos conflictivos con la Constitución son, principalmente, que no hay un fundamento de esta causa de justifica-

(54) *BVerfGE* 1993 JZ (Sonderheft) 1993, p. 13.

(55) TRÖNDLE, *Votum zugunsten einer verfassungskonformen Regelung*, en: Baumann (ed.) § 218 im vereinigten Deutschland, Tübingen 1992, p. 183.

(56) BELLING, *op. cit.*, pp. 56 y ss.; KLUTH, *Das Grundrecht auf Leben und die «ratio» des Gesetzgebers*, GA 1988, p. 551; lo contrario CLASSEN, *op. cit.*, p. 214, ya que es la embarazada la que en último término decide.

(57) BRIEßMANN, *op.cit.*, p. 398; *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 13.

ción que pueda ser sometido a un control judicial y que el procedimiento previsto no garantiza, en efecto, que exista una situación que justifique la actuación de la embarazada.

II.3. La decisión de 1993 del BVerfG

II.3.a. Premisas: Fundamento y contenido de la obligación de protección del nasciturus

El *BVerfG* en sus premisas no varía fundamentalmente de la posición adoptada en la sentencia de 1975.

En primer lugar, el *BVerfG* se refiere a la obligación de protección de la vida humana, es decir a su objeto y fundamentación (58). El *BVerfG* entiende por vida humana tanto la nacida como la no nacida, declarando, expresamente, que cuando habla de embarazo se refiere solamente al período de tiempo que va desde la anidación hasta el parto, ya que esta definición a efectos penales no ha sido recurrida (59). Afirma que durante todo el embarazo existe vida de individualidad genética e indivisible, que se desarrolla *como* ser humano y no *hacia* ser humano.

«El Estado está obligado a respetar la vida humana, protegerla y fomentarla». El Tribunal deduce este deber de la obligación de protección de la dignidad humana. El art. 1.I LF establece el deber del Estado de respetar y proteger la dignidad humana. A toda vida humana le corresponde dignidad humana, también a la vida no nacida. Objeto de la dignidad humana es también para el *nasciturus* su existencia en sí misma. Para su respeto y protección es necesario que el Estado le proporcione los presupuestos legales para su desarrollo en el sentido de un derecho autónomo a la vida. El Tribunal resume esta argumentación en la frase: «La razón de la obligación de protección se encuentra en el art. 1.I LF que obliga al Estado a respetar y proteger la dignidad humana; su objeto y —a través de éste— su amplitud se determinan por el art. 2.II LF.» (60).

Este derecho a la vida no depende de la aceptación por parte de la madre sino que le corresponde por su existencia misma y es un derecho básico e irrenunciable que deriva de la dignidad humana.

El *BVerfG* se ocupa seguidamente de esta obligación de protección (61), ya que en el tema de la regulación legal del aborto consentido se trata

(58) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 16.

(59) El TC sí hace la salvedad de que hay datos de la antropología médica que indican que existe vida desde la concepción. *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 16.

(60) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 16.

(61) *BVerfGE* 1993, JZ 93, pp. 16 y ss.

del cumplimiento de la obligación de protección del *nasciturus* por parte del Estado frente a terceros.

Esta obligación de protección se refiere a la vida individual y no a la vida humana en general y su cumplimiento supone una condición fundamental de la convivencia ordenada en un Estado.

Para cumplir con su obligación, el Estado dispone del establecimiento de medidas preventivas (evitar el conflicto subyacente a la voluntad de interrupción del embarazo) y de exigencias de comportamiento.

Referente a las medidas preventivas de carácter social para la protección del *nasciturus* nos vamos a limitar a enumerarlas brevemente. El Estado está obligado, en primer lugar, a impedir que se realicen interrupciones del embarazo por necesidades materiales. En segundo lugar, tiene el Estado la obligación de crear las bases para que la mujer pueda compaginar la actividad familiar con la actividad laboral y, en último lugar, tiene que compensar las desventajas que le resulten en el ámbito del derecho asistencial.

Respecto a la creación de una conciencia en la población para la protección, se refiere el *BVerfG* a la educación y a los medios de comunicación (62).

En relación con las exigencias de comportamiento, sus destinatarios son terceros dentro de los cuales se incluye también la embarazada, a pesar de su peculiar relación con el *nasciturus*. En relación con la madre, se traduce en una prohibición general de interrupción del embarazo y una obligación y un deber jurídico general de continuar el embarazo. Estos mandatos de comportamiento no pueden configurarse como exigencias dirigidas a la voluntad (voluntariedad), sino que tienen que ser configurados como mandatos legales, es decir, tienen que estar provistos de consecuencias jurídicas para el caso de su incumplimiento.

En lo que se refiere a estos mandatos de comportamiento, el *BVerfG* afirma que aunque éstos no tienen que estar situados forzosamente en el derecho penal, éste motiva de forma especialmente intensa a los destinatarios de la norma al respeto y cumplimiento de los mandatos legales. Estos mandatos tienen que tener un efecto tanto preventivo como repressivo y a la vez tienen que fortalecer y apoyar la visión sobre lo justo e injusto y crear una conciencia jurídica.

En relación con la protección de la vida no nacida, el *BVerfG* expresa que ésta no es absoluta en todos los sentidos, ya que el art. 2,1,3 LF (63) permite su limitación. Para determinar la amplitud de la obligación de protección hay que tener en cuenta, de un lado, la importancia y la nece-

(62) *BVerfGE* 1993, *JZ* 93, p. 19.

(63) La Constitución permite limitar el derecho a la vida bajo reserva de ley. Por el art. 19 LF el legislador está sujeto siempre al respeto del contenido esencial de este derecho fundamental. Hay que tener en cuenta que no hay unanimidad en la doctrina sobre el contenido, fundamento y alcance de este contenido esencial de los derechos fundamentales (BELLING, *op. cit.*, pp. 84 y ss).

sidad de protección de la vida del *nasciturus* y, de otro lado, los derechos fundamentales de la embarazada con los cuales entra en colisión. Tales derechos de la embarazada son los derivados de su dignidad humana (art. 1 I LF), sobre todo, el derecho a la vida y a la integridad física (art. 2 II, 1 LF) y también el derecho al libre desarrollo de su personalidad (art. 2 I LF).

En este contexto, el *BVerfG* establece que el legislador, aunque tenga libertad en la configuración legal de la protección (la Constitución prescribe el fin que es la protección de la vida del *nasciturus* pero su configuración legal es tarea del legislador), tiene que respetar siempre este *principio de protección mínima (Untermaßgebot)* para la vida del *nasciturus*. El cumplimiento del principio de protección mínima puede ser objeto de control constitucional. Respecto a la protección mínima afirma el *BVerfG* que tiene que ser necesariamente proporcional, a la par que eficaz. La medida de protección constitucionalmente exigida no depende del grado de desarrollo del *nasciturus*. Es decir, también en una primera fase el ordenamiento jurídico tiene que proporcionar al *nasciturus* esta protección mínima.

Para no lesionar el «*Untermaßgebot*», se hace necesaria la prohibición de la interrupción del embarazo para la madre con carácter general durante todo el embarazo, es decir, si el legislador dejase la vida del *nasciturus* a la libre disposición de la madre, aunque fuera solamente durante un determinado período del embarazo, no cumpliría con el mínimo de protección. En relación con la prohibición del aborto con *carácter general*, la embarazada no puede alegar derechos fundamentales de los cuales es titular frente a la obligación general de continuar el embarazo.

Pero hay derechos fundamentales que pueden llevar a que, en *situaciones excepcionales*, sí se permita y, en algunos casos, posiblemente es preciso que no se imponga tal obligación legal. Es tarea del legislador establecer estas situaciones excepcionales. Para no lesionar el «*Untermaßgebot*» el legislador debe tener en cuenta que no es posible una *compensación proporcional en la propia ponderación (verhältnismäßiger Ausgleich)*, ya que no se puede conceder el derecho a la vida y el derecho a la interrupción del embarazo al mismo tiempo por tratarse de derechos excluyentes. Frente a las opiniones de algunos juristas (64), afirma el Tribunal que no nos encontramos ante una compensación si, en una primera fase del embarazo, damos preferencia a los derechos de la embarazada y en una segunda fase le damos preferencia al derecho del feto, ya que la vigencia del derecho a la vida del feto dependería de la aceptación por parte de la madre en la primera fase.

Una vez establecidos los límites que impone el respeto del «*Untermaßgebot*», el *BVerfGE* hace referencia a los supuestos en los cuales el

(64) *BVerfGE* 1993, *JZ* 1993, p. 18.

legislador no puede o no debe imponer la obligación de continuar el embarazo basándose, al igual que en la sentencia de 1975, en el principio de inexigibilidad.

Según el *BVerfG* encontramos situaciones que revisten esta excepcionalidad, no solo en los casos de la indicación médica que permite, de acuerdo con la LF, levantar la obligación de continuar el embarazo. De acuerdo con el principio de inexigibilidad se pueden reconocer más situaciones excepcionales. El *BVerfG* justifica la aplicación del principio de inexigibilidad, ya que la obligación de continuar el embarazo no se agota en el respeto del ámbito jurídico de otro, sino que conlleva el cumplimiento de obligaciones intensivas (parto, educación...) que afectan existencialmente a la embarazada. En relación con estas cargas se pueden crear situaciones de conflicto que hacen valer derechos de la mujer con tal inminencia que el ordenamiento jurídico no puede exigirle a la embarazada que tenga que darle preferencia a la vida del *nasciturus* bajo cualquier circunstancia. En este contexto, el *BVerfG* cita, además de la indicación médica anteriormente mencionada, la indicación ética, la eugenésica (bien delimitada (65)) y la indicación social. Para ésta última indicación, determina el *BVerfG* su viabilidad siempre que en la descripción legal se pueda reconocer la gravedad del conflicto social o psicopersonal, de tal forma que, medida bajo el punto de vista de la inexigibilidad, se conserve la congruencia con las demás indicaciones (66). No obstante, aunque la inexigibilidad limita el deber de la embarazada de continuar el embarazo, esto no significa que el legislador pueda suspender la obligación de protección que el Estado debe a cualquier vida no nacida, ya que la obligación de asesoramiento también se exige en el aborto por indicación eugenésica (§218aIII StGB [v.n.]).

Una vez analizados los casos en los cuales le es inexigible a la embarazada continuar con el embarazo, el *BVerfG* examina si la Constitución permite la retirada del derecho penal en los casos en los cuales sí le es exigible a la embarazada que continúe el embarazo. En este contexto, el *BVerfG* afirma que el legislador, para cumplir con el «Untermaßgebot», no puede prescindir libremente del Derecho penal. Aunque tiene que ser utilizado por el legislador como *ultima ratio* para la protección, la importancia del bien jurídico y la dañosidad de su afección por regla

(65) En los últimos años la amplitud de la indicación eugenésica ha llevado a serias críticas por parte de la doctrina. Vid. PLUISCH hace un intento de delimitación de la indicación eugenésica a los casos realmente graves. PLUISCH, *Der Schwangerschaftsabbruch aus kindlicher Indikation im Spannungsfeld der pränatalen Diagnostik*, Berlin/Heidelberg/New York 1992.

(66) El TC en esta sentencia, a diferencia de la anterior, se pronuncia con más claridad sobre la naturaleza jurídica de las indicaciones ya que no mezcla la exigibilidad de la conducta con la exigibilidad de la conducta a través del derecho penal, ya que habla de que el ordenamiento jurídico en su conjunto no puede exigirle a la embarazada que de preferencia en todo momento a la vida del *nasciturus* (*BVerfGE* 1993, JZ, 93, p. 18).

general tiene que ser el Derecho penal el que albergue la prohibición, con carácter general, del aborto. Sin embargo, cuando la obligación de protección se cumple con otro tipo de medidas que no son penales, se puede prescindir de la amenaza penal en un ámbito delimitado (67). En el caso de prescindir del derecho penal en tal ámbito delimitado, será suficiente con que la prohibición se exprese claramente de otra forma en el ordenamiento jurídico jerárquicamente inferior a la Constitución.

II.3.b. *La inconstitucionalidad del § 218aI*

Una vez delimitados los derechos que tiene que proteger el Estado y sus limitaciones, el *BVerfG* analiza la constitucionalidad del § 218aI (párrafo que recoge bajo una solución de plazos tanto la indicaciones ética y social como los supuestos de abortos simplemente asesorados).

El *BVerfG* considera que no es inconstitucional que el legislador, teniendo en cuenta la poca eficacia del Derecho penal en un ámbito tan personal, haya optado por la protección del *nasciturus* a través de un asesoramiento. El Tribunal ha optado por una protección con la embarazada a través del asesoramiento y no *frente* a la embarazada.

Frente al asesoramiento previsto en la regulación anterior el actual sistema de asesoramiento ofrece notables ventajas:

La eficacia del asesoramiento hasta ahora para influir sobre la embarazada se veía dificultada por una amenaza penal en caso de no concurrir una indicación (o no reconocerse una indicación) y un subsiguiente aborto (68). Por eso embarazada acudía muchas veces al asesoramiento no para que le ayudasen a resolver el conflicto sino que acudía para que le reconociesen una indicación. Para ello se centraba más en la indicación que en la resolución del conflicto.

Si ahora la embarazada no tiene que temer una posible penalización el Tribunal espera, de la misma forma que el legislador, que la embarazada acuda con sinceridad para resolver el conflicto existente (69).

Con este tipo de asesoramiento sin amenaza penal se evita también el problema de desconocimiento del Estado sobre la existencia del *nasciturus*.

Si ahora el legislador quiere proteger al *nasciturus* en una primera fase con la embarazada y no *frente* a ella a través del asesoramiento ello

(67) Con «ámbito delimitado» el Tribunal se refiere a los abortos asesorados.

(68) El Tribunal se refiere al miedo de la embarazada a que el caso de no concurrir una indicación sea más peligroso abortar ilegalmente. La misma argumentación había sido alegada por el legislador en 1974.

(69) Argumento poco convincente porque en la regulación anterior a la reforma existía una excusa absoluta para la embarazada en el caso de haberse dejado asesorar antes de la intervención abortiva.

constituye, a juicio del Tribunal, una medida constitucionalmente aceptable.

El *BVerfG* hace también referencia a que la situación psíquica en la que se encuentra la embarazada en las primeras semanas del embarazo no deseado confirma la incapacidad de motivación de la embarazada por el Derecho penal.

Todo ello posibilita una retirada del Derecho penal (70) en esta fase (12 primeras semanas) y alega el *BVerfG* que es acorde con el respeto a la madre, no solo si se sustituye la amenaza penal por un asesoramiento individual (que supone una apelación a la responsabilidad de la mujer frente a la vida no nacida), sino también cuando además se incentiva a la embarazada con medidas económicas y sociales a que continúe el embarazo.

Pero todo esto no puede significar una preponderancia de los derechos de la madre.

Referente a la supresión de la necesidad de la existencia de una indicación afirma el Tribunal que, aunque no cree que solamente abortarán las mujeres a las cuales les es inexigible continuar el embarazo, confiar en que, al darles la responsabilidad última para decidir sobre el futuro del embarazo, aceptarán el asesoramiento y se sincerarán sobre el conflicto existente. La existencia de un procedimiento para la constatación de una indicación dificulta el sinceramiento de la embarazada. Además el enjuiciamiento de una situación sumamente personal y compleja por un tercero no es beneficioso para el asesoramiento

Estas dificultades solamente existen en los supuestos de la indicación social porque en las demás indicaciones el conflicto es verificable por un tercero con mucha mayor facilidad (71).

La argumentación del *BVerfG*, de la misma forma que la del legislador, se basa en la eficacia de esta regulación. Como la eficacia no se puede predecir con seguridad, el legislador está obligado a vigilar su funcionamiento y, en su caso, a rectificar la regulación (72).

Admitida la posibilidad de sustituir la amenaza penal por un asesoramiento, el *BVerfG* analiza la naturaleza jurídica que hay que darles a tales supuestos de interrupciones asesoradas del embarazo. La Ley los declara «no antijurídicos», es decir, justificados. El *BVerfG* rechaza esta calificación, porque el legislador no puede declarar justificadas acciones en las cuales no hay razones verificables (no cabe la posibilidad de presumir su existencia) que sean de tal envergadura que, de acuerdo con

(70) Hay que tener en cuenta que el asesoramiento es obligatorio y que su incumplimiento convierte el aborto libre de pena en un aborto punible. (§218 StGB [v.n.]).

(71) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 22.

(72) Esta afirmación supone que no será constitucional la supresión de la obligación de notificar las interrupciones del embarazo realizadas al Centro Federal de Estadística. Obligación que existía antes pero cuyo resultado es de dudosa fiabilidad ya que refleja unas 80 000 interrupciones al año frente a unos cálculos que van de 200.000 hasta 300.000 interrupciones realizadas.

la Constitución, puedan considerar justificadas estas conductas. La constatación de excepciones con efecto justificante la tiene que llevar a cabo el Estado o un tercero habilitado por el Estado. En ningún momento puede ser la embarazada la que determina si su situación da o no lugar a una justificación. Si la mujer decidiera sobre justo o injusto de su conducta la protección mínima no estaría asegurada. Aunque puede ser difícil que un tercero enjuicie la situación de conflicto de la embarazada esto no es imposible. Es decir, no justifica una solución como la propuesta por el legislador (...no será antijurídico...). Tampoco es posible que esta justificación se deduzca de indicios, es decir, que se presuma que la embarazada solamente aborta si verdaderamente se da una situación que justifica su conducta.

La calificación jurídica de estos abortos tiene importancia a la hora del asesoramiento. Si la conducta es antijurídica el asesor puede insistir en la obligación de la embarazada a continuar el embarazo. Si la conducta siempre estuviese justificada se disminuiría la eficacia del asesoramiento y la legislación no cumpliría con la exigencia de protección mínima.

Según el *BVerfG*, la «autoindicación» tampoco asegura que las mujeres solamente aborten ante situaciones que se consideran justificantes. El legislador no cumpliría con el principio de protección mínima ya que no expresaría de forma clara la desaprobación de estas interrupciones del embarazo. Además, ello provocaría, entre los destinatarios de la norma, la impresión de que se trataría de una conducta aprobada por el legislador. El ordenamiento tiene que dejar constancia de la prohibición del aborto, ya que ésta tiene un efecto preventivo general positivo.

Al no aceptar la justificación de tales conductas, el *BVerfG* tiene que pronunciarse sobre el tratamiento de los abortos realizados por concurrir los requisitos de una indicación social o una indicación ética. Referente a la indicación ética, el *BVerfG* en la regulación transitoria crea el supuesto justificante de la indicación ética. La indicación social la considera forzosamente comprendida dentro de los abortos asesorados argumentando de la siguiente forma:

Para la eficacia del asesoramiento, según el *BVerfG*, sería contraproducente que el legislador estableciera, paralelamente al asesoramiento, un posible reconocimiento de la indicación social como causa de justificación (73), ya que en este caso la embarazada se limitaría a conseguir que le reconocieran una indicación social, y la pretendida franqueza no se daría. Esta postura la fundamenta el *BVerfG* afirmando

(73) Esta calificación como justificada no ha sido unánime en la doctrina y en el año 1990 el *Bayrisches Oberlandesgericht* (Tribunal Supremo del Estado Federado de Baviera) en sentencia de 26.4.1990 (NJW 1990, pp. 2328 y ss.) decidió que en un caso de una indicación social se trataba de un *Schuldausschliessungsgrund* (causa de inimputabilidad). Calificación criticada por ESER ya que se tendría que referir en su caso a una causa de exculpación (ESER, Zur Rechtsnatur der «Allgemeinen Notlagenindikation», en: *Schwangerschaftsabbruch: Auf dem Weg zu einer Neuregelung*, Baden-Baden 1992, pp. 54 y ss.).

que las posiciones de derechos fundamentales de la embarazada no exigen, por parte del legislador, la creación de una causa de justificación en casos de situación de necesidad.

Una vez rechazada la justificación de tales conductas, el *BVerfG* propone la utilización de una exclusión de la conducta del tipo del § 218. Excluye la aplicación del tipo, manteniendo así la antijuridicidad de la conducta en el resto del ordenamiento jurídico (74). El *BVerfG* propone esta técnica para que quede constancia del juicio de desaprobación de tales conductas.

El tratamiento de estas conductas en otras ramas del derecho queda abierto, ya que, según el *BVerfG*, el legislador no tiene que proyectar el juicio de antijuridicidad en todas las ramas del derecho. El legislador puede eliminar las consecuencias del juicio de injusto, en la medida en que sea necesario para la efectividad del asesoramiento. Es decir, para que la mujer no se niegue a acudir al asesoramiento se excluye la posibilidad del auxilio de terceros, se garantiza la validez del contrato médico y que la embarazada perciba su salario durante la baja como si se tratara de una enfermedad no provocada (75). Lo que no admite el legislador es la cobertura por la Seguridad Social, salvo casos de extrema necesidad, ni tampoco que sea una prestación que pueda ser incluida en las pólizas de seguros privados porque la pretendida cobertura por la Seguridad Social significaría que el Estado colaboraría en la realización de abortos antijurídicos. Tampoco considera el *BVerfG* que se pueda justificar la necesidad de cobertura por razones de mayor eficacia del asesoramiento.

En resumen, el *BVerfG* declara inconstitucional el § 218aI por el juicio de juridicidad de las conductas y crea una regulación transitoria (76). La *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia* entra en vigor con algunas modificaciones impuestas por el *BVerfG*. La modificación que nos ocupa se refiere a la naturaleza jurídica de los abortos realizados tras asesoramiento. El *BVerfG* sustituye el término «no será antijurídico» por el de «no será de aplicación el § 218» y crea una indicación ética paralela a este sistema de plazos. Esta regulación estará en vigor hasta que el legislador promulgue una regulación conforme con la Constitución.

III. COMENTARIO

Introducción

El comentario a esta sentencia del *BVerfG* quiere analizar el hilo argumentativo seguido por el Tribunal. Para ello nos ocuparemos, en un

(74) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 23.

(75) Así no tiene que comentar la realización del aborto al patrón.

(76) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 4.

primer momento, de la interpretación del art.2II,1 de la Ley Fundamental por el *BVerfG*, es decir, qué valor le da a la vida del *nasciturus*.

Seguidamente, nos ocuparemos de la obligación de protección que deduce el *BVerfG* de los derechos fundamentales para establecer su contenido, alcance y límites.

Finalmente, se trata de verificar si la regulación propuesta por el Tribunal se ajusta o no a las exigencias de protección mínima, que es el límite más importante de la obligación de protección. Para ello, analizaremos la prohibición del aborto, tanto en su vertiente represiva como preventiva.

III.1. La entidad del bien jurídico: dignidad humana y valor absoluto de la vida dependiente frente a la valoración social

El *BVerfG* niega que puedan existir fisuras en lo que se refiere al valor de la vida desde que existe (por lo menos desde la anidación) (77). De esta afirmación, hay que deducir que la vida nacida tiene el mismo valor que la vida no nacida (78). La legitimidad de esta interpretación del *BVerfG* no ha sido puesta en tela de juicio por la doctrina en relación con la sentencia de 1975 salvo contadas excepciones (79). Sobre todo BELLING (80), ha puesto de manifiesto, en un exhaustivo análisis constitucional de la despenalización del aborto, la legitimidad de la interpretación llevada a cabo por el *BVerfG* en 1975 (81). Otra cuestión muy distinta es si esta interpretación se corresponde con los valores que sostiene la sociedad en su conjunto. Así muchos autores han llamado la atención sobre la falta de conciencia en la población en relación con el valor vida del *nasciturus* (82).

(77) *BVerfGE* 1993, JZ 93, pp. 16 y ss.

(78) Interpretación unánimemente de la doctrina frente a la sentencia de 1975 *BVerfGE* 39,1,59).

(79) Así entre otros HOERSTER, FORUM: Ein Lebensrecht für die menschliche Leibesfrucht?, *JuS* 1989, pp. 172 y ss.; SINGER, *Praktische Ethik*, 1984, pp. 146 y ss.

(80) BELLING, *op. cit.*, pp. 60 y ss. El autor hace una interpretación del artículo de acuerdo con los métodos de interpretación tradicionales y afirma la protección del *nasciturus* ex art. 2II.1 LF, lo cual no permite hacer censuras cualitativas en la protección en su opinión.

(81) SCHÜNEMANN afirma en su análisis la validez de las afirmaciones del TC de 1975 en la actualidad. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, pp. 384 y ss.

(82) Entre ellos: BELLING, *op. cit.*, pp. 119; Schönemann, Quo vadis § 218a?, *ZRP* 1991, pp. 387 y ss. (propone la protección del *nasciturus* a través de un asesoramiento muy completo que llama *Krisenmanagement*); STÜRNER, Die Unverfügbarkeit ungeborenen Lebens und die menschliche Selbstbestimmung, *JZ*, 1990, p. 717 (habla de comportamiento de consumo que subyace según el autor a un gran número de abortos); TRÖNDLE, «Soziale Indikation - Rechtfertigungsgrund?», *Juristische Ausbildung (Jura)*, 1987, p. 67 (propone medidas de información para recuperar la conciencia perdida ya que él cree que esta pérdida se debe fundamentalmente a una falta de información), *BVerfGE* 39,1,66.

Esta falta de conciencia sobre el valor de la vida no nacida se refleja tanto en los acontecimientos del *Memminger Prozess* (83), como en la falta de persecución de tales delitos en relación con el número de abortos realizados (84) y en que tampoco se pone en tela de juicio, en la práctica, que las interrupciones de embarazo llevados a cabo por una indicación social que difícilmente se puede interpretar como una causa de justificación (85), sean cubiertas por la Seguridad Social (86). Se hicieron, también, estudios empíricos sobre la actitud de la población frente al aborto (87) y en la evaluación de estos estudios, afirma LIEBLE, se demuestra que la población considera que, durante los primeros meses del embarazo, prevalece el derecho de la embarazada a la autodeterminación frente a la obligación de continuar el embarazo. Una vez pasados los primeros tres meses la situación se invierte (88).

Todo ello nos indica que el *BVerfG* parte de una interpretación legítima de la Constitución pero que difícilmente se corresponde con la realidad social (89). Incidiremos más en esta cuestión una vez vistas las indicaciones.

(83) A raíz de una inspección de hacienda se descubre la realización de un gran número de abortos ilegales (en parte sin reconocimiento de indicación y en los demás casos con reconocimiento falso (a sabiendas) de una indicación). La condena al médico fue mínima y la prensa acusó a los jueces por su actuación condenatoria. Vid. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 379; KLÜGLER, *Memmingen: Abtreibung vor Gericht*, Pro Familia (Ed.) 1989, pp. 217 y ss.

(84) STÜRNER, *op. cit.* p. 711, cita unas evaluaciones que van de 140.000-350.000 al año frente a 640.000 nacimientos y se decanta por una cifra de 210.000-300.000 aplicando la relación entre las cifras de nacimiento y abortos de otros países con regulación parecida al número de nacimientos en Alemania. LIEBLE cita unas denuncias que van de 50 a varios cientos por años. LIEBLE, *Strafverfolgungs- und Sanktionspraxis beim Schwangerschaftsabbruch*, en BAUMANN (ed.) § 218 *StGB im vereinigten Deutschland*, Tübingen 1992, p. 136.

(85) El simple hecho de que en la práctica todas las indicaciones se interpretan como causas de justificación indica que el valor de la vida no nacida no tiene el mismo valor que la vida nacida sobre todo teniendo en cuenta la amplitud de la indicación social. Además de la amplitud de la indicación social hay que tener en cuenta que la interpretación de tal indicación forzosamente (por la imprecisión de la redacción) tiene que ser muy discrecional. Así el derecho penal pierde seguridad jurídica y la embarazada se dedica a buscar a un médico que le reconozca la indicación.

(86) En una sentencia del VG Freiburg del 24 de marzo de 1983 (*Medizinrecht (MedR)* 1983, p. 159 y s.) el Tribunal afirma que una norma de un Estado federado que no reconoce la cobertura por la Seguridad Social de un aborto por indicación social no viola el principio de igualdad. Se trata de una excepción ya que, como prueba STÜRNER, en casi todos los casos basta con la falta formal de la antijuridicidad (STÜRNER, *op. cit.*, p. 710).

(87) BORA/LIEBLE, *Einstellung zum Schwangerschaftsabbruch*, Pfaffenweiler 1986; LIEBLE, *Soziologie des Schwangerschaftsabbruchs*, Frankfurt 1993.

(88) LIEBLE, *Strafverfolgungs- op. cit.*, p. 147.

(89) El argumento de los abortos provocados por la necesidad económica de la embarazada apenas tienen fundamento en la R.F.A. donde el sistema social es bastante completo. Las razones de las interrupciones por indicación social suelen ser problemas con la pareja, mal momento del embarazo desde un punto de vista profesional o rechazo a la maternidad.

Relacionado con el valor vida en la Constitución hay que hacer también referencia a que en relación a la fundamentación y la medida de protección de la vida no nacida, la sentencia de 1993 del *BVerfG* no difiere sustancialmente de las afirmaciones establecidas en 1975, lo que resalta citándola en varias ocasiones (90). En la sentencia, afirma que la obligación de protección se basa en la dignidad humana y que el derecho a la vida es consecuencia de la dignidad humana. Pero la fundamentación de la obligación de protección se centró en 1975 más en el contenido jurídico-objetivo del derecho fundamental a la vida (orden objetivo de valores), argumento que el Tribunal no utiliza en 1993. Este cambio en la argumentación hace sospechar que el *BVerfG* quiere excluir la posibilidad de una reforma de la Constitución (91), en el sentido de privar al *nasciturus* del derecho a la vida. Ello se debe a que la inviolabilidad de la dignidad humana garantizada en el art. II de la LF no puede ser objeto de reforma mientras que el derecho a la vida (art.2II,1 LF) sí puede ser abordado por una reforma de la Constitución. Esta iniciativa no parece deseable a juicio del *BVerfG*. Sin embargo HERMES y WALTHER advierten tal posibilidad de reforma, porque afirman que el *BVerfG* solamente establece que el fundamento, o la razón de protección de la vida, se encuentra en el art. II de la Ley Fundamental referido a la protección de la dignidad humana, pero que su objeto está en el art. 2II,1 LF, artículo, que a diferencia del precedente art. II del la LF sí puede ser objeto de reforma constitucional. Es decir, el bien jurídico a proteger es la vida y por ello puede ser afectado por una reforma constitucional (92).

III.2. La obligación de protección: Introducción

De la misma forma que en la sentencia de 1975, el *BVerfG* hace referencia a la obligación del Estado a proteger y promover la vida no nacida. Aunque en sentencias anteriores el *BVerfG* menciona la existencia de una obligación de protección (93), fue entonces, en 1975 cuando el *BVerfG* por primera vez estableció de forma detallada una obligación de este tipo derivada de un derecho fundamental. Los derechos fundamentales se habían entendido, con anterioridad, como *derechos de defensa* (Abwehrrechte) frente a la posible intervención del Estado. Como apun-

(90) En la sentencia de 1975 el Tribunal afirma que el derecho a la vida es la base vital de la dignidad humana y presupuesto de los demás derechos fundamentales (*BVerfGE* 39,1,42) y acude a la dignidad humana para hacer la ponderación entre los intereses del *nasciturus* y los de la embarazada (*BVerfGE* 39,1,43).

(91) Critican esta postura del TC como una transgresión de sus competencias. HERMES/WALTHER, Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht, *NJW* 1993, p. 2339.

(92) HERMES/WALTHER, *op. cit.*, p. 2339.

(93) *BVerfGE* 20,162,175; *BVerfGE* 33, 303, 330; *BVerfGE* 35,79,115.

ta Isensee, esta visión de los derechos fundamentales es insuficiente ya que en la relación autor-víctima reconoce solamente al autor la garantía de una intervención proporcional por parte del Estado (94). En posteriores sentencias, el *BVerfG* (95) creó toda una teoría de la obligación de protección del Estado de los derechos fundamentales. La teoría de la obligación de protección recuperada (96) por el *BVerfG* fue estudiada en Alemania, sobre todo durante los años 80, por varios autores (97), centrándose fundamentalmente en el derecho a la vida y la integridad física (vida no nacida, energía nuclear, contaminación medioambiental).

III.2.I. *Fundamento, contenido y límites de la obligación de protección*

Nos centraremos al exponer esta teoría en los aspectos que afectan a la protección de la vida no nacida.

III.2.Ia. FUNDAMENTO

La fundamentación de la obligación de protección no se presenta de forma unánime por parte del Tribunal Constitucional alemán y de la doctrina. El *BVerfG* fundamenta la obligación de protección, en sus sentencias referentes a la tutela de la vida no nacida, de dos formas. En la sentencia de 1975 el Tribunal hace referencia a la existencia de un orden objetivo de valores. Es decir, que además de ser derechos subjetivos de defensa frente a la intervención del estado, los derechos fundamentales disponen de un contenido jurídico-objetivo que constituyen este orden objetivo de valores. La realización de este orden objetivo de valores re-

(94) ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit, Zu den Schutzpflichten des Verfassungsstaates*, New York/Berlin 1983, p. 32; ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo V, §111 Rdnr.85.

(95) *BVerfGE* 39,1, en relación con la vida no nacida, *BVerfGE* 46,160; en relación con la exigencia de los familiares de la liberación de terroristas de la RAF por el gobierno a cambio de la liberación del Arbeitgeberverbandspräsident (presidente de la organización de empresarios alemanes) Hans Martin Schleyer secuestrado por otros miembros del mismo grupo terrorista; *BVerfGE* 49,89, referida a la explotación pacífica de la energía nuclear; *BVerfGE* 56,54, en relación con la protección frente a la contaminación ambiental por los ruidos provocados por el tráfico aéreo; *BVerfGE*; 55,349, referente a la protección de nacionales frente a intereses de estados extranjeros.

(96) ISENSEE, *Das Grundrecht...., op. cit.*, p. 27; KLEIN, *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, NJW 1989, p. 1634. Afirma ISENSEE que se trata de la recuperación del sentido originario de los derechos fundamentales basado en la idea del contrato social.

(97) ISENSEE, *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo V §111; ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin/New York 1983; HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, Heidelberg 1987; ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, Baden-Baden 1987; ALEXU, *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main 1986.

clama la intervención del Estado que se manifiesta en la protección de este contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales. KLEIN considera insuficiente esta fundamentación ya que no deja suficientemente claro por qué de la existencia de un orden objetivo de valores se deduce una obligación de protección (98).

Además de la alusión al orden objetivo de valores el Tribunal complementa la fundamentación recurriendo al art. 1,1,2 LF que obliga al Estado a proteger y fomentar la dignidad humana (99). Esta argumentación también ha sido criticada por KLEIN porque, según él, no queda claro si el deber expreso de protección se aduce para probar la existencia de un deber de protección que tiene efecto sobre todos los demás derechos fundamentales o si solamente beneficia a lo que llama el núcleo de dignidad humana de los derechos fundamentales (100). También ALEXY critica el recurso a la dignidad humana alegando que conlleva el peligro de o ampliar desmesuradamente el concepto de dignidad humana o bien renunciar a abarcar algunos aspectos dignos de protección (101).

Por razón de estas deficiencias de la fundamentación de la obligación de protección, parte de la doctrina (102) quiere ver el fundamento en la función legitimadora del Estado de proporcionar a los ciudadanos seguridad. Frente a esta obligación el ciudadano tiene el deber de obedecer y de abstenerse de actuaciones violentas. Es decir, se fundamenta en la idea del contrato social. Por ello hablan de una recuperación de la idea de la obligación de protección y no de su creación (103).

Han surgido discusiones dentro de la doctrina referente a dos temas. En primer lugar se trata de si el *nasciturus* es o no titular del derecho fundamental a la vida. El *BVerfG* considera que el objeto de la protección es el contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales y por ello, según él, para participar del ámbito de protección no hace falta ser titular de un derecho fundamental. Ya que no hace falta ser titular del derecho fundamental el Tribunal Constitucional alemán considera innecesario pronunciarse sobre si el *nasciturus* es o no titular del derecho a la vida (104). Esta posición del Tribunal ha sido criticada por BELLING (105) y por V. MÜNCH (106) ya que consideran que no hay razones por las cuales se podría privar al *nasciturus* de esta titularidad. Según estos autores si el *BVerfG* afirma que

(98) KLEIN, *op. cit.*, p. 1635.

(99) *BVerfGE* 39,1,41 y 42; *BVerfGE* 1993, JZ 1993, pp. 16 y 17.

(100) KLEIN, *op. cit.*, p. 1635.

(101) ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid 1993, p. 439.

(102) ISENSEE, *Das Grundrecht ...*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.; KLEIN, *op. cit.*, pp. 1635 y ss.

(103) Con una fundamentación histórica, ISENSEE, *Das Grundrecht...*, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

(104) *BVerfGE* 39,1,41.

(105) BELLING, *op. cit.*, p. 67.

(106) V. MÜNCH, *Grundgesetzkommentar*, tomo 1.º, München 1981, Art. 2. Rdnr.39. Se pregunta cómo pueden tener «todos» derecho a la vida sin ser titular de este derecho fundamental.

el *nasciturus* tiene derecho a la vida, tiene que ser titular de este derecho fundamental obligatoriamente.

Otra discusión que ha suscitado el tema de la obligación de protección dentro de la doctrina es si se trata de un derecho subjetivo a protección o simplemente de una norma objetiva fundamentada en el orden objetivo de valores. Es decir, si el individuo tiene o no un derecho a exigir que el Estado actúe activamente en defensa de sus bienes jurídicos a través de medidas legislativas, judiciales y ejecutivas. De las sentencias del *BVerfG* en esta materia no se puede obtener una respuesta a este problema (107). KLEIN afirma que en la doctrina no hay unanimidad (108) y se adhiere a la argumentación de ALEXY. Este autor afirma que la idea de la obligación de protección se fundamenta en el marco clásico del modelo contractualista de Estado. La renuncia amplia al derecho de autoprotección condicionada por la transición de la situación preestatal a la situación estatal puede ser justificada racionalmente solo si el individuo, a cambio de esta renuncia, obtiene una efectiva protección estatal (109). Así ALEXY fundamenta la necesidad de un derecho subjetivo a protección sin el cual no habría una protección eficiente de los derechos fundamentales. De poco nos sirve que el Estado no afecta a nuestro derecho a la vida si no impide que los demás lo hagan y no tenemos derecho a exigirlo. Se trata entonces de un derecho a la protección subjetivo cuyo destinatario es el Estado (110).

III.2.I.b. CONTENIDO

Las medidas que tiene que tomar el legislador y su amplitud, dependen tanto de la importancia del bien jurídico a proteger como de la posibilidad de restitución tras su afección. Si se trata de un bien jurídico irrestituible, la obligación de protección es más amplia. Podemos afirmar, con el *BVerfG*, que el bien jurídico vida no nacida es un valor supremo que califica de base vital de la dignidad humana y presupuesto de los demás derechos fundamentales (111) y consecuencia del derecho a la dignidad (112). Además se trata de un bien irrestituible en caso de afección.

(107) Ver análisis de las sentencias del *BVerfGE* en ALEXY, *op. cit.*, Madrid 1993, pp. 437 y ss. El autor afirma que de las sentencias se puede deducir una tendencia objetiva en esta materia. Pero hay algunas afirmaciones del *BVerfGE* que apuntan hacia el reconocimiento de un derecho subjetivo.

(108) KLEIN, *op. cit.*, p. 1637.

(109) ALEXY, *op. cit.*, p. 414.

(110) Este es el dato que diferencia a la obligación de protección de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a terceros. Vid. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht, Archiv für zivilistische Praxis (AcP)*1984, p. 23 l.

(111) *BVerfGE* 39,1,42.

(112) *BVerfGE*1993, JZ 1993, p. 17.

III.2.I.c. LÍMITES

En relación con las medidas que puede adoptar el legislador para proteger este bien jurídico afirma la doctrina (113), con el *BVerfG* (114), que aquél dispone de un margen de discrecionalidad, pero siempre tiene que respetar unos requisitos que lo limitan.

En primer lugar, la protección tiene que ser suficiente (principio de protección mínima-*Untermaßgebot*). La suficiencia de la protección depende del bien jurídico en cuestión. El requisito que juega el papel más importante dentro del principio de protección mínima es el de la efectividad. El legislador tiene que elegir una medida que sea lo suficientemente eficaz para la protección de un determinado bien jurídico.

En segundo lugar, la medida tiene que cumplir con el principio de mínima lesividad (*Übermaßverbot*). En este ámbito, el legislador tiene que respetar la necesidad e idoneidad de la medida adoptada para justificar la intervención en el ámbito de libertad del destinatario de la norma, es decir, la medida tiene que ser proporcional (115).

En tercer lugar, la medida debe ser constitucional (116).

Por último, hay que tener en cuenta que, en algunos ámbitos, la decisión por una determinada medida se basa en pronósticos y suposiciones. Por eso, el legislador tiene el deber de vigilar la eficacia de la medida adoptada y está obligado a rectificar su decisión si la medida adoptada resulta ineficaz. Pero cuando se trata de un bien jurídico irrefragable, como es el caso de la vida no nacida, hay que evitar experimentos.

III.2.II. *El delito de aborto y la obligación de protección del nasciturus*

Esta exposición nos lleva a la cuestión de la intervención del Derecho penal en materia de aborto. Se trata de averiguar bajo qué circunstancias el legislador puede estar legitimado, o en su caso obligado, a utilizar el Derecho penal para la protección de la vida del *nasciturus*.

La necesidad de protección de bienes jurídicos como la vida nacida y la integridad física por el Derecho penal nunca ha sido puesta en tela de juicio (117). Si consideramos que el Estado está obligado a proteger la vida del *nasciturus*, al tratarse de un bien jurídico de suma importan-

(113) ISENSEE, *Das Grundrecht...*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.; KLEIN, *op. cit.*, p. 1637; HERMES, *op. cit.*, p. 50.

(114) *BVerfGE* 1993, *JZ* 1993, p. 17.

(115) ISENSEE, *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo V, § 111 Rdnr.91.

(116) KLEIN, *op. cit.*, p. 1637.

(117) KUNIG en: v. Münch/Kunig, *Grundgesetzkommentar*, München 1992, Art.2 Rdnr.57; HERMES, *op. cit.*, p. 6.

cia, y equiparado a la vida nacida nada obsta, en principio, a que el Estado utilice el Derecho penal en la protección de este bien jurídico suponiendo que cumple con la exigencia de efectividad.

¿Pero de la legitimidad de intervención del Derecho penal en esta materia, se puede deducir, también, una obligación del Estado a establecer una protección penal? Como nos indica la teoría de la obligación de protección, el legislador dispone de un margen de discrecionalidad a la hora de elegir los medios de protección, si se ofrecen varios siempre que sean igualmente eficaces, es decir, que cumplan con el mandato de protección mínima y no sean contrarios a la Constitución. Podemos afirmar que, en principio, el legislador no está obligado a proteger el bien jurídico vida no nacida penalmente. Pero hemos visto que la doctrina afirma que, en el caso de que la amenaza penal sea el único medio eficaz para proteger a este bien jurídico, el legislador se encuentra obligado a utilizar la amenaza penal para proporcionarle al bien jurídico en cuestión la protección mínima (118). Para decidir sobre la necesidad de protección penal hay que analizar si el derecho penal es la única medida suficientemente eficaz en la protección del bien jurídico vida no nacida. Antes de analizar esta cuestión hay que hacer referencia a tres datos muy importantes a tener en cuenta a la hora de enjuiciar la criminalización del aborto.

En primer lugar, muchas veces la mayor efectividad del derecho penal frente a medidas extrapenales no es empíricamente comprobable y las decisiones del legislador se tienen basar en pronósticos. Para la solución de estos casos, el legislador debe seguir el principio de *in dubio pro libertate*, es decir, que tiene que prescindir de la penalización de la conducta si no queda comprobado que es indispensable. Pero en el caso del aborto el *BVerfGE* (119) invierte la carga de la prueba cuando se trata de bienes jurídicos fundamentales como la vida, exigiendo del legislador que pruebe con certeza que la medida extrapenal será suficientemente eficaz, es decir, que se rige por el principio de la preponderancia de la idea de protección. De acuerdo con esta idea el legislador *tiene* que utilizar el derecho penal para la protección del bien jurídico en cuestión si no se puede predecir con certeza la eficacia de la medida alternativa (120).

Otro dato a tener en cuenta, muy relacionado con el anterior, es que nos encontramos con una penalización ya existente. MÜLLER-DIETZ (121) afirma que en el caso de una despenalización hay que darle preponderancia a la idea de la protección frente a la garantía de libertad porque una despenalización, en el intento de preponderar la garantía de libertad (elección por el Estado de medida menos lesiva para el destinatario de la

(118) KLEIN, *op. cit.*, p. 1637.

(119) *BVerfGE* 50,290,333.

(120) KLEIN, *op. cit.*, pp. 1637 y ss.; Voß, *Symbolische Gesetzgebung: Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach am Main 1989, pp. 168 y ss.

(121) MÜLLER-DIETZ, *Strafe und Staat*, Frankfurt 1973, pp. 50 y ss.

norma), puede provocar *la apariencia de total permisión* que vulnera la garantía real de protección. Solamente cuando la medida penal resulta evidentemente ineficaz el legislador tiene que buscar una alternativa.

Por último, hay que hacer referencia a que siempre se trata de un conjunto de medidas, es decir, que la medida penal no suele estar aislada.

Resumiendo podemos afirmar que la obligación con fundamento en la idea del contrato social obliga al Estado a proteger la vida no nacida.

El legislador es libre a la hora de elegir las medidas para proporcionar la protección al bien jurídico en cuestión. Pero tiene que respetar siempre los límites que le impone el principio de protección mínima y el principio de mínima lesividad. Es decir, que tiene que buscar el equilibrio justo entre el principio de protección y el principio de libertad.

En el caso del aborto tenemos que tener en cuenta que se trata de un bien jurídico fundamental y que su afección supone su destrucción. Además nos encontramos con una penalización existente. Por todo esto prevalece la idea de la protección.

Pero el Estado no puede penalizar una conducta si su intervención no es eficaz. Para enjuiciar la aplicación del derecho penal en materia de aborto hay que analizar su eficacia. Caso de ser ineficaz el legislador se encontraría obligado a buscar alternativas. Pero estas alternativas tienen que cumplir con el principio de protección mínima.

III.3. La prohibición del aborto en el Derecho penal

El Tribunal considera que el aborto no indicado tiene que estar prohibido durante todo el embarazo, tanto para la embarazada como para otros terceros. Para el *BVerfG*, el aborto consentido no asesorado se encuentra prohibido por el derecho penal, mientras que el aborto consentido tras previo asesoramiento ya no se encuentra dentro del tipo penal, sino que lo prohíbe el resto del ordenamiento jurídico. Alega el Tribunal que la prohibición del aborto no indicado durante todo el embarazo, es necesaria para cumplir con el principio de protección mínima. Para ver si el *BVerfG* cumple con este requisito en la regulación que propone, nos dedicaremos a estudiar las excepciones a esta prohibición y el alcance de la prohibición que mantiene. Para determinar el alcance, será de suma importancia examinar cómo y dónde establece el Tribunal esta prohibición y las consecuencias jurídicas que tiene su incumplimiento. Además, hay que estudiar si realmente se da el efecto preventivo general que el Tribunal le adscribe a la prohibición del aborto.

III.3.I. *Las excepciones a la prohibición general: los abortos indicados*

Desde siempre los abortos indicados han sido una excepción a la prohibición general del aborto. De la misma forma que en la sentencia

de 1975, el *BVerfG* reconoce la posibilidad de establecer las indicaciones médica, eugenésica, ética y social (122). Para la indicación eugenésica exige el *BVerfG* una redacción más detallada de los supuestos indicados, ya que esta indicación se ha ampliado en Alemania en los últimos años (123). Para la posible indicación social exige que de la descripción legal de los presupuestos se pueda deducir un conflicto, que de acuerdo con el criterio de inexigibilidad, sea de la misma gravedad que los conflictos que dan lugar a las demás indicaciones. En sus afirmaciones, el *BVerfG* no se aparta de la sentencia de 1975, aunque la legislación promulgada tras la sentencia no cumplió con rigor los mandatos establecidos por el *BVerfG* (124).

A diferencia de la sentencia de 1975, el *BVerfG* aclara la naturaleza jurídica de las indicaciones. El *BVerfG*, a través de un juicio de inexigibilidad, llega a la conclusión que las indicaciones tienen carácter justificante. El *BVerfG* dice que existen situaciones en las cuales el ordenamiento jurídico estatal no le puede exigir a la mujer que de preferencia a los derechos del *nasciturus*. Vemos que el Tribunal habla del ordenamiento jurídico estatal y no solamente de derecho penal, es decir, que se suspende la obligación de la embarazada de continuar con el embarazo y no habla de que no se puede exigir el cumplimiento de esta obligación bajo amenaza penal (125).

En 1975 el *BVerfG* utilizó el criterio de la inexigibilidad de la continuación del embarazo con vaguedad y confusión, por eso vamos a exponer en un primer lugar el significado que da el *BVerfG* al principio de inexigibilidad en el tema de aborto a través de las aclaraciones de CLASSEN. Este autor (126) analizando tal criterio justifica su aplicación, de la misma forma que lo hace el *BVerfG* en 1993, por la relación tan particular entre *nasciturus* y la embarazada y distingue dos «planos de examen

(122) *BVerfGE* 93, JZ 93, p. 17.

(123) PLUISCH. *Der Schwangerschaftsabbruch aus kindlicher Indikation im Spannungsfeld der pränatalen Diagnostik*, Berlin/Heidelberg/New York 1992. También se puede deducir de los ejemplos citados por v. SCHLEIERMACHER, *Beginn des menschlichen Lebens*, en VOSS, Voss, Rüdiger, HOFFACKER, Paul, (ed.) «*Chance für das ungeborene Leben*» Köln 1988, p. 39, en el cual se cita el caso del reconocimiento de una indicación eugenésica porque el *nasciturus* padecería de una enfermedad hereditaria que provoca quistes en el riñón posiblemente a partir de los 20 años de edad.

(124) Este hecho llevó al Gobierno de Baviera a interponer un recurso de inconstitucionalidad recurriendo la redacción excesivamente amplia de la indicación social y la excusa absolutoria para la embarazada tras previo asesoramiento sin la concurrencia de una indicación. Fueron justamente aquellas las razones que llevaron a parte de la doctrina a calificar la legislación en materia de aborto como una *solución de plazos camuflada* (*verkappte Fristenlösung*); así, CLASSEN, *op. cit.*, p. 218; Beulke, *op. cit.*, 602; SCHREIBER, *Der Spielraum des Gesetzgebers bei der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs*, *FamRZ*, p. 673; SCHMITT, *op. cit.*, pp. 595 y ss.; y LACKENER, *Die Neuregelung NJW* 1976, p. 1243.

(125) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 18.

(126) CLASSEN, *op. cit.*, pp. 214 y ss.

de la proporcionalidad» que debe hacer el legislador. En primer lugar, hay que preguntarse bajo qué presupuestos se puede exigir a la embarazada que continúe con el embarazo. En los supuestos en los cuales no se le puede exigir a la embarazada que lleve a término su embarazo, los derechos de la embarazada prevalecen frente a los derechos del *nasciturus*, es decir, que su conducta está justificada. Para CLASSEN esta inexigibilidad se da sin ninguna dificultad en la indicación médica y en la indicación ética. Más dudosa resulta su aceptación para la indicación eugenésica y la indicación social, pero considera el autor que si puede haber un solo caso de esta envergadura hay que reconocer el carácter justificante de tales indicaciones (127). Aquí el examen de proporcionalidad gravita en la ponderación de los intereses de la embarazada y del *nasciturus*. En segundo lugar, en relación con los casos en los cuales le es exigible a la embarazada la continuación del embarazo hay que examinar con qué medidas hay que imponer esta obligación a la embarazada. Es decir, si la prohibición general del aborto hay que articularla en el Derecho penal o se puede hacer fuera de él. Esto quiere decir que el examen de proporcionalidad se da en la ponderación de las medidas para hacer frente a la prohibición. Referente a la sentencia del *BVerfG* de 1975 el autor afirma que el Tribunal no determina con la suficiente claridad en qué plano se encuentran las indicaciones. Esta falta de claridad del *BVerfG* llevó a intensas discusiones en la doctrina.

III.3.I.a. *La naturaleza jurídica de las indicaciones*

Antes de examinar cuál es la naturaleza jurídica de las indicaciones nos interesa cuáles son las consecuencias jurídicas que conlleva una y otra solución.

La calificación por parte de la doctrina de las indicaciones va desde una causa de justificación a una excusa absolutoria. Es decir, que lo incluyen o en el plano de la antijuridicidad, en el de la culpabilidad o en el de la punibilidad.

Como consecuencias de la indicación considerada causa de justificación nos encontramos en primer lugar con la imposibilidad de que un tercero le preste auxilio. Nadie podrá impedir que se realice un aborto indicado. Además será válido el contrato celebrado con el médico que versa sobre la interrupción del embarazo. Cabría la cobertura de los gastos ocasionados por la Seguridad Social (128) y se consideraría enfer-

(127) CLASSEN cita el caso de la embarazada que daría a luz a un niño con una mínima probabilidad de sobrevivir para la indicación eugenésica y afirma que hay supuestos imaginables para la indicación social que tuvieran tal envergadura aunque no cita ningún ejemplo (CLASSEN, *op. cit.*, pp. 217 y ss).

(128) Pone en duda que la justificación del aborto conlleva su cobertura por la Seguridad Social: ISENSEE, *Abtreibung als Leistungstatbestand*, *op.cit.*, p. 1654.

medad no provocada, dando derecho a la percepción del salario durante la baja ocasionada por el aborto.

Si se califica la indicación como causa de exculpación o como excusa absolutoria si cabría el auxilio a terceros, es decir que un tercero puede impedir el acceso de la embarazada a una clínica abortiva y podría hasta matar al médico si fuera la única medida eficaz para impedir el aborto porque el médico actuaría antijurídicamente, aunque quedaría exculpado de la misma forma que la embarazada por mandato de la Ley (129). El padre, como garante de la vida del *nasciturus*, está obligado a prestar este auxilio y caso contrario sería responsable de un delito de comisión por omisión. Terceros podrían responder en su caso por un delito de omisión del deber de socorro (130). El contrato con el médico no sería válido, no se cubrirían por la Seguridad Social los gastos ocasionados y la embarazada no tuviera derecho al salario durante la baja.

Las diferentes consecuencias jurídicas nos muestran la importancia fundamental de la calificación jurídica de las indicaciones.

Una vez expuesto, a través de la posición de CLASSEN, el criterio de la inexigibilidad utilizado por el *BVerfG* en ambas sentencias y las consecuencias de la calificación jurídica, vamos a analizar la postura de la doctrina penal en el tema de la naturaleza de las indicaciones, puesto que ni el legislador, al utilizar la terminología de «no serán punibles...» (§218a StGB), ni el *BVerfG* en sentencia de 25 de febrero de 1975, se pronuncian claramente sobre este tema. En esta discusión, subyace en todo momento el valor que el *BVerfG* le da a la vida no nacida como punto de partida para la calificación jurídica de las indicaciones. En la práctica fueron tratadas, salvo contadas excepciones (131), como causas de justificación.

III.3.I.a i. LAS INDICACIONES COMO CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Por una parte, nos encontramos con los autores (132) que afirman que todas las indicaciones son causas de justificación. Estos autores

(129) TRÖNDLE, en: DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 42.^a ed., Rdnr. 9e vor ss. 218.

(130) La responsabilidad por omisión ha sido advertida por BELLING (BELLING, *op. cit.*, p. 144) y por GRITSCHNEDER, «nicht strafbar» = «nicht rechtswidrig»?., *MedR* 1984, p. 100.

(131) Bayrisches Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Estado Federado de Baviera) Notlagenindikation als Schuldausschließungsgrund, *NSiZ* 1990, pp. 389 y ss. El Tribunal Superior del Estado Federado de Baviera califica, en sentencia de 26.4.1990, de causa de inimputabilidad a la indicación social. La sentencia ha sido criticada por ESER, porque la argumentación que hace el Tribunal indica una causa de exculpación, ya que no hay causas de inimputabilidad ni ningún error de prohibición. ESER, Zur Rechtsnatur der «Allgemeinen Notlagenindikation» zum Schwangerschaftsabbruch, en ESER/KOCH, *Schwangerschaftsabbruch: auf dem Weg zu einer Neuregelung*, Baden-Baden 1992, pp. 54 y ss.

(132) JÄHNKE, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10.^a ed., Berlin/New York 1989, vor §218 Rdnr. 22; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 41.^a

suelen hacer un análisis de la legislación vigente (hasta 1993) y llegan a la conclusión de que el legislador ha querido establecer unas causas de justificación y que con ello no ha salido del ámbito marcado por el *BVerfG* en su sentencia de 1975. La mayoría de estos autores, basan su argumentación en la inadmisibilidad de las consecuencias que conllevaría una calificación de antijuridicidad, consecuencias que el legislador nunca hubiera querido y que hemos apuntado al principio de este apartado.

El ejemplo que demuestra con más claridad esta insostenibilidad es justamente el caso de la indicación vital. Nos tenemos que imaginar el marido que obliga a la embarazada a sacrificarse por el *nasciturus*. BELLING (133) argumenta en este contexto que en la sociedad actual no hay persona dispuesta a prestar el auxilio a terceros y que caso de haberlos los hospitales disponen de la seguridad suficiente para impedir el paso a los quirófanos, argumentación rechazada por GROPP (134) con buen criterio, ya que el derecho tiene que dar respuestas satisfactorias también a estas situaciones y no puede confiar en que no se produzcan.

La argumentación de los autores que afirman el carácter justificante de las indicaciones convence en el plano en el que se mueven, es decir, en relación con la ratio del legislador de establecer unas causas de justificación. Si el legislador hubiera querido limitarse a establecer unas causas de exculpación nos encontraríamos que, siendo las indicaciones Ley especial, impidiendo así la aplicación del estado de necesidad exculpante genérico, si un tercero no médico practica un aborto en el caso de la indicación médica no se encontraría exculpado al faltar un requisito del §218a y tampoco se podría aplicar el § 34 (estado de necesidad exculpante). Queda claro que el legislador no ha querido endurecer el sistema sino liberalizarlo (135). Se hecha en falta en este tipo de argumentaciones un análisis de la viabilidad constitucional de esta solución ya que se suelen fundamentar en una interpretación de la sentencia del *BVerfG* de 1975 y no en la Constitución misma como lo hace por ejemplo BELLING.

III.3.I.a.ii LAS INDICACIONES COMO CAUSAS DE EXCULPACIÓN O EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Por otro lado nos encontramos a los autores (136) que consideran que, siguiendo la dogmática en materia de causa de justificación, resulta

ed., §218a Rdnr.9; LAUFHAÜTTE/WILKITSKI, Zur Reform der Strafvorschriften über den Schwangerschaftsabbruch, JZ 1976, p. 330; ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.ª ed. München 1991, § 218a Rdnr.5.

(133) BELLING, *Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218a haltbar?*, Berlin New York 1987, pp. 104 y 144.

(134) GROPP, § 218a StGB als Rechtfertigungsgrund: Grundfragen zum rechtmässigen Schwangerschaftsabbruch, GA 1988, p. 11.

(135) GROPP, *op. cit.*, p. 13.

(136) BELLING, *op. cit.*, pp. 44 y ss.; TRÖNDLE, Die «Soziale Indikation»-Rechtfertigungsgrund?, Jura 1987, pp. 60 y ss.; GEIGER, Die Rechtswidrigkeit des Schwangerschafts-

insostenible establecer causas de justificación si se parte de la concepción de la igualdad de valor entre la vida nacida y la vida no nacida. Parten de la idea de la ponderación de intereses y de que solamente es posible justificar una conducta si el interés salvado supera esencialmente el interés sacrificado (criterio establecido en el StGB en su § 34 para el estado de necesidad justificante). Aunque el Reichsgericht en 1927 (RGSt 61,242) establecía, que en el caso de una colisión entre la vida del *nasciturus* y la vida o la salud de la embarazada, mediante una ponderación de bienes, tendrían preferencia los derechos de la embarazada, tal razonamiento no nos puede servir de base. En la citada sentencia, el Reichsgericht medía el valor de los bienes jurídicos de acuerdo con la pena prevista para el caso de su afeción (137). Además, ya LENCKNER (138) resaltó que no es posible basar las causas de justificación en una simple ponderación de bienes jurídicos sino que se hace necesario una ponderación de intereses. Siguiendo la teoría de la ponderación de intereses (139), el autor que con más detenimiento se ha ocupado de este tema ha sido BELLING.

En un estudio que analiza la naturaleza jurídica de las indicaciones, tanto desde la perspectiva del Derecho constitucional como del Derecho penal, el autor afirma que solamente podrá ser justificado el aborto realizado bajo los presupuestos de la indicación doblemente vital. Se refiere con la indicación doblemente vital al caso en el cual, si no se realiza el aborto, mueren tanto la embarazada como el *nasciturus*. BELLING justifica su posición alegando que en este caso el que interrumpe el embarazo no determina el destino del *nasciturus* destinado a morir de todas formas (140). Esta argumentación ha sido criticada por GROPP (141) ya que en

sabbruchs, *FamRZ* 1986, pp. 1 y ss.; KLUTH, Das Grundrecht auf Leben und die «ratio» des Gesetzgebers, *GA* 1988, p. 547; ESSER, Die Rechtswidrigkeit des Aborts, *MedR*, 1983, pp. 57 y ss.

(137) La distinta amenaza penal del delito de aborto y del delito de homicidio y de las lesiones se basa más bien en las circunstancias peculiares que llevaban a la mujer a abortar ya que históricamente el derecho penal alemán reconocía expresamente la igualdad de valor entre el bien jurídico vida no nacida y vida nacida (Allgemeines Landrecht pár. 10,I, 1) Citado en el libro de BELLING a través de WAIDER, *Die «Rechtswidrigkeit» des artifiziiellen Aborte und der Perforation im medizinisch indizierten Fällen, zugleich ein Beitrag zur Methodologie des Naturrechts*, KÖLN, 1951, p. 319.

(138) LENCKNER, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, *GA* 1985, p. 301.

(139) LENCKNER considera que una causa de justificación no se puede verificar simplemente a través de la valoración de los bienes jurídicos en juego sino que el valor de los bienes jurídicos solamente tiene carácter indicativo. Hay según él más intereses que entran en juego a la hora de valorar una conducta. Nos da el ejemplo del médico que le estirpa contra su voluntad a una persona su riñón para salvar la vida de otra. De acuerdo con la ponderación de bienes jurídicos nos podríamos encontrar ante una situación justificante pero hay que tener en cuenta intereses generales como la libertad y la seguridad del ciudadano. LENCKNER, *op. cit.*, pp. 299 y ss.

(140) BELLING, *op. cit.*, p. 135.

(141) GROPP, § 218a als Rechtfertigungsgrund: Grundfragen zum rechtmässigen Schwangerschaftsabbruch, *GA* 1988, pp. 8 y ss.

el estado de necesidad agresivo el ordenamiento no justifica en ningún momento la muerte de una persona. ESSER (142) considera por su parte que tampoco en el caso de la indicación doblemente vital se encuentra justificada la interrupción.

Para el caso de la indicación vital simple BELLING afirma que, tratándose de una colisión entre dos bienes jurídicos de igual valor, la conducta que lesiona uno de los bienes jurídicos para salvar al otro solamente puede ser exculpada (144). De todas formas, la idea de la ponderación de intereses no es aplicable al conflicto entre dos vidas ya que se trata de un valor absoluto (145), es decir, nunca puede ser justificante.

Hay autores (146) que alegan intereses en este conflicto tales como el mayor interés de la embarazada en la sociedad o el mayor dolor que provoca la muerte de la madre en su entorno social que el que provoca la muerte del *nasciturus*. Estos intereses no son admitidos por BELLING en la ponderación afirmando que estos autores no le dan el mismo valor a la vida nacida que a la vida no nacida, aunque no lo admitan claramente (147).

Para las demás indicaciones, a excepción de la vital, la fundamentación de una causa de justificación se hace aún más insostenible. Aunque tengamos en cuenta la incidencia del nacimiento de un niño fruto de una violación o gravemente malformado en la vida de la mujer, si ponderamos los intereses y tenemos presente en cada momento que la vida del *nasciturus* tiene el mismo valor que la vida nacida no se puede afirmar que los intereses de la embarazada tengan mayor valor que la vida del *nasciturus*. Hay que tener en cuenta también que los bienes jurídicos de la embarazada pueden ser limitados mientras que el derecho a la vida del *nasciturus* o se respeta o se destruye. En relación con las demás indicaciones, BELLING afirma que entra en juego el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art.21 de la Ley Fundamental. Pero según BELLING (148) este derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra limitado por los derechos de los demás. Quiere decir el autor, con ello, que la limitación del derecho de la madre en su libre desarrollo no tiene su fundamento en una colisión de derechos fundamentales sino

(142) ESSER, *Die Rechtswidrigkeit des Aborts*, *MedR*, 1983, p. 59.

(143) Se refiere al caso en el cual solamente puede o sobrevivir la madre o sobrevivir el *nasciturus*.

(144) BELLING, *op. cit.*, p. 128.

(145) LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.^a ed., § 34 Rdnr. 23/124.

(146) BOCKELMANN, *Das Problem der Zulässigkeit von Schwangerschaftsunterbrechungen*, en *Universitätstage* 1964, Berlin 1964, pp. 211 y ss.; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen 1965, p. 267.

(147) Para ello alega el ejemplo de la colisión entre la vida de un recién nacido y la vida de la embarazada, diciendo que en este supuesto nadie justificaría el sacrificio de la vida del recién nacido para salvar la vida de la embarazada. BELLING, *op. cit.*, p. 119.

(148) BELLING, *op. cit.*, p. 77.

en una interpretación del ámbito de protección de una libertad de actuación, que ya previamente ha sido concedida con reserva de los derechos de los demás (149). Es decir, que solamente sería posible establecer una excusa absoluta en estos casos.

En resumen para BELLING solamente la indicación médica (a excepción de la doblemente vital de naturaleza justificante) puede considerarse, como causa de exculpación, quedando para las demás indicaciones, simplemente, la posibilidad de excluir la punibilidad.

Otros autores no han sido tan radicales y han admitido que la indicación médica (referido a los supuestos en los que está en peligro la vida de la madre) y la indicación ética, también constituyen causas de justificación ya que supone un ataque a la dignidad humana de la embarazada (150).

En resumen hay que hacer constar que aunque estos autores siguen fielmente la dogmática penal sus conclusiones no son satisfactorios en el plano práctico. Como ya hemos afirmado, las consecuencias a que lleva la calificación tanto de causa de exculpación como de excusa absoluta son insostenibles dentro de la sociedad. Nadie puede obligar a la embarazada a que se sacrifique por el niño. Pero no es por razones de aplicar la dogmática penal sino, a nuestro juicio por el punto de partida. Ya hemos hecho referencia con anterioridad a que la interpretación del TC y de la mayoría de la doctrina referente al valor de la vida no nacida no se corresponde con la reinante en la sociedad actual.

En este contexto, resulta interesante pero no satisfactorio el paso que da GROPP para resolver este dilema en el ámbito de la indicación médica. Advirtiendo las deficiencias de ambas posturas radicales, el autor afirma que la elección entre una u otra naturaleza de la indicación, es la elección entre dos males y que por eso hay que decidirse por el mal menor. El mal menor es para este autor el reconocimiento de la existencia de unas causas de justificación.

De acuerdo con la dogmática penal es imposible que el legislador cree unas causas de justificación en los conflictos que pueden surgir a raíz de un embarazo. Esta conclusión que para algunos autores es una conclusión final (151) para GROPP es solamente una conclusión provisional. Afirma que el § 218a referente a la indicación vital hay que entenderlo como una causa de justificación. Esta interpretación la basa en la ratio del legislador. Esto significa una ruptura con el principio de la inviolabilidad de la vida inocente (152). Esta ruptura, según el autor, es

(149) Por su parte ISENSEE, considera que solamente en los casos no indicados se trata de una limitación interpretativa del derecho al libre desarrollo de la embarazada. ISENSEE, *Abtreibung als Leistungstatbestand...*, *op. cit.*, p. 1646.

(150) Así BRIEBMANN, *op. cit.*, p. 399. Este autor no especifica como llega a esta conclusión sino que afirma que se trata de una decisión del legislador constitucionalmente tolerable ya que se puede apreciar analogías con las causas de justificación.

(151) BELLING, *op. cit.*, p.142, ESSER, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

(152) ROXIN, *Notstandsähnliche Lage - ein Rechtfertigungsgrund?*, en HERZBERG (ed.), *Festschrift für Oehler*, KÖLN, Berlin, Bonn, München, 1985, p. 187. Referente al

el precio que hay que pagar para la solución de causa de justificación y justifica la ruptura porque aunque ambos bienes jurídicos son igualmente dignos de protección uno de ellos, la vida no nacida, resulta más difícil de proteger. Por esta dificultad, el legislador puede llevar a cabo una decisión de preferencia (*Vorzugsentscheidung*) y, a raíz de esta decisión de preferencia, permitir la intervención (*Eingriffsgestattung*) en el bien jurídico al que no ha dado la preferencia en atención a la dificultad de su protección, y esto es lo que hace cuando establece las indicaciones (153).

Sin embargo, la fundamentación constitucional de su solución es bastante pobre, ya que remite al reconocimiento casi unánime de la indicación vital como causa de justificación por la doctrina constitucional (154) lo cual supone el reconocimiento de la posibilidad del legislador de tomar una decisión de preferencia y permitir la intervención. No creemos que la dificultad de protección pueda autorizar al legislador a abandonar esta protección sino que tiene que buscar medidas eficientes o por lo menos las más eficientes. Pero GROPP se limita en su argumentación a los casos médicamente indicados.

III.3.I.a.iii SOLUCIONES INTERMEDIAS

Buscando una solución para todas las indicaciones entre las dos posturas anteriormente apuntadas, se encuentran intentos de compensar las deficiencias de éstas, como el de GÜNTHER que crea una categoría nueva como la del las «echte Strafunrechtsausschließungsgründe» (causas de exclusión del injusto propias) (155). Frente a las «unechte Strafunrechtsausschließungsgründe» (causas de exclusión del injusto impropias) las anteriores solamente suponen una justificación en el ordenamiento jurídico penal en el cual tiene su origen ya que por una disminución del contenido del injusto desaparece el merecimiento de pena. No tiene carácter justificante en todo el ordenamiento jurídico. Aunque se trata de actos no antijurídicos siguen siendo ilícitos. Por ello cabe la legítima defensa ya que la falta de merecimiento de pena no obliga a la víctima a tolerar la intromisión (injerencia) en sus derechos. De acuerdo con esta posición en el aborto socialmente indicado (156) tendría que haber la legítima defensa.

estado de necesidad afirma que nadie puede matar con dolo directo a una persona inocente que no ha contribuido a la creación del estado de necesidad.

(153) GROPP, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

(154) GROPP cita en este contexto DÜRING en MAUNZ/DÜRING/HERZOG/SCHOLZ, *Grundgesetz Kommentar* 1985, art. 2II, Rdnr. 23; PHILIPP, *Abtreibung als öffentlich-rechtliche Kassenleistung - Eine zentrale Frage des Rechtsstaates*, Jura 1987, p. 90; STÜRNER, *Schadensersatz für missglückte Abtreibung - ein Problem der Schadenszurechnung*, JZ 1986, p. 123; STÜRNER, *Das nicht abgetriebene Wunschkind als Schaden*, FamRZ 1985, p. 754. (GROPP, *op. cit.*, p. 12).

(155) GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln 1983, p. 384.

(156) La indicación social para GÜNTHER entra dentro de las causas impropias de exclusión del injusto (GÜNTHER, *op. cit.*, p. 314).

Pero como a GÜNTHER no le parece una solución satisfactoria advierte que, en estos casos, el Estado tolera expresamente los ataques a la vida en formación y le niega así a la vida en formación conscientemente no solamente la protección penal sino la protección jurídica en general. Es decir, que tiene carácter justificante a nivel del ordenamiento jurídico en su totalidad con las consecuencias que tienen todas las causas de justificación. Con razón advierten LENCKNER (157) y BELLING (158) que no hay diferencia con las causas de justificación tradicionales, salvo que se denomina de forma distinta. Con todo ello vemos que no aporta una solución nueva al problema de la naturaleza jurídica de las indicaciones.

Otros autores como KAUFMANN (158) optan por un ámbito libre de Derecho (160) que critica el binomio antijurídico-justificado y quiere crear una figura intermedia dentro de la antijuridicidad a la que llaman «unverboten» (no prohibido). Esta calificación sería aplicable a los casos en los cuales el legislador no puede prescribir una conducta y tiene que dejar la decisión a cargo del autor (161). Se trata de la colisión de bienes e intereses que no pueden ser ponderados (162).

No quiere que el legislador prescriba en estas situaciones una determinada conducta y tampoco quiere que se califique la conducta realizada como justificada. El legislador debe abstenerse de calificar estas conductas.

La argumentación de KAUFMANN es aplicable a los supuestos de la indicación médica porque realmente resulta imposible ponderar una vida con otra. Pero no justifica a nuestro juicio de forma suficiente su aplicación a las demás indicaciones. Indicio de ello es que cuando KAUFMANN habla de las demás indicaciones advierte que en estos casos la mujer tiene en principio una salida a su problema pero se pregunta el autor si el legislador puede exigir este heroísmo bajo amenaza penal (163). Parece que hace referencia a la culpabilidad. Creemos que no distingue entre la imposibilidad (indicación médica estricta) y la inconveniencia de resolver los conflictos de un embarazo no deseado (las demás indicaciones) por el derecho penal.

Al ser en este tema la cuestión más importante la de las consecuencias jurídicas de un aborto realizado a raíz de una indicación veremos

(157) LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22.^a ed. München 1985, vor § 32 Rdnr.8.

(158) BELLING, *op. cit.*, p. 96.

(159) KAUFMANN, Arthur, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmäßig oder was?* JZ 1992, p. 983.

(160) Se trata más bien de la creación de un ámbito libre de aprobación o desaprobación de la conducta por el Derecho (GROPP, *op. cit.*, p. 27).

(161) Hace referencia al caso del médico que solamente puede atender a un paciente estando los dos necesitados de ayuda.

(162) En relación con el aborto: KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, en SCHRÖDER/ZIPF (ed.) *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe 1972, p. 341.

(163) KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum*, *op. cit.*, p. 340.

que solución da KAUFMANN. La primera vez que el autor expone su teoría en 1972 (164) afirma que se podría eliminar el auxilio de terceros pero no la legítima defensa. El autor advierte que no es una solución ideal. A nuestro juicio, se trata de una violación del principio de igualdad ya que discrimina a los que no pueden ayudarse por sí mismos. Al *nasciturus* no le sirve de nada la legítima defensa. Retomando su teoría a raíz de la nueva *Ley de Ayuda para la Familia y la Embarazada* de 1992 no especifica bien cuáles serán las consecuencias afirmando que en caso de duda, hay que tratarlo como una causa de justificación (165).

Prescindiendo de un análisis exhaustivo de tales teorías creemos que aquí los autores quieren darle una solución lingüística al problema de las indicaciones. Las consecuencias jurídico-penales son las mismas para el *nasciturus*, aunque la calificación jurídica pretende indicar un tratamiento distinto. El dilema en el cual se encuentran lo quieren solucionar advirtiendo que la conducta no es deseada, pero que no sea deseada lo expresan con conceptos (causas de exclusión del injusto propias, no prohibido) que no creemos que sean entendibles por los destinatarios de la norma (166) y al *nasciturus* le privan de la consecuencia más importante del juicio de antijuridicidad, el auxilio de terceros. En el plano preventivo general el cambio de vocabulario supone añadir una dificultad más a la ya difícil interpretación de la regulación legal del aborto. Además, resulta dudoso que, en un tema tan importante como es el derecho a la vida, el Estado pueda crear un ámbito libre de Derecho ya que, como dice BELLING (167), la consecuencia de un aborto es la muerte de un ser humano.

III.3.I.a.iv. LA POSICIÓN DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

Como hemos visto, se trata de un problema no resuelto satisfactoriamente por la doctrina. Sobre todo en los últimos años, se habían intensificado las críticas frente a la justificación de los abortos indicados. A pesar de estas críticas, el *BVerfG* opta por mantener la justificación de tales conductas ya que habla de que pueden existir situaciones en las cuales el *ordenamiento jurídico estatal* no le puede exigir a la embarazada que de preferencia a la vida del *nasciturus* (168). El Tribunal hace referencia a la totalidad del ordenamiento jurídico con lo cual hay que interpretarlo como una causa de justificación. Esto quiere decir que no hay una obligación de continuar el embarazo lo cual se manifiesta en un limitación de la prohibición general del aborto. Pero hay que resaltar

(164) KAUFMANN, Arthur, *Rechtsfreier Raum...*, op. cit., p. 342.

(165) KAUFMANN, Arthur, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch...*, op. cit., p. 985.

(166) Dificultad que advierte KAUFMANN (KAUFMANN, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch...*, op. cit., p. 985).

(167) BELLING, op. cit., p. 44.

(168) *BVerfGE* 1993, *JZ* 93, p. 17.

que se trata de una calificación que dogmáticamente no es sostenible. La conducta de abortar solamente puede estar justificada si de una ponderación de intereses los intereses de la embarazada resultan más importantes. Existe así una incongruencia entre los presupuestos que establece el *BVerfG* (valor de la vida nacida) y la regulación legal del aborto. Esta incongruencia se muestra en la sentencia en la afirmación del valor absoluto de la vida no nacida y la justificación de su destrucción en casos en los cuales la embarazada no puede alegar derechos fundamentales que sean de rango superior a la vida del *nasciturus*. Puede deberse tal discrepancia, en un primer lugar, a una interpretación de la Constitución que no se encuentra compartida por el destinatario de la norma. Esta interpretación lleva a que, sobre todo en la indicación vital, se llegue a consecuencias insostenibles si se determina la naturaleza jurídica de los abortos indicados de acuerdo con la dogmática penal.

Ha sido BRUGGER (169) el que ha advertido esta incongruencia. Habla de los principios generales que se inspiran en principios morales, pero cuando estos principios generales se tienen que aplicar al caso concreto de una situación que indica un aborto, el *BVerfG* propone soluciones de acuerdo con las necesidades concretas. Se produce entonces una ruptura con los principios generales ya que si la vida es un valor absoluto no se puede hacer la ponderación entre los intereses de la embarazada y el derecho a la vida del *nasciturus* llegando a la conclusión que son los intereses de la embarazada los que prevalecen.

El dilema del legislador y en este caso del TC es que la dogmática penal no permite crear una causa de justificación cuando colisionan dos valores de la misma envergadura y mucho menos cuando el valor sacrificado es superior al valor que se pretende salvar.

De la misma forma hay que reconocer que una interpretación de las indicaciones como causas de exculpación o excusa absolutoria en la práctica no es viable por que supondría que el padre le podría obligar a la embarazada a que tuviera al niño sacrificando su vida.

Un primer paso para paliar esta contradicción sería una interpretación del valor de la vida no nacida de acuerdo con la valoración que hace de la misma el destinatario de la norma. Queda comprobado que la mayoría de éstos no le da el mismo valor a la vida nacida que a la no nacida. Así por lo menos en algunas indicaciones se podría llegar a la conclusión de que se trata de una causa de justificación. La determinación de hasta qué punto todo tipo de aborto indicado pueda ser considerado como justificado depende del valor que haya que darle a la vida no nacida.

Pero el legislador en la *Ley de Ayuda para la Embarazada y a la Familia* califica de no antijurídicas todas las interrupciones consentidas realizadas por un médico tras previo asesoramiento de la embarazada.

(169) BRUGGER, Abtreibung - ein Grundrecht oder ein Verbrechen, *NJW* 1986, p. 896.

Si hasta ahora hemos hecho referencia a una ponderación de intereses, nos tenemos que preguntar cómo se puede justificar una conducta sin ponderación de intereses. Aunque el legislador hace referencia a una situación de necesidad, esta no tiene que darse necesariamente. Otro dato a tener en cuenta es que si se considera que de forma general la autodeterminación de la embarazada tuviera más valor que la vida del *nasciturus* no sería posible prohibir el aborto consentido en el ordenamiento jurídico en general. Es decir, que solamente sería posible prohibir el aborto no consentido y en su caso el aborto llevado a cabo una vez pasadas las primeras 12 semanas de embarazo porque después de las primeras doce semanas se considera generalmente que la vida no nacido tiene un valor superior al de la autodeterminación de la embarazada.

Ello nos lleva al estudio de la regulación de los abortos consentidos no indicados.

Los abortos no indicados

Dentro de los abortos no indicados, el Tribunal, y de la misma forma que lo había hecho el legislador, distingue entre los abortos sin previo asesoramiento y los abortos realizados tras previo asesoramiento. Los primeros son punibles y los segundos no son punibles. En primer lugar, nos ocuparemos brevemente de los abortos sin previo asesoramiento para determinar en qué medida el Tribunal quiere establecer aquí una prohibición del aborto consentido.

El contenido del aborto punible

El derecho penal solamente prohíbe durante las primeras 12 semanas los abortos no consentidos y los abortos consentidos sin previo asesoramiento. El castigo de los abortos no indicados ética y médicamente, una vez pasadas las primeras doce semanas, no se pone en duda, porque una vez pasado este plazo de los tres meses se considera que la vida del *nasciturus* es un valor superior al de la autodeterminación de la embarazada. En relación con los abortos no consentidos, no nos encontramos ante una colisión de intereses, sino frente a la afeción de dos bienes jurídicos. Todo ello quiere decir que no se trata de casos conflictivos dentro de la regulación legal del aborto. El caso conflictivo es el de los abortos consentidos.

Dentro de la temática del aborto consentido punible, nos tenemos que preguntar si la nueva regulación del Cp prohíbe de alguna forma los abortos consentidos dentro de los primeros tres meses de gestación. La fórmula que propone el *BVerfG*, al establecer en el §218 una prohibición general del aborto, para, a través de la exclusión del tipo de los abortos asesorados, exceptuar de la intervención del derecho penal un ámbito

delimitado, hace pensar en principio que sí. Pero nos tenemos que preguntar si el Tribunal quiere que la ley prohíba abortar o que prohíba abortar sin previo asesoramiento. Queda claro que lo que se quiere prohibir es abortar sin previo asesoramiento (170). Es decir, si la mujer quiere abortar se le obliga simplemente a cumplir con un procedimiento para que el aborto deje de ser punible. A nuestro juicio, lo que se castiga en el caso de un aborto no asesorado es la omisión del deber de asesoramiento y no la comisión de un aborto doloso. El Tribunal evita la intervención del derecho penal, porque sabe que hacer cumplir una norma penal en este ámbito es muy difícil. La legislación anterior ha demostrado con qué facilidad una prohibición del aborto consentido pierde vigencia normativa y sancionadora. Por eso, el Tribunal quiere asegurar que esta norma no se incumpla de forma notoria ya que así tal norma perdería vigencia (171). Para poder mantener la prohibición penal del aborto consentido el Tribunal acude al aseguramiento del deber de asesoramiento por el derecho penal. Pero no lo hace de forma clara sino que quiere dar la apariencia de prohibir los abortos consentidos (172). Es decir, el Tribunal tiene un interés de mantener una prohibición del aborto sobre el papel pero no quiere que se tenga que aplicar.

Frente a esta técnica, que ha sido también la del legislador, cabe hacer dos críticas fundamentales. En un primer lugar, tenemos que afirmar que en relación con el aborto consentido se trata de una prohibición simbólica porque el único mandato que conlleva consecuencias jurídico penales es el incumplimiento del deber de dejarse asesorar. El Tribunal realmente no quiere prohibir el aborto consentido.

En un segundo lugar, y relacionado con este simbolismo, la pena para el aseguramiento del asesoramiento es excesiva ya que se trata de un procedimiento. Hay que tener en cuenta que el desvalor del resultado es el mismo en ambos tipos de aborto, en el asesorado y en el no asesorado. En lo que respecta al desvalor de la acción no creemos que se justifique un tratamiento tan dispar para ambos casos sobre todo si nos imaginamos el caso de una embarazada que ya abortó en su día por las mismas razones y se dejó asesorar entonces. Ella sabe las soluciones que le van a proponer pero también está convencida como en el primer caso de que no se le puede solucionar el conflicto y no va al asesoramiento aunque ella sabe que está obligada.

(170) En el mismo sentido: FROMMEL, *Kommentar zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28 Mai 1993*, *Kritische Vierteljahresschrift*, Sonderheft 1993, p. 145.

(171) DRIENDLE, *Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart*, Tübingen 1983, p. 43. El autor advierte que la vigencia de la norma depende más de la apariencia que de la realidad. Si hay normas que se incumplen de forma notoria sin que los ciudadanos lo saben la norma no pierde vigencia. Pero con el aborto se trata de una norma tan conflictiva que se hacen siempre estadísticas de cifra negra.

(172) Aunque se trata solamente de los abortos consentidos no asesorados no deja de ser una forma de prohibir una parte de los abortos consentidos no indicados.

Pero este simbolismo, con la consecuencia de una pena excesiva, saltará a la vista en el momento en el cual una mujer no se deja asesorar y sea castigada con la pena de un aborto doloso. El destinatario no entenderá esta pena, sobre todo si la mujer, en el momento del aborto, se encontró en una situación difícil. Caben además dudas sobre si la pena que se impone en estos casos respeta el principio de intervención mínima (173)

III.3.1.b. *Los abortos asesorados no indicados*

Ya hemos visto que el Tribunal realmente no quiere prohibir a través del derecho penal los abortos consentidos no indicados. Mientras que para los abortos consentidos sin asesoramiento mantiene simbólicamente esta prohibición, para los abortos asesorados el Tribunal prescinde directamente de la intervención del derecho penal. Pero el Tribunal habla de una prohibición del aborto a nivel del ordenamiento jurídico en su conjunto, que, una prohibición en los abortos realizados tras previo asesoramiento y que serán seguramente todos los casos de aborto consentido, despliega su eficacia. Es decir, se sustituye la intervención penal por un asesoramiento, manteniendo la antijuridicidad en el resto del ordenamiento jurídico. Seguidamente nos ocuparemos de estos casos.

III.3.1b.i. NATURALEZA JURÍDICA

Referente al tema de los abortos no indicados, pero asesorados y llevados a cabo por un médico con el consentimiento de la embarazada, el legislador había establecido que se consideraran «no antijurídicos». Había equiparado los abortos indicados (referidos a todos los tipos de indicación) con los no indicados. Las indicaciones médica y eugenésica habían sido establecidas en un apartado autónomo, con la misma calificación jurídica, por razones de plazo. La indicación terapéutica no tiene plazos y la indicación eugenésica tiene un plazo de 22 semanas, porque es imposible determinar con anterioridad a la duodécima semana un diagnóstico suficientemente fiable.

Dentro de la doctrina, es ESER el que mantiene una postura muy similar a la reflejada en la *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia*. En la defensa que hizo este autor (174) del entonces Proyecto de Ley ante la comisión, secundó la calificación de «no antijurídica». En su ar-

(173) OBERLIES, § 218 - ein Grenzfall des Rechts?, *Kritische Vierteljahresschrift, Sonderheft*, p. 205.

(174) ESER/KOCH, Plädoyer für ein notlagenorientiertes Diskursmodell», ESER/KOCH, en *Schwangerschaftsabbruch: Auf dem Weg zu einer Neuregelung: gesammelte Studien und Vorschläge*, Baden-Baden 1992, pp. 163 y ss.

gumentación, ESER se basa en la indicación social. En estos casos, según este autor, es muy difícil para la embarazada comunicar el conflicto existente. Además resulta casi imposible para el médico enjuiciar un conflicto tan personal como puede ser una situación conflictiva con la pareja. La solución de ESER es presumir la existencia de una situación de conflicto suficientemente grave para justificar el aborto. Esto quiere decir que a raíz de la imposibilidad de comunicar la situación de conflicto a un tercero, la existencia de una situación justificante no se controla sino que solamente se presume su existencia (175). Para ESER, la no admisión de tal presunción supondría que se considera que la embarazada actúa sin conciencia y que el Estado «pacta con el injusto» al asesorar y «permitir» los abortos. Las críticas que se le pueden hacer a ESER son justamente las que el *BVerfG* le hace a la solución adoptada por el legislador.

El *BVerfG* admite la legitimidad de prescindir de la utilización del derecho penal en un ámbito limitado (176), si a través de otras medidas se proporciona una protección eficaz al *nasciturus* y si queda constancia de la desaprobación del aborto dentro del ordenamiento jurídico inferior a la Constitución. Pero el *BVerfG* rechaza la calificación de los abortos no indicados, cumpliendo el trámite del asesoramiento, como "no anti-jurídicos" ya que, si los declarase tales, el Estado participaría y aprobaría tales conductas (estarían en principio cubiertos por la Seguridad Social). Aduce, también, el Tribunal que la creación de una causa de justificación solo es legítima si hay razones comprobables para su existencia y que estas razones tengan consistencia ante el orden de valores establecido por la LF (177). Es decir, que no cabe la presunción de la existencia de una causa de justificación.

III.3.1b.ii. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS ABORTOS SOCIALMENTE INDICADOS

Una vez afirmada la antijuridicidad de los abortos asesorados no indicados, el *BVerfG* considera que, por razones de efectividad, el legislador tiene que tratar de forma unitaria los abortos asesorados no indicados y los abortos socialmente indicados. Por eso, el *BVerfG* suprime la indicación social que queda comprendida dentro de los abortos asesorados.

Nos parece de dudosa legitimidad suprimir una indicación justificante que según el *BVerfG* se *puede* establecer si guarda congruencia

(175) Se trata de un sistema parecido al francés. Vid. GÜNTHER, Die Gesetzesentwürfe zur Reform des Abtreibungsstrafrechts und das französische Modell, *MedR* 1992, p. 70.

(176) Con la expresión «limitado» el TC hace referencia a los abortos asesorados.

(177) *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 23.

con la gravedad de las demás indicaciones. El *BVerfG* establece que, en el caso de la indicación médica, el legislador tiene que establecer una indicación justificante, y que en las demás situaciones de inexigibilidad puede establecer una indicación justificante. Si el legislador por inexigibilidad establece una indicación eugenésica y criminológica también tiene que establecerla para los casos en los que, por razones sociales, le es inexigible a la embarazada que continúe con el embarazo, porque el concepto y las consecuencias de la inexigibilidad tienen que ser en todas las indicaciones el mismo. Es decir, si el *BVerfG* afirma que puede haber situaciones en las cuales, según sus criterios, le es inexigible a la embarazada que continúe con el embarazo y la inexigibilidad es el criterio que utiliza el *BVerfG* para establecer una causa de justificación, no puede afirmar en la misma sentencia que la embarazada no puede exigir por sus posiciones de derechos fundamentales que se le reconozca una causa de justificación basada en una situación de necesidad. Esta arbitrariedad iría en contra del principio de igualdad (178).

WALTHER y HERMES advierten, en su comentario a la sentencia, que el legislador por la eficacia del sistema de asesoramiento se encuentra en el dilema de tener que tratar de forma igual a casos desiguales. Afirman que la solución del legislador de tratar a todos los abortos como justificados, lejos de ser la solución perfecta, es la menos discriminatoria. Alegan que en el caso de las embarazadas que abortan por una indicación social pero que reciben el mismo tratamiento jurídico que las embarazadas que abortan sin una causa tan grave, se lesiona un derecho fundamental subjetivo, mientras que si los abortos asesorados se tratan como justificados, solamente se lesiona el principio de igualdad como principio objetivo. Además, consideran que la solución que da el *BVerfG* es doblemente discriminatoria, ya que las mujeres que se encuentran en una situación de conflicto, que supondría el reconocimiento de una indicación social, se encontrarían discriminadas, en primer lugar, frente a las que están justificadas por una indicación y, en segundo lugar, frente a las que no están justificadas por no darse una situación que dé lugar a una justificación. Referente a la calificación de las interrupciones asesoradas como justificadas, los autores precitados afirman que solamente hay una discriminación simple de las mujeres que se encuentran en una situación que da lugar a una indicación y las mujeres que solamente han sido asesoradas. Este último argumento no nos parece un argumento convincente ya que la discriminación a favor o en contra del reo no puede olvidar las consecuencias que tiene una y otra calificación para el *nasciturus*. Establecer una causa de justificación supone una intervención en el derecho a la vida del *nasciturus* que tiene que respetar el principio de intervención mínima (*Übermaßverbot*). En este contexto tiene que ser la única medida posible para resol-

(178) En este mismo sentido HERMES/WALTHER, *op. cit.*, pp. 2342 y ss.

ver el conflicto ya que si hay otra menos gravosa para el *nasciturus* el legislador tiene que adoptar ésta.

Además, hay que hacer otra crítica al *BVerfG*, ya que el Tribunal, cuando fundamenta la antijuridicidad de los abortos asesorados, lo hace en la necesidad de distinguir claramente entre justo e injusto. Si es tan fundamental esta distinción cabe preguntarse por qué el *BVerfG* califica entonces dos casos distintos de forma unitaria (179).

A pesar de la dudosa legitimación, ya advertida en el voto particular (180), del tratamiento unitario que da el *BVerfG* a ambos casos de interrupción, no se puede afirmar que la solución del legislador sea constitucionalmente admisible, ya que, como hemos afirmado, la existencia de una causa de justificación no se puede presumir. Nos parece que autores como WALTHER, HERMES y ESER se centran más en las consecuencias prácticas de una regulación que en su viabilidad dogmática. Eser crea una ficción jurídica. La causa de justificación obliga al *nasciturus* a soportar que la embarazada aborte. Para que esto sea así, hay que fundamentarlo en una ponderación de intereses y no se puede afirmar que aquí prevalezcan los intereses de la embarazada frente a los intereses del *nasciturus*. Que el *BVerfG*, aunque declara antijurídicas tales conductas, llega a las mismas consecuencias que WALTHER y HERMES es otra cuestión que veremos más adelante.

El legislador se encontró en el dilema apuntado por HERMES y WALTHER y optó por una de las vías que se le ofrecían, el *BVerfG* ha optado por la otra.

III.3.1b.iii. EL JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD Y SUS CONSECUENCIAS

Aunque el *BVerfG* le propone al legislador incluir en la categoría de las interrupciones asesoradas las interrupciones llevadas a cabo bajo los presupuestos materiales de una indicación social nos vamos a centrar al analizar esta categoría solamente en las que no serían nunca indicadas.

El *BVerfG* afirma que las interrupciones del embarazo asesoradas tiene que ser consideradas como antijurídicas, es decir, que el legislador tiene que expresar claramente el juicio de desaprobación de tales conductas por razones de prevención general positiva o integradora y porque los mandatos jurídicos de comportamiento no pueden ser mandatos a la voluntariedad (vertiente represiva).

Para comprobar si la solución que da el *BVerfG* cumple con sus propias exigencias, habrá que ver en primer lugar de forma detallada cómo el legislador penal, según el *BVerfG*, tiene que expresar que este juicio de desaprobación se mantiene en el resto del ordenamiento jurídico y qué consecuencias tendrá. El mantenimiento de este juicio de desapro-

(179) Así, HERMES/WALTHER, *op. cit.*, p. 2343.

(180) Voto particular del juez BÖCKENFORDE, *JZ* 1993, p. 49.

bación, de acuerdo con el *BVerfG*, lo tiene que expresar el legislador utilizando la expresión «no será de aplicación el §218...» (181). Para el *BVerfG* la no aplicabilidad del tipo significa que la conducta no se castiga pero que sigue siendo antijurídica para el resto del ordenamiento jurídico. Si se justificara en el ámbito penal estaría justificada en todo el ordenamiento jurídico. Aunque el *BVerfG* explica el alcance de esta categoría de «no aplicabilidad del tipo» es poco probable que, salvo destinatarios de la norma interesados en materia legal, puedan llegar a entender el mensaje de desaprobación a través de la letra de la Ley. En este tenor resulta «curioso» que el *BVerfG*, en la sentencia de 1975, rechazara la solución de plazos con el argumento, entre otros, de que la categoría jurídica de «no será punible» induciría a error al destinatario de la norma, ya que podría llegar a la conclusión de que se trataba de acciones permitidas. Afirma el *BVerfG* que de esta forma el legislador no expresaría con claridad su juicio de desvalor (182). La fórmula propuesta por el *BVerfG* en la sentencia de 1993 resta claridad, porque se podría interpretar desde su redacción literal que al ser una acción atípica se trata de una acción no antijurídica.

Pero queda otro problema muy importante por resolver. Nos tenemos que preguntar ¿dónde se establece en el ordenamiento jurídico inferior a la Constitución que se prohíbe de forma general el aborto consentido aunque la mujer se haya sometido a un asesoramiento con anterioridad a la intervención? El §218 ya no prohíbe estos abortos.

A nuestro juicio tendría que ser fundamentalmente el Derecho civil el que estableciera tal prohibición. Pero en este ámbito nos encontramos con un grave problema. Dentro del Derecho civil se considera de forma mayoritariamente por la doctrina y por la jurisprudencia que el § 823 BGB (183) protege solamente a la persona nacida y no a al *nasciturus* (184). Ya en relación con la sentencia del *BVerfG* de 1975, se había criticado que el Tribunal no había hecho referencia a si en la legislación civil se encontraba tal prohibición del aborto. Pero en relación con la legislación precedente y subsiguiente a la sentencia que prohibía el aborto de forma general en

(181) *BVerfGE* 1993, *JZ* 93, p. 25 y p. 2.

(182) *BVerfGE* 39,1.53.

(183) Este artículo establece el principio de «*neminem laedere*» frente a «otros». El término otros ha sido interpretado en el derecho civil alemán como persona nacida refiriéndose para ello al § 1 BGB que establece que la capacidad jurídica empieza con el nacimiento.

(184) Esta problemática se ha discutido de forma extensa en relación con las afecciones a la integridad física del *nasciturus*. Pero solamente se cuestionaba en el hipotético caso de que el niño sobreviviera hasta después del nacimiento y no se dudaba que el § 823 BGB no era de aplicación si el niño a raíz de las lesiones sufridas ya moriría dentro del seno de la madre. Vid. SIGEL, *Strafbarkeit pränataler Einwirkungen auf die Leibesfrucht über § 218ff. StGB hinaus*, Tübingen 1987, pp. 53 y ss.; STOLL, *Zur Deliktshaftung für vorgeburtliche Gesundheitsschäden, en Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, 1965, pp. 750 y ss.; TREPPERWIEN, *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, Tübingen 1973, pp. 39 y ss.

el Cp alemán, por la necesidad de la unidad del ordenamiento jurídico, había que presuponer la antijuridicidad en todo el ordenamiento (185). Pero ahora nos encontramos con que ya no hay antijuridicidad penal y por ello se hace necesario que sea el Derecho civil el que la establezca.

Parece que el *BVerfG* extrae la prohibición del aborto asesorado y su antijuridicidad directamente de la Ley Fundamental. El *BVerfG* habla casi exclusivamente de confirmar y demostrar el juicio de desvalor en el ordenamiento jurídico inferior a la Constitución. Todo esto hace sospechar que el Tribunal sigue en esta materia la teoría de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre terceros (186). Pero la obligación de protección de la vida del *nasciturus* no quiere decir que la Constitución prohíba al ciudadano abortar sino que tiene que ser el legislador ordinario el que lo prohíba (187). Entonces nos encontramos con una pretendida prohibición que no se plasma en la legislación ordinaria.

Pero como hemos visto, el Tribunal hace especial hincapié en las consecuencias de esta pretendida antijuridicidad. Entonces, tienen que ser las consecuencias de la antijuridicidad las que, a nivel de ordenamiento jurídico inferior a la Constitución, por lo menos confirmen este juicio de desvalor.

Ya hemos hecho referencia a cuáles serían las consecuencias dogmáticas de una interrupción del embarazo antijurídica (188). Pero el *BVerfG* habilita al legislador a excluir legislativamente todas las consecuencias que entorpecerían la efectividad del asesoramiento. Quedan, como consecuencia expresa, la falta de cobertura por la Seguridad Social, la nulidad de las pólizas de seguros privados que recogen la cobertura de interrupciones del embarazo antijurídicos y el contenido de la formación de los médicos y demás personal sanitario (el respeto a la vida y su obligación de salvar la vida) (189). Aunque el *BVerfG* afirma que la antijuridicidad del aborto se tendrá en cuenta a la hora de la interpretación del derecho y hasta de los principios generales, no deja claro

(185) DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin 1992, p. 76.

(186) HERMES/WALTHER, *op. cit.*, p. 2339; para 1975 vid. DIETLEIN, *op. cit.*, p.77.

(187) Para la diferenciación de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros con la obligación de protección. Vid. HERMES, *op. cit.*, pp. 99 y 55.

(188) La no deseabilidad de estas consecuencias en los casos de interrupciones no indicadas habría que fundamentarlas de forma distinta a la indeseabilidad de las citadas consecuencias en las interrupciones indicadas. El TC lo fundamenta a través de la efectividad del asesoramiento para la protección de la vida del *nasciturus*. Argumentación que en relación con el auxilio de terceros es difícil de seguir ya que el auxilio de terceros en principio sería la forma más efectiva de protección.

(189) Salta a la vista que el Tribunal para justificar la eliminación de las consecuencias no deseadas alega solamente argumentos de talante utilitarista mientras, que la justificación de la no cobertura de la Seguridad Social argumenta con la participación del Estado en actos antijurídicos. El Tribunal no hace referencia a que la eliminación del auxilio de terceros supone que el *nasciturus* está obligado a soportar una intervención en sus derechos fundamentales y que es el Estado que se lo impone.

cuáles serán las consecuencias concretas. Sobre la formación de los médicos, en la que incidiría la declaración de antijuridicidad del aborto, no creemos que pueda tener mucha influencia, porque desde siempre forma parte de la ética profesional de los médicos la obligación de conservar la vida. Queda como consecuencia clara la no cobertura de la interrupción por la Seguridad Social y por las aseguradoras privadas. La cobertura de la interrupción del embarazo por la Seguridad Social no es consecuencia de una posible justificación sino que se trata de una decisión del legislador cuya constitucionalidad debe ser puesta en tela de juicio. ISENSEE (190) ha llamado la atención sobre el hecho de que la retirada del derecho penal en algunos casos, por la inconveniencia de exigir a la embarazada la continuación del embarazo, no supone ni mucho menos que el Estado tenga que financiar estas conductas por el sistema social. Afirma que, en el sistema legal alemán, el paso de la tolerancia de estos comportamientos hacia la creación de un derecho a que el Estado preste la ayuda necesaria para que se lleven a cabo, se ha dado con mucha facilidad sin cuestionar su constitucionalidad. Aquí se trata de dos ámbitos muy distintos. Con ello denuncia que se cubran por la Seguridad Social los supuestos de abortos indicados. Con más razón hay que diferenciar la retirada del derecho penal y la cobertura por la Seguridad Social en el ámbito de los abortos asesorados. Entonces, la retirada del derecho penal en este ámbito, aunque sea a través de la justificación de los abortos asesorados, tal, como lo ha previsto el legislador, no lleva necesariamente a su cobertura por la Seguridad Social (191). Como afirma ESER (192) negar la cobertura hubiera sido también posible si se hubieran calificado estos abortos como no antijurídicos. Caso contrario el Estado participaría en hechos que quiere evitar. Por eso la no cobertura por la Seguridad Social no es un signo inequívoco de antijuridicidad.

Pero se podía alegar que el destinatario de la norma podría entenderlo como un juicio de desaprobación. Creemos que este argumento solamente puede tener cabida en relación con los casos de la indicación social que con anterioridad sí estaban cubiertos. Pero en relación con los abortos asesorados no creemos que, en época de crisis, se pueda entender como una desaprobación porque se recortan y no se cubren servicios sanitarios por la Seguridad Social que no son antijurídicos (cirugía estética). Este hecho ya fue advertido por uno de los votos particulares que afirma que queda la impresión de que «lo que importa es que no haya que pagar (193)».

(190) ISENSEE, *Abtreibung als Leistungtatbestand...*, op. cit., p. 1654.

(191) De *lege lata* si supone la cobertura por la Seguridad Social pero hay que plantearse la constitucionalidad del § 200e de la Reichsversicherungsordnung (Ley imperial de la Seguridad Social) que establece que se cubren los abortos no antijurídicos.

(192) ESER, *Aufbruch zu neuem Weg, Halt auf halber Strecke, Kritische Vierteljahresschrift*, Sonderheft 1993, p. 137.

(193) Voto particular de juez BÖCKENFÖRDE, *BVerfGE* 1993, JZ 93, p. 51.

Otro posible efecto sería que, en el asesoramiento, a la embarazada se le diría que un embarazo sin indicación es antijurídico. Pero el mismo *BVerfG* opinó en su sentencia de 1974 que la mujer decidida a abortar no se dejaría motivar por una desaprobación legal formal (194). Además el contenido del asesoramiento no trasciende más allá de las personas implicadas, es decir, que no se da este pretendido efecto preventivo general positivo.

Concluimos que, a la vista de las consecuencias que tiene, la antijuridicidad, tal como está prevista por el legislador, se trata de una declaración simbólica de antijuridicidad por parte del *BVerfG*. El simbolismo se muestra en que la antijuridicidad solamente la expresa el *BVerfG*, pero no está interesado en que sea operativa, porque una verdadera antijuridicidad conllevaría que el aborto asesorado no tenga las consecuencias dogmáticas que tiene todo acto antijurídico. Referido al aborto ya hemos, hecho referencia a la posibilidad de que un tercero pueda ejercer el auxilio de terceros, que el contrato médico no sea válido y que la Seguridad Social o cualquier seguro privado no pueda hacerse cargo de los gastos del aborto. Incluye también el deber de socorro, es decir, que si una persona pudiendo no intenta impedir el aborto sería culpable de un delito de omisión del deber de socorro (195).

Concluyendo, podemos afirmar que, en primer lugar, nos encontramos ante una dificultad de deducir de la regulación penal propuesta que el aborto realizado tras previo asesoramiento de la embarazada siga siendo antijurídico como pretende el *BVerfG*.

En segundo lugar no encontramos en el ordenamiento jurídico inferior a la Constitución una norma que prohíba el aborto asesorado no indicado.

En tercer lugar no hay consecuencias jurídicas que dejen constancia de esta antijuridicidad.

III.3.1.c. *El efecto represivo y preventivo general de la prohibición del aborto*

Las conclusiones a las cuales hemos llegado con anterioridad, es decir el simbolismo de la prohibición penal de los abortos sin previo asesoramiento y de la antijuridicidad de los abortos una vez pasado el asesoramiento, nos muestran claramente que en lo que se refiere a la vertiente represiva de la regulación que propone el Tribunal no hay más

(194) *BVerfGE* 39,1,55.

(195) Se prevé la posibilidad de nombrar un vigilante (§1912 BGB) para que la embarazada no aborte, (GRITSCHNER, *op. cit.*, p. 100).

mandato legal que el de dejarse asesorar. La realización o no del aborto se deja a la voluntad de la embarazada.

Pero el Tribunal no solamente había insistido en que los mandatos legales no pueden ser mandatos a la voluntariedad, sino que una prohibición del aborto tendría un efecto preventivo general positivo de suma importancia para la protección del *nasciturus*. Se trata de mantener el valor vida no nacida en la conciencia de la población y el Tribunal hasta habla de crear esta conciencia.

En lo que se refiere a la prevención general positiva, en relación con la antijuridicidad del aborto asesorado, hay que mencionar que para que se de este efecto es necesario que el destinatario de la norma conozca la prohibición. En el presente caso, como hemos visto, no se da este presupuesto. Además, es necesario que, en caso de incumplir esta norma, haya consecuencias jurídicas que confirmen la seriedad de la prohibición, es decir, que siga vigente. Tampoco se da este presupuesto en el caso de los abortos asesorados porque, como hemos puesto de relieve, la negación de la cobertura por la Seguridad Social no es una consecuencia jurídica de la antijuridicidad.

Más bien es de esperar que, a través de una despenalización y una regulación legal (que en la práctica va a ser la de una solución de plazos, porque el Tribunal solamente quiere eliminar la tipicidad penal pero no la antijuridicidad en el resto del ordenamiento) los casos de aborto tras previo asesoramiento se tratarán como si estuvieran justificados, se perderá todo tipo de conciencia referente a la protección del *nasciturus*. Además, el Tribunal no quiere que solamente se eliminen las consecuencias negativas de la antijuridicidad, sino que el aborto conlleve consecuencias positivas como la percepción del salario durante la baja y la puesta a disposición de la embarazada de un médico que garantice la realización del aborto. Pero el dato más grave que va a poner de manifiesto el simbolismo de la prohibición del aborto es la imposibilidad de prestar el auxilio a terceros. Un padre que quiere impedir que su mujer aborte se dará cuenta de que el aborto en la práctica no está prohibido.

Si la regulación propuesta por el *BVerfG* no se diferencia en la práctica de la regulación propuesta por la *Ley de Ayuda para la Embarazada y la Familia*, ¿qué razones tiene entonces el Tribunal para insistir en una prohibición simbólica del aborto consentido?

A nuestro juicio el simbolismo de la regulación propuesta por el legislador en su conjunto se debe a que se trata de una legislación basada en la necesidad de compromiso. De un lado, nos encontramos con los que creen que la embarazada no está obligada en ningún caso a llevar a cabo el embarazo y de otro, los que sí creen que hay tal obligación. Ya que los primeros se basan en las exigencias de la sociedad que cree que la vida del *nasciturus* es un valor inferior al de la autodeterminación de la embarazada y los segundos en la Constitución que de acuerdo con la interpretación del

BVerfG le dan el mismo valor a la vida del *nasciturus* que a la vida de la embarazada (196).

Como hemos visto, tanto el Tribunal como el legislador se encuentran en un dilema. Ya con anterioridad hemos hecho referencia a la disonancia entre la interpretación de la Constitución por parte del *BVerfG* y la opinión pública. Pero la consideración de esta disonancia puede llevar a una valoración distinta en el ámbito de la exigibilidad de continuar el embarazo. Como afirma CLASSEN hay dos niveles de exigibilidad de continuación del embarazo (197). Para el Tribunal, la continuación del embarazo no le es exigible a la embarazada cuando concurren los presupuestos de una indicación y cuando no, si la mujer se ha dejado asesorar, solamente le es exigible por el resto del ordenamiento jurídico. La ineficacia del derecho penal no justifica una intervención tan grave en los derechos de la mujer. Estamos en lo que llama CLASSEN el segundo nivel de ponderación. Lo que diferencia la posición del Tribunal de la de la opinión pública (198) es que según esta última a la embarazada no le es exigible en ningún caso que continúe el embarazo contra su voluntad, porque su autodeterminación es un valor superior frente a la vida no nacida.

Si consideramos que la vida nacida tiene el mismo valor que la vida no nacida no se puede justificar un aborto en ningún momento. El legislador puede prescindir de la intervención del Derecho penal pero no puede permitir la conducta dentro del ordenamiento jurídico y sobre todo no puede negarle al *nasciturus* el derecho al auxilio de terceros.

A través de una determinación más real de los valores en conflicto se podría llegar a afirmar que las indicaciones tienen carácter justificante. Con la justificación de los abortos el mismo Tribunal ya ha relativizado el valor vida no nacida. Si el Tribunal hubiera regulado el aborto de acuerdo con las valoraciones existentes en la sociedad hubiera aceptado la solución propuesta por el legislador (199). Pero el Tribunal habla de la necesidad de prohibición del aborto aunque en el fondo no quiere imponerle a la embarazada la obligación de llevar a cabo el embarazo (200)

(196) Somos conscientes de que se trata aquí de una simplificación de las posiciones, pero revela con más claridad el dilema del legislador.

(197) CLASSEN, *op. cit.*, p. 215.

(198) Estamos conscientes de que esta opinión pública se ha ido manejando por la prensa, que en su mayoría aboga por un sistema de plazos.

(199) Hay que tener en cuenta que el legislador no ha puesto en duda la igualdad de valor de la vida nacida con la no nacida. Creemos que solamente se puede llegar a la regulación propuesta por la Ley si relativizamos el valor vida no nacida.

(200) STÜRNER afirma que al tratarse de obligaciones personales duraderas el Estado normalmente se abstiene a imponerlas. Cita la excepción del servicio militar obligatorio. La efectiva imposición del embarazo mediante el internamiento de la embarazada tras varios intentos de aborto supone para Stürner una violación de sus derechos fundamentales. STÜRNER, *op. cit.*, p. 720.

No hay que olvidar que la eficacia del asesoramiento ha sido puesta en duda en 1974. Amplio estudio de la temática en GANTE, § 218 in *der Diskussion. Meinungs- und Willensbildung 1945-1976*, Düsseldorf 1991, pp. 131 y ss.

porque es consciente de que es imposible hacer cumplir esta obligación de forma coercitiva.

Relacionando lo expuesto con la obligación de protección que exige una protección mínima de la vida del *nasciturus*, se advierte que las únicas medidas que establece el Tribunal para la protección del *nasciturus* es la del asesoramiento y de medidas preventivas que favorecen la disponibilidad de la embarazada para que continúe con el embarazo. La declaración de antijuridicidad es ineficaz. Es decir, un elemento de protección previsto por el Tribunal es ineficaz. Cabe preguntarse entonces si la protección de la vida del *nasciturus* cumple con el principio de protección mínima. Si el Tribunal le da tanta importancia a la declaración de antijuridicidad para considerar que su ausencia es inconstitucional se pone en duda la constitucionalidad de la regulación del Tribunal al tratarse de una antijuridicidad simbólica y porque el mandato de continuación con el embarazo es un mandato a la voluntariedad.

Radicalizando la postura contraria, TRÖNDLE prevé un endurecimiento de la regulación penal del aborto ya que utiliza el Derecho penal para recuperar una conciencia perdida o para hacer cumplir obligaciones no consentidas por la mayoría de los destinatarios de la norma. La posición de Tröndle se corresponde con la propuesta del grupo Werner del CSU en el cual se preveía un sistema de indicaciones más restringido que el existente con anterioridad a la sentencia. A nuestro juicio, se trata de una propuesta que no se corresponde con la realidad y que llevaría a un descontento general (al no basarse en un consenso) y, seguramente, a una falta de vigencia normativa (no se cumple el mandato pero tampoco se persiguen las infracciones) ya que la regulación vigente hasta 1993, que era más liberal que esta propuesta, no tuvo tampoco vigencia normativa (201). Esta regulación, a nuestro juicio, lesionaría el principio de intervención mínima porque se aplica el derecho penal cuando no es idóneo.

En el marco de este dilema, creemos que sería mejor que el legislador estableciera una solución más sincera y prescindiera de todo tipo de simbolismo porque, a largo plazo, la solución normativa pierde vigencia. Cómo se ha expuesto, el Estado se encuentra obligado a proteger la vida del *nasciturus*. Pero no puede protegerla por una vía coercitiva durante las doce primeras semanas sino que tiene que limitarse a medidas preventivas (202) y sobre todo a medidas educativas. También será muy importante una información amplia sobre el desarrollo del *nasciturus* (203) y sobre las consecuencias de una interrupción del embarazo (204). En

(201) SCHÜNEMANN, Quo vadis § 218?, ZPP 1991, pp. 387 y ss. SCHÜNEMANN analiza la vigencia normativa de la legislación anterior a la reforma para negarla.

(202) Como medidas preventivas hay que enunciar mejoras en la legislación laboral, social y fiscal para crear los presupuestos necesarios para que no haya necesidad de abortar.

(203) Ver en este contexto, SCHLINGENSYPEN-BRUYSCH, Wann beginnt das menschliche Leben, ZRP 1992, pp. 418 y ss. y TRÖNDLE, Die soziale Indikation - Rechtfertigungsgrund?, Jura 1987, p. 68.

(204) SCHLINGENSYPEN-BRUYSCH, Schwangerschaftsabbruch-Veruch einer Bestandsaufnahme..., ZRP, 1990, p. 226.

este ámbito el asesoramiento puede tener su importancia pero el aseguramiento de la obligación de asesoramiento por el Derecho penal nos parece una medida discutible (205) porque no puede ser objeto del Derecho penal asegurar el cumplimiento de un procedimiento y de todas formas habría que preguntarse cuál sería el bien jurídico protegido en esta norma. A través del contenido del asesoramiento, la no cobertura por la Seguridad Social y una información adecuada el Estado tiene que intentar recuperar el respeto hacia la vida no nacida. Se trataría de la utilización de medidas preventivas que por lo menos serían más sinceras que las medidas «coercitivas» establecidas por el *BVerfG*.

IV ANEXO

ANEXO I

Regulación vigente antes de la reforma de 1975

§218

I. Se castiga con pena de prisión (*Gefängnis* §16; con un duración de un día a cinco años), o en caso de especial gravedad con pena de reclusión (*Zuchthaus* §14; con una duración de cinco años a quince años) a la mujer que matare el fruto de su vientre o permitiere que otro lo matare.

II. Se castiga la tentativa.

III. Será castigado con pena de reclusión (*Zuchthaus* §14; con una duración de cinco años a quince años) y en casos de menor gravedad con pena de prisión (*Gefängnis* §16; con un duración de un día a cinco años) el tercero que matare el fruto del vientre de una embarazada.

IV. Se castiga con pena de prisión, y en casos de especial gravedad con pena de reclusión, al que proporcionare una sustancia u objeto para matar el fruto del vientre.

ANEXO II

V Ley de reforma del Código penal alemán de 1974

§ 218 Interrupción del embarazo

I. Se castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa al que interrumpiere un embarazo una vez pasados los primeros trece días de gestación desde la concepción.

II. La pena será de seis meses a cinco años si el autor

(205) NELLES, Votum zugunsten einer Fristenlösung ohne Beratungspflicht, en: Baumann (ed.), § 218 *StGB im vereinigten Deutschland*, Tübingen 1992, p. 171).

1. actúa en contra de la voluntad de la embarazada o
2. provoca por imprudencia grave el peligro de muerte o de una grave afección a la salud de la embarazada.

El Tribunal puede imponer vigilancia de conducta (§ 68 I,2).

III. Si es la embarazada la que comete el hecho, la pena será de hasta un año o multa.

IV. Se castiga la tentativa. La mujer no será castigada por tentativa.

§ 218a La impunidad de la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas

No será punible, a tenor del § 218, el aborto realizado por un médico con el consentimiento de la embarazada, si desde la concepción no han pasado más de doce semanas.

§ 218b

Indicaciones a la interrupción del embarazo después de las primeras doce semanas

No será punible, a tenor del § 218, el aborto realizado por un médico con el consentimiento de la embarazada, una vez transcurridos la primeras doce semanas desde la concepción, si según los conocimientos de la ciencia médica

1. la interrupción del embarazo esté indicada para evitar un peligro para la vida de la embarazada, o el peligro de un afección grave de su salud, si no se puede evitar este peligro de otra forma exigible a la embarazada, o
2. haya razones inminentes que indiquen que el niño sufrirá, por disposición hereditaria o por influencias dañinas prepartales, de un daño irreparable en su salud de tal gravedad que no se le puede exigir a la embarazada que continúe el embarazo y si desde la concepción no han pasado más de veintidós semanas.

§218c Interrupción del embarazo sin información y asesoramiento de la embarazada

Se castiga con pena de hasta un año o multa, si el hecho no se castiga a tenor del § 218, al que interrumpiere un embarazo sin que la embarazada

1. se haya dirigido antes, por razones de la interrupción del embarazo, a un médico o a una oficina de asesoramiento autorizada al respecto y haya sido informada allí sobre las ayudas públicas y privadas para embarazadas, madres y niños a su disposición, en especial aquellas que facilitan la situación de la madre y del hijo y
2. haya sido asesorada médicamente.

II. La mujer a la que se le practica la intervención no será castigada a tenor del pár.I.

§219 La interrupción del embarazo sin diagnóstico

I. Se castiga con pena privativa de libertad de hasta un año o multa, si el hecho no se castiga a tenor del § 218, al que interrumpiere un embarazo una vez pasadas las primeras doce semanas desde la concepción sin que el organismo encargado haya certificado con anterioridad que se dan los presupuestos del § 218b,1 o 2.

II. La mujer a la que se le practica la intervención no será castigada a tenor del pár. I.

ANEXO III

XV Ley de Reforma al Código penal del Código alemán de 1975

§ 218 Interrupción del embarazo

I. Se castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa al que interrumpiere un embarazo.

II. En casos de especial gravedad, la pena será de seis meses a cinco años. Se trata por regla general de un caso de especial gravedad si el autor

1. actúa contra la voluntad de la embarazada o

2. provoca por imprudencia grave un peligro para la vida o de una afección grave de la salud de la embarazada.

El Tribunal puede imponer vigilancia de conducta (§68.1 ,2).

III. Si es la embarazada la que comete el hecho la pena será de hasta un año o multa. La embarazada no será punible por el párrafo primero si la interrupción del embarazo se ha llevado a cabo después de un asesoramiento (§218b I,1,2) por un médico y si desde la concepción no hayan pasado más de veintidós semanas. El Tribunal puede prescindir de penalizar a la embarazada por el párrafo primero si en el momento de la intervención se encontraba en una situación de angustia.

IV. Se castiga la tentativa La mujer no será castigada por tentativa.

§218a Indicaciones para la interrupción del embarazo

I. La interrupción del embarazo por un médico no será punible por el §218 si

1. la embarazada consiente y

2. la interrupción del embarazo esté indicado según diagnóstico médico, teniendo en cuenta las condiciones de vida actuales y futuras de la embarazada, para evitar un peligro para la vida o un peligro de una

afección grave de la integridad física o psíquica de la embarazada y si el peligro no puede ser evitado de otra forma exigible a la embarazada.

I. Se consideran asimismo cumplidos los presupuestos del pár.I,2 cuando según diagnóstico médico

1. haya razones inminentes que indiquen que el niño nacerá, por disposición hereditaria o por influencias dañinas prepartales, de un daño irreparable en su salud de tal gravedad que no se le puede exigir a la embarazada que continúe el embarazo,

2. la embarazada haya sido víctima de un hecho antijurídico según los párrafos 176 a 179 (delitos contra la libertad sexual) y haya razones inminentes que indiquen que el embarazo sea consecuencia de este hecho, o

3. la interrupción del embarazo esté indicada de otro modo para evitar una situación de necesidad para la embarazada que

a. sea de tal gravedad que no se le puede exigir a la embarazada que continúe con el embarazo y

b. no pueda ser evitado de otra forma exigible a la embarazada.

III. En los casos del pár. II,1 no pueden haber pasado más de veintidós semanas desde la concepción, en los casos del pár. II,2 y 3 más de doce semanas.

§ 218b Interrupción del embarazo sin asesoramiento de la embarazada

I. Se castiga con pena privativa de libertad de hasta un año o multa si el hecho no está castigado a tenor del § 218 al que interrumpiere un embarazo sin que la embarazada

1. se haya dirigido, con por lo menos tres días de antelación a la intervención, por razones de la interrupción del embarazo a un asesor y haya sido informada allí sobre las ayudas públicas y privadas para embarazadas, madres y niños a su disposición, en especial aquellas que facilitan la situación de la madre y del hijo y

2. haya sido asesorado por un médico sobre los aspectos médicos importantes. La embarazada no será castigada al tenor del pár. I

ANEXO IV

Ley de ayuda para la embarazada y la familia de 1992

§218 Interrupción del embarazo

I. Será castigado con la pena de tres años o multa el que interrumpiere un embarazo. Las acciones que tengan efecto antes de la anidación del óvulo fecundado en el útero no serán considerados interrupciones del embarazo de acuerdo con esta Ley.

II. En casos de especial gravedad la pena será de seis meses a cinco años. Por regla general se trata de un caso de especial gravedad cuando el autor

1. actúa en contra de la voluntad de la embarazada, o
2. provocare por imprudencia grave un peligro de muerte o de lesiones graves para la embarazada.

III. Si es la embarazada la que comete el hecho, la pena será de hasta un año o multa.

IV. Se castiga la tentativa. La embarazada no será castigada por tentativa.

§ 218a La impunidad de la interrupción del embarazo

I. La interrupción del embarazo no será antijurídica si

1. la embarazada pide la interrupción de embarazo y haya justificado, con un certificado según el § 219 II 2, al médico que ha sido asesorada (asesoramiento de la embarazada en situación precaria o de conflicto) con por lo menos 3 días de antelación a la interrupción.

2. la interrupción se lleve a cabo por un medico y

3. no hayan pasado desde la concepción más de 12 semanas.

II. No será antijurídica la interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico con el consentimiento de la embarazada si por dictamen médico es necesaria la interrupción para evitar un peligro para la vida de la embarazada o un peligro de afección grave de su salud física o psíquica que no pueda ser evitado de otra forma exigible a la embarazada.

III. Se considera que se dan los presupuestos del pár.II si por dictamen médico haya razones inminentes que indiquen que el niño sufrirá, por determinación hereditaria o por influencias dañinas prepartales, de un daño irreparable en su integridad física de tal gravedad que a la embarazada no se le puede exigir que continúe con el embarazo. Solamente será válido si la mujer haya acreditado, con un justificante de acuerdo con el § 219II,2 que se ha dejado asesorar por un médico por lo menos con tres días de antelación a la intervención y si desde la concepción no han pasado más de veintidós semanas.

IV. No será castigada la embarazada si la interrupción del embarazo ha sido realizada por un médico después de un asesoramiento (§219) y si desde la concepción no han pasado más de veintidós semanas. El Tribunal puede prescindir de la pena prevista en el § 218 si la embarazada se encontró en una situación de angustia a la hora de la intervención.

§218b

Interrupción del embarazo sin diagnóstico médico; diagnóstico médico incorrecto.

Se castiga con pena privativa de libertad de hasta un año o multa, si el hecho no se castiga a tenor del §218, al que en los casos del §218a II

o III,1 interrumpiere un embarazo, sin que disponga de certificación escrita de un médico que no lleva a cabo la interrupción del embarazo sobre la concurrencia de los presupuestos del §218a II o III,1. Se castiga con pena de hasta dos años o multa, si el hecho no se castiga a tenor del §218, al que en su condición de médico diera maliciosamente un diagnóstico incorrecto sobre la concurrencia de los presupuestos del §218a II o III,1, para su presentación de acuerdo con el primer inciso. La embarazada no será castigada a tenor del inciso 1 ó 2.

Un médico no puede emitir diagnóstico en relación con el §218a II o III si la autoridad competente se lo haya prohibido, porque haya sido condenado por sentencia firme por haber cometido un hecho antijurídico descrito en el párrafo I, los párrafos 21, 219a o 219b o por otro hecho antijurídico relacionado con una interrupción de embarazo. La autoridad competente puede interdecir provisionalmente a un médico emitir diagnósticos en relación con el §218a II o III,1 si ha sido abierto contra él un procedimiento plenario por supuesta comisión de un hecho antijurídico descrito en el párrafo I.

§ 219

(1) El asesoramiento estará al servicio de la protección de la vida a través de consejo y ayuda para la embarazada bajo reconocimiento del alto valor de la vida prepartal y la propia responsabilidad de la mujer. El asesoramiento debe contribuir a superar la situación de precario y de conflicto que existe en relación con el embarazo. Debe colocar a la embarazada en la situación de poder tomar una decisión de consciencia propia responsable. Es tarea del asesoramiento la información completa de tipo médico, social y jurídico de la embarazada. El asesoramiento comprenderá la exposición de los derechos jurídicos de la madre y del niño y de las posibles ayudas prácticas, especialmente de aquellas que facilitan la continuación del embarazo y la situación de la madre y del niño. El asesoramiento contribuirá a evitar futuros embarazos no deseados.

(2) El asesoramiento ha de ser llevado a cabo por un servicio de asesoramiento reconocido legalmente. El médico que lleve a cabo la interrupción del embarazo quedara excluido como asesor.

(3) El asesoramiento no constará en actas y puede ser llevado a cabo en el anonimato a petición de la embarazada. El servicio de asesoramiento ha de expedir inmediatamente un certificado con fecha sobre el hecho de que se ha llevado a cabo un asesoramiento según el pár. I y la embarazada ha recibido así informaciones para la toma de su decisión.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

M.^a DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana

(BOE n.º 120, de 17 de mayo; CE en BOE n.º 186, de 2 de agosto)

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entrará en vigor el próximo 25 de mayo de 1996, introduce en nuestro sistema penal las nuevas penas de arrestos de fin de semana (privativa de libertad) y de trabajos en beneficio de la comunidad (privativa de derechos y con carácter de pena sustitutiva de la de arrestos de fin de semana).

Los artículos 37 y 49 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, remiten las circunstancias de ejecución de estas dos nuevas penas a la vía reglamentaria, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley penitenciaria, cuyas normas se aplicarán supletoriamente en lo no previsto expresamente en dicho Código.

Por consiguiente, el presente Real Decreto aborda la regulación de las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de arresto de fin de semana, conforme a la habilitación contenida en los artículos 49 y 37 del nuevo Código Penal.

En el capítulo I, se regulan las circunstancias de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, respetando las condiciones mínimas establecidas en el nuevo Código Penal. La ejecución del trabajo en beneficio de la comunidad, que será facilitado por la Administración penitenciaria, se articula a través de convenios con las Administraciones públicas o con entidades públicas o privadas que desarrollan actividades de utilidad pública o social e, incluso, con carácter excepcional a propuesta del propio condenado, todo ello en las condiciones fijadas por el Juez o Tribunal sentenciador y procurando hacer compatible el cumplimiento con el normal desarrollo de las actividades cotidianas del penado.

En la sección 1.^a del capítulo II se regula, con carácter previo al cumplimiento de la pena de arrestos de fin de semana, la definición del plan de ejecución de acuerdo con lo que disponga el Juez o Tribunal sentenciador y el ingreso del penado en el centro penitenciario, centro de inserción social o depósito municipal de detenidos donde haya de cumplirse la pena.

En la sección 2.^a del capítulo II destaca el cumplimiento de los arrestos de fin de semana en celda individual y en régimen de aislamiento con absoluta separación del resto de los reclusos, sin perjuicio de poder disfrutar de períodos de paseo y de que, cuando por resolución judicial esta pena deba cumplirse de forma ininterrumpida, se asimile en lo posible, el cumplimiento al régimen ordinario penitenciario, aunque sin aplicación de la clasificación penitenciaria por considerarse que esta pena no es apta para el tratamiento en sentido técnico-penitenciario. La opción por el cumplimiento en régimen de aislamiento responde a la necesidad de evitar los riesgos de contagio criminógeno de los arrestados a fines de semana y de procurar el cumplimiento de esta nueva pena privativa de libertad en condiciones de «no desocialización».

En su virtud, de acuerdo con la habilitación conferida en los artículos 37.2 y 49.5.^a de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a propuesta del Ministro de Justicia e Interior, previo informe favorable del Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 26 de abril de 1996,

DISPONGO:

CAPÍTULO I

Del cumplimiento de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad

Artículo 1. *Concepto.*

A los efectos de lo previsto en el artículo 49 del Código Penal se considerarán trabajos en beneficio de la comunidad la prestación de la cooperación personal no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, tendente a servir de reparación para la comunidad perjudicada por el ilícito penal y no supeditada al logro de intereses económicos.

Artículo 2. *Determinación de los puestos de trabajo.*

1. El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración penitenciaria. A tal fin, podrá establecer los oportunos convenios con otras Administraciones públicas o entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública o social. En este caso, éstas podrán asumir las funciones de gestión de los trabajos, asesoramiento, seguimiento y asistencia de los penados sin perjuicio de la supervisión de la Administración penitenciaria.

2. Excepcionalmente, en caso de inexistencia de convenio o insuficiencia de plazas, el penado podrá proponer un trabajo concreto, aun cuando no esté convenido con la Administración penitenciaria. En este caso, la Administración penitenciaria tras analizar la propuesta ofrecida por el penado emitirá un informe al Tribunal sentenciador en el que valorará la misma y, en especial, si cumple los requisitos establecidos en el Código Penal y en este Real Decreto, a fin de que por el Tribunal se adopte la decisión correspondiente.

Artículo 3. *Fijación judicial de las condiciones.*

La Administración penitenciaria procederá a la efectiva ejecución de la pena, tan pronto como le sea remitido el testimonio de la resolución y los particulares necesarios,

una vez que el Juez o Tribunal haya determinado las jornadas de trabajo impuestas al penado, la duración horaria de las mismas y el plazo máximo en que deberán cumplirse.

Artículo 4. *Entrevista y selección del trabajo.*

1. Recibido por la Administración penitenciaria el testimonio a que se refiere el artículo anterior, los servicios sociales penitenciarios, entrevistarán al penado para conocer sus características personales, su capacidad laboral y el entorno social, personal y familiar, con el fin de determinar la actividad más adecuada. En esta entrevista se le ofertarán las distintas plazas existentes con indicación expresa de su cometido y del horario en que debería ejecutarlo.

2. En caso de que se considerara que en atención a sus condiciones personales, sociales o familiares, resultara de difícil o imposible ejecución esta medida se hará saber así al Juez o Tribunal indicando expresamente los factores negativos que concurren.

3. Una vez que el penado haya prestado su conformidad con el trabajo que se le propone, la Administración penitenciaria elevará la propuesta al Juez o Tribunal a los efectos oportunos.

Artículo 5. *Jornada, horario e indemnizaciones.*

1. Cada jornada de trabajo tendrá una extensión máxima de ocho horas diarias y mínima de cuatro. Para determinar la duración de la jornada y el plazo en el que deberán cumplirse se tendrán en cuenta las cargas personales o familiares del penado.

2. La ejecución de esta pena estará regida por un principio de flexibilidad a fin de hacer compatible en la medida de lo posible el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, cuando concurra causa justificada podrá autorizarse por el Juez o Tribunal el cumplimiento de la misma de forma partida, en el mismo o diferentes días y en períodos mínimos de dos horas.

3. La realización del trabajo no será retribuida, pero el penado será indemnizado por la entidad a beneficio de la cual sea prestado por los gastos de transporte y, en su caso, de manutención, salvo que estos servicios los preste la propia entidad.

Artículo 6. *Seguimiento y control.*

Durante el cumplimiento de la condena el penado deberá seguir las instrucciones que reciba de la autoridad judicial competente, así como de la autoridad encargada de la ejecución de la pena, y las disposiciones de la entidad para la que preste sus servicios. La Administración penitenciaria comprobará con la periodicidad necesaria el sometimiento del penado a la pena, así como el cumplimiento efectivo del trabajo impuesto, a cuyo fin mantendrá contactos periódicos con la entidad en que se lleve a cabo, adoptando, en su caso, las medidas procedentes.

Artículo 7. *Informe final.*

Una vez cumplidas las jornadas de trabajo, la Administración penitenciaria informará a la autoridad judicial de tal extremo, así como las vicisitudes ocurridas durante la ejecución, a los efectos oportunos.

Artículo 8. *Incumplimiento de la pena.*

Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán a la autoridad judicial a los efectos, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 88.3

del Código Penal el incumplimiento de la pena tan pronto como tenga constancia de que el penado:

- a) Se ausentara del trabajo o le abandonara injustificadamente.
- b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.
- c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.
- d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negare a seguir manteniéndolo en el centro.

Artículo 9. *Ausencias justificadas.*

Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto.

Artículo 10. *Información general y particular.*

1. La Administración penitenciaria facilitará con carácter general y periódico a las autoridades judiciales y fiscales y a los Colegios de Abogados y, singularmente cuando así se reclame por éstas para un penado en concreto, información relativa a esta pena, su forma de ejecución y trabajo disponible.

2. Esta información también se transmitirá a todas aquellas personas que estén en situación procesal susceptible de que se les aplique esta pena, que así lo deseen.

Artículo 11. *Seguridad Social y seguridad e higiene en el trabajo.*

Durante el desempeño de la actividad, los sentenciados a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad gozarán de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social y estarán protegidos por la normativa laboral en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

CAPÍTULO II

Del arresto de fin de semana

SECCIÓN 1.^a

PLAN DE EJECUCIÓN E INGRESO

Artículo 12. *Determinación del lugar de cumplimiento.*

1. La pena de arresto de fin de semana se cumplirá en el centro penitenciario más próximo al domicilio del arrestado o en el depósito municipal de detenidos en caso de que no exista centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado y el Juez o Tribunal así lo acordara en aplicación de lo dispuesto en el artículo 37.2 del Código

Penal. En caso de existir varios centros penitenciarios será preferente el cumplimiento en el centro de inserción social más próximo a su domicilio.

2. Si no existiese centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado y el Juez o Tribunal no acordar el cumplimiento en el depósito municipal, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente, indicará el centro de cumplimiento que se les asignará a quienes se impusiese tal pena.

Artículo 13. *Definición del plan de ejecución.*

1. Determinado judicialmente el sometimiento del penado a la medida de arresto de fin semana y recibido por el Director del establecimiento penitenciario, o, en su caso, encargado del depósito municipal correspondiente, el mandamiento de cumplimiento, se definirá el plan de ejecución.

2. En el caso de que la documentación remitida al establecimiento penitenciario o depósito municipal por el Juez o Tribunal sentenciador no se dedujere con la suficiente claridad alguno de los extremos mencionados en el apartado siguiente, el Director del establecimiento pedirá, con carácter previo a la definición del plan, las oportunas aclaraciones al Juez o Tribunal.

3. El plan de ejecución, definido por el Director o encargado del depósito municipal, deberá contener al menos los siguientes extremos:

a) Datos de identidad personal del penado, de su domicilio o residencia, trabajo u ocupación habitual.

b) Delito por el que ha sido condenado y número de arrestos de fin de semana impuestos.

c) Indicación expresa de si deberá cumplir de viernes a domingo u otros días de la semana, así como los días en que deberá hacerse efectiva la ejecución de la pena.

4. Al planificar la ejecución se buscará que el cumplimiento de la pena no perjudique las obligaciones laborales, formativas o familiares del condenado, a cuyo fin serán entrevistados con carácter previo a la definición del plan por los servicios sociales. La propuesta de ejecución se pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia para su aprobación.

5. Aprobado el plan de ejecución por el Juez de Vigilancia, una copia del mismo se entregará al penado que deberá presentarla en el momento de ingreso en el establecimiento. Los encargados de los depósitos municipales de detenidos remitirán una copia del plan de ejecución a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente que les prestará el asesoramiento técnico que precisen para la ejecución de esta pena.

Artículo 14. *Ingreso.*

1. Salvo que el Juez o Tribunal hubiese dispuesto el cumplimiento en otros días de la semana el ingreso del penado en el establecimiento penitenciario, o depósito municipal de detenidos para el cumplimiento del arresto, deberá efectuarse entre las ocho de la mañana del viernes y las doce del mediodía del sábado. A partir de esta hora no se admitirá ningún ingreso.

2. Para el más adecuado control y mejor orden del establecimiento o depósito no se admitirán ingresos entre las doce de la noche del viernes y las ocho de la mañana del sábado. Si el penado se presentara en este intervalo horario se le hará saber que debe hacerlo a las ocho horas del sábado, haciendo constar tal extremo en la oportuna diligencia.

3. En el caso de que el penado se presentara pasadas las doce del mediodía del sábado, se hará constar así en un acta en la que se indicará, expresamente, la hora en que se ha producido la misma, y las razones alegadas por el penado para justificar el retraso, siendo remitida inmediatamente a la autoridad judicial de quien dependa, entregándole una copia al interesado.

Artículo 15. Gastos de transporte.

Los gastos ocasionados por el traslado del penado hasta el centro penitenciario o depósito municipal de detenidos correrán a cargo del mismo, salvo que no exista centro penitenciario o depósito municipal de detenidos en el partido judicial donde resida, en cuyo caso le serán reintegrados por la Administración los gastos originados por el uso de cualquier medio de transporte público, excepto el de servicio de taxi que sólo se abonará cuando conste la inexistencia de otro medio de transporte.

SECCIÓN 2.^a

CUMPLIMIENTO DEL ARRESTO

Artículo 16. Identificación y adscripción de celda.

1. Una vez efectuado el ingreso e identificado convenientemente el penado mediante la presentación de su documento de identidad o pasaporte, el encargado del establecimiento le adjudicará una celda entregándosele ropa de cama.

2. En el primer ingreso del penado para el cumplimiento de la pena se procederá en la forma prevista en el artículo 18 del Reglamento penitenciario.

Artículo 17. Régimen de cumplimiento.

El penado cumplirá en celda individual y en régimen de aislamiento, es decir, con absoluta separación del resto de los detenidos, presos o penados que puedan hallarse en el mismo centro o depósito municipal y no podrá abandonar la celda salvo en el supuesto que se le hubiera señalado alguna medida prevista en el artículo 83.4 del Código Penal que debiera hacerse efectiva durante el período de arresto y para disfrutar de los períodos de paseo.

Artículo 18. Derechos del penado.

Durante el período de arresto el penado tendrá derecho a:

- a) Disponer de radio o televisión a su costa.
- b) Acceder a los servicios de biblioteca y economato.
- c) Efectuar una única llamada telefónica al ingreso.

Artículo 19. Deberes del penado.

Durante el período de arresto el penado tendrá los siguientes deberes:

- a) Respetar las normas de régimen interior establecidas al efecto.
- b) Mantener en buen estado la celda, efectuando las labores de limpieza y aseo de la misma antes de desalojarla.
- c) Someterse a las medidas de higiene personal que se le indiquen.
- d) Mantener un buen comportamiento y acatar las instrucciones u órdenes que reciba.

Artículo 20. Alimentación.

El centro penitenciario o el depósito municipal de detenidos, en su caso, facilitarán al interno el racionado diario.

Artículo 21. Comunicaciones y visitas.

1. Durante el cumplimiento del arresto los penados no serán clasificados, ni podrá recibir visitas, comunicaciones o paquetes.

2. En el caso de que la pena de arresto se cumpla ininterrumpidamente se le permitirá mantener una comunicación semanal de cuarenta minutos de duración con sus familiares y allegados íntimos por los locutorios generales del centro o en el local habilitado al efecto, así como recibir un paquete a la semana, y efectuar las llamadas telefónicas que el Reglamento penitenciario autoriza con carácter general para el régimen ordinario.

Artículo 22. Régimen disciplinario.

El penado estará sometido al régimen disciplinario general del establecimiento, en cuanto resulte de aplicación a la naturaleza de esta pena y su forma de ejecución. Cuando observe una reiterada mala conducta se comunicará al Juez de Vigilancia de quien dependa a fin de que se adopten, en su caso, las medidas procedentes.

Artículo 23. No presentación.

A efectos de lo dispuesto en el artículo 37.3 del Código Penal, el Director del establecimiento pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia la falta de presentación del penado en el establecimiento penitenciario o depósito municipal, así como la presentación posterior a las doce horas del sábado o del día señalado al efecto.

Artículo 24. Liquidación de condena.

Transcurridos los plazos señalados en el plan de ejecución, el Director del establecimiento penitenciario o el encargado del depósito remitirán un informe al Juez de Vigilancia en el que se harán constar las vicisitudes ocurridas durante la ejecución, a efectos de la liquidación definitiva de la pena.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA*Régimen supletorio general*

En todo lo no regulado expresamente en este Real Decreto serán de aplicación las normas generales contenidas en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en su Reglamento de desarrollo, siempre que lo dispuesto en ellos no sea incompatible con la forma de cumplimiento de estas penas.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA*Entrada en vigor*

El presente Real Decreto entrará en vigor el día 25 de mayo de 1996.

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

Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva

(Comentario a la STS de 20 de febrero de 1993. Ponente Sr. Conde-Pumpido Ferreiro)

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

I

I. Los hechos probados en la STS de 20 de febrero de 1993 hacen referencia a la venta, por parte del procesado José María G.J., de heroína con un alto grado de pureza a David D. que murió de forma casi instantánea al inyectarse la dosis de heroína que había comprado al acusado. En la sentencia se afirma «... el desconocimiento por parte del acusado José María G.J. de la mayor concentración de heroína de lo habitual en la droga vendida...»

2. La Audiencia condena al procesado José María G.J. como autor de un delito contra la salud pública, por tráfico de drogas, concurriendo la circunstancia atenuante, por analogía, de enajenación mental incompleta

a la pena de dos años y tres meses de prisión menor y 60.000 ptas. de multa. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por la acusación particular en el que se alegaba la inaplicación del art. 348 CP y, subsidiariamente, la inaplicación del art. 565, párr. 1.º CP, en relación con el 407 CP.

3. Con gran consistencia, en esta sentencia se abordan importantes cuestiones jurídico-penales a través de un profundo análisis de los hechos. Con independencia de que se discrepe respecto de determinadas conclusiones y planteamientos de la sentencia, en conjunto, es convincente. La coherencia general de la sentencia contrasta con la argumentación que se encuentra en el Fundamento Quinto, ya que, después de afirmar la inexistencia de consentimiento respecto de la muerte y, por consiguiente, que no había una autopuesta en peligro por parte de la víctima respecto de la muerte, afirma la existencia de imprudencia en la conducta de la víctima y acude a la tan criticada teoría de la concurrencia de culpas para calificar los hechos como imprudencia simple. No se entiende en base a qué hechos se fundamenta la imprudencia de la víctima, puesto que si no hay creación de un riesgo nuevo por parte de la víctima no hay imprudencia. Por otro lado, si no hay creación de un riesgo distinto por parte de la víctima, o en su caso de un tercero, no cabe hablar de «concurrencia de culpas». Por último, degradar la imprudencia del autor por existir imprudencia de la víctima, aplicando el criterio de la concurrencia de culpas supone, pese a la utilización de una terminología distinta, introducir en el Derecho Penal el criterio de la compensación de culpas de carácter puramente civilista.

II

4. El Tribunal Supremo examina, en un primer momento, la posibilidad de aplicar en este caso el art. 348 CP 1973 para imputar a José María G.J. la muerte de David D. Con esta finalidad, estudia las distintas teorías que, tras la reforma del Código Penal en 1983, han sido defendidas respecto de los requisitos necesarios para poder castigar por un delito cualificado por el resultado; en un segundo momento, toma en consideración la posibilidad de apreciar la existencia de dolo en la conducta de José María G.J. respecto de la muerte de David D. en alguna de sus modalidades. A propósito de la concurrencia del dolo efectúa un breve, pero profundo estudio, de la doctrina de la Sala Segunda al respecto, decantándose por lo que considera una «solución ecléctica», que, esencialmente, configura un concepto objetivo de dolo, a la luz de la teoría de la imputación objetiva. En un tercer momento, examina la posibilidad de apreciar imprudencia en la conducta de José María G.J. respecto de la muerte de David D., ofreciendo una clara definición de cuál es el contenido de la imprudencia y de cómo realmente se determina el deber objetivo de cuidado; en la misma línea de consideraciones sobre la con-

currencia o no de imprudencia afirma la necesidad de probar, también, la existencia de un nexo causal entre la conducta imprudente y el resultado. En esta dirección, analiza el contenido y eficacia del consentimiento para la exclusión del nexo causal, en base a entender que la asunción del riesgo por parte de la «víctima» supone una autopuesta en peligro que excluye la imputación del resultado al «autor». En la sentencia, sin embargo, no se toma en consideración el hecho de que no se trata de un problema de prueba del nexo causal sino de prueba de la concurrencia o no de un nexo jurídico. Asimismo, no advierte que junto al problema de imputación del resultado se suscita un problema de determinación de la autoría, puesto que quién realmente se causa la muerte es la propia víctima, planteándose, en consecuencia, un problema de autoría mediata o de autoría en comisión por omisión. Por último, se llega a la calificación de imprudencia simple por aplicación del concepto de la «concurrencia de culpas» cuando realmente no existe esta concurrencia.

5. Como decíamos, el primer punto objeto de análisis es el tratamiento de los delitos cualificados por el resultado tras la Reforma del Código Penal por la LO 8/1983, en la que se introduce la cláusula del tercer inciso (1) del art. 1.º del CP según la cual «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiera causado al menos por culpa», consagrando el principio de responsabilidad subjetiva respecto de los delitos cualificados por el resultado. Al respecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina han ido fluctuando entre entender que es suficiente que concurra imprudencia respecto del resultado para apreciar la existencia del correspondiente delito cualificado por el resultado (2); o considerar que sólo son aplicables cuando existe imprudencia y que si concurre dolo hay que acudir a la solución concursal; otra corriente entiende que es necesario en todo caso probar la concurrencia de dolo o, para otros, que cabe calificar como delito cualificado por el resultado tanto si existe dolo como si existe imprudencia respecto del resultado y, por último, como solución discutible pero finalmente predominante en la jurisprudencia (3), entender que sólo se puede castigar por un delito cualificado por el resultado cuando existe dolo eventual respecto de éste, entendiendo que en los demás casos hay que acudir a la solución concursal. En la sentencia estudiada, aun cuando a primera vista parece que se decanta por la teoría de la jurisprudencia dominante, en último término, expresamente, rechaza entrar «...en la polémica en torno a si la culpa o impru-

(1) La sentencia se refiere al segundo inciso, en el que se concreta el principio de culpabilidad, «No hay dolo sin pena ni culpa», es decir, a la exclusión de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, en este caso se plantea, en concreto, el problema de los delitos cualificados por el resultado, al cual se refiere el tercer inciso.

(2) Cfr. STS 19 de noviembre de 1990.

(3) Por citar algunas de las sentencias que siguen esta línea: STS 30 de marzo de 1985, STS 3 de abril de 1985, STS 11 de noviembre de 1987, STS 6 de abril de 1988 o STS 23 de abril de 1992.

dencia respecto al resultado agravatorio permite o no la aplicación del art. 348».

6. Respecto a las posibilidades de aplicación de los delitos cualificados por el resultado tras la reforma del Código Penal de 1983, la doctrina y la jurisprudencia se han manifestado reiteradamente (4), por lo que en esta sede no es necesario extenderse en las distintas fundamentaciones alegadas para defender las distintas posturas doctrinales (con mayor motivo cuando con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 la situación cambia sustancialmente).

Aun cuando, por las razones aludidas, no creo necesario profundizar en el análisis sobre la situación creada tras la reforma del Código Penal de 1983, respecto de los delitos cualificados por el resultado, pienso que sí es importante examinar la nueva situación que al respecto se plantea con el Código Penal de 1995. Decir que en el nuevo Código Penal han desaparecido materialmente los delitos cualificados por el resultado es más que dudoso. Es cierto que los más conocidos y estudiados, como el que se examina en la sentencia, art. 348, delito contra la salud pública con resultado de muerte, o el aborto con resultado de muerte o lesiones, el robo con homicidio..., han sido suprimidos, creo que con total acierto, por el legislador. No obstante, si analizamos estos delitos vemos que además de ser delitos cualificados por el resultado son delitos complejos, es decir, delitos en los que se protegían, conjuntamente, dos bienes jurídicos distintos, en general, la vida y la salud junto a otros bienes jurídicos (5). Por consiguiente, su desaparición debería de encuadrarse dentro del criterio legislativo de eliminar los delitos complejos entendiendo, pienso que muy correctamente, que en los supuestos en que se lesionan o ponen en peligro dos o más bienes jurídicos la solución correcta, en general, será la vía del concurso (6).

(4) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Resultado de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, ADPCP 1989, pp. 322 y ss.

Con anterioridad a la Reforma de 1980, vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (1966) Reimpresión, 1990, pp. 171 y ss., que nos ofrece una completa panorámica de las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales antes de la Reforma de 1983. Es de reseñar que el autor termina diciendo que el problema sólo se puede solucionar correctamente con la intervención del legislador. Es posible que, el Código de 1995, al menos en este aspecto, nos ofrezca la solución correcta.

(5) Cfr. MAQUEDA ABREU, *El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983*, CPC 1987, pp. 220-221, entiende que no son delitos complejos y rechaza su especificidad por entender que en los delitos cualificados por el resultado en el tipo base se contiene ya un grado mayor o menor de peligro para el bien jurídico que finalmente resulta lesionado.

(6) Esta era también la solución adoptada en el Proyecto de Código Penal de 1980. Sobre esta reforma vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos calificados por el resultado y el art. 3 del proyecto de Código Penal español de 1980 II*, ADPCP 1983, pp. 124 y ss., no se muestra partidario de la solución del concurso ideal por entender que no es la más idónea.

7. Pese a este intento del legislador de eliminar los delitos cualificados por el resultado, ahondando en la línea de excluir cualquier vestigio de responsabilidad objetiva en el Código Penal, podemos afirmar que los delitos cualificados por el resultado subsisten en varios supuestos en los que se tipifican modalidades agravadas en atención a la mayor gravedad del resultado, es decir en supuestos de progresión delictiva o de tipos agravados en base a un resultado especialmente grave que afecta al mismo bien jurídico protegido en el tipo base o a aspectos conexos con éste (7).

Cualificados por el resultado son, por poner algunos ejemplos, los artículos 149 y 150 CP donde se mantienen tipos agravados de lesiones para los supuestos en los que «por cualquier procedimiento» se causen resultados especialmente graves como la pérdida o inutilización de órgano o miembro principal o impotencia, deformidad...; los artículos 250, 6.º o 264, 5.º CP en los que se cualifica el delito de estafa o de daños en atención a la situación en que se deje a la víctima o su familia; en los delitos contra el medio ambiente, por ejemplo, art. 325, e) cuando «se cause un riesgo de deterioro irreversible» o art. 334, 1. y 2. cuando se cace o pesque especies o subespecies amenazadas o catalogadas o en peligro de extinción; en los delitos de incendio art. 352, 2. CP «que haya existido peligro para la vida o integridad física» o el art. 353, que en cada uno de sus apartados tipifica una cualificación por el resultado: art. 353.1.º «Que afecte a una superficie de considerable importancia», art. 353.2.º «cuando se deriven graves efectos erosivos en los suelos», art. 353.3.º «altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal o afecte a algún espacio natural protegido» ó art. 353.4.º «cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados» (8).

8. En la mayoría de estos supuestos para la agravación de la pena por el resultado más grave se utiliza la misma técnica legislativa que para las circunstancias agravantes e, incluso, se denomina a estos resultados más graves «circunstancias». Creo, sin embargo, que junto a la necesaria diferenciación entre circunstancias agravantes genéricas (previstas en la Parte General en el art. 22. CP, en relación con todos los

(7) En Alemania, donde se mantienen los delitos cualificados por el resultado, se distingue entre delitos cualificados por el resultado propios, donde se protege un mismo bien jurídico, y se aplican cuando se produce una combinación dolo/imprudencia, y delitos cualificados por el resultado impropios, en los que se tipifica como tipo agravado la comisión de un tipo básico unida a la producción de un resultado de muerte o lesiones (& 307 StGB, incendio agravado por el resultado de muerte), es decir, los llamados delitos complejos; en estos casos se castiga por el tipo agravado en concurso ideal con el homicidio doloso o imprudente, vid. SCHÖNKE/SCHRÖDER, 24.ª ed. & 18, núm. 6; HRUSCHKA, GA 67, p. 48.

(8) En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. 4.ª ed. (corregida y puesta al día), Barcelona 1996, p. 287, pone de manifiesto que pese a la voluntad del legislador de erradicar cualquier vestigio del *versare in re illicita*, subsisten delitos cualificados por el resultado, poniendo como ejemplo, el art. 418 CP, que habla de «resultara grave daño para la causa pública o para tercero».

delitos de la Parte Especial) y circunstancias agravantes específicas (previstas expresamente en la Parte Especial respecto de uno o varios delitos) (9), hay que distinguir entre circunstancias agravantes específicas que afectan al modo de realizar la conducta, a los medios empleados, a los hechos concurrentes en dicha conducta... y circunstancias agravantes «específicas» que materialmente consisten en la producción de un resultado más grave.

En la jurisprudencia puede apreciarse que, aun cuando no se diga expresamente, se diferencia entre unas y otras «circunstancias específicas». Ello es así porque, respecto de la aplicación de las circunstancias que afectan a la modalidad de conducta, se entra en consideraciones sobre la necesidad de que concurra el elemento subjetivo respecto de dicha circunstancia, mientras que en relación con aquellas circunstancias que constituyen, realmente, un resultado más grave se utilizan criterios puramente objetivos para su estimación. Este diferente tratamiento no está legalmente justificado puesto que de acuerdo con el artículo 14.2. CP es necesario probar el conocimiento, por parte del sujeto, de todos los elementos del tipo para poder castigar por el correspondiente delito doloso (10).

En relación con las circunstancias agravantes específicas, en la sentencia de 27 de enero de 1995, claramente se afirma que «...se excluye el dolo del tipo agravado, ya que no es posible afirmar que obró con conocimiento de los elementos del mismo. Por lo tanto se trata de un caso de ignorancia vencible —el autor hubiera podido informarse de dichas circunstancias revisando cuidadosamente el arma— que recae sobre un elemento esencial que agrava la pena, en el sentido del artículo 6 bis a) CP, por lo que, como lo establece esta disposición, se excluye la agravación». Como puede apreciarse en esta sentencia el Tribunal observa cuidadosamente el principio de responsabilidad subjetiva que afecta a cualquier elemento que aumente la gravedad final de la pena, no únicamente, a aquellos elementos típicos que configuran el tipo básico (11). Sin embargo, junto a este correcto criterio jurisprudencial, en otras sentencias (12), se afirma que la prueba del error, en este caso el desconocimiento de una circunstancia agravante, ha de ser probada por quien la alega, con lo cual se invierte la carga de la prueba y se infringe el principio de presunción de inocencia.

(9) Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*, pp. 254-255, entiende que el art. 14. 2. CP al hacer referencia a «hecho que cualifique» y «circunstancia agravante» comprende tanto las circunstancias agravantes específicas (elementos típicos accidentales) como las circunstancias agravantes genéricas, del art. 22. CP.

(10) Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 255, que entiende que el art. 14.2 CP debe de interpretarse en el sentido de exigir el conocimiento de todo elemento que agrave la pena.

(11) En el mismo sentido, STS de 7 de julio de 1995, que entiende que cualquier circunstancia que agrave la pena, en relación con el tipo básico, requiere ser alcanzada por el dolo.

(12) Así, por ejemplo, STS de 10 de enero de 1995.

La situación es diametralmente opuesta cuando se trata de la apreciación de un tipo agravado en base a la producción de un resultado más grave, tipos a los que seguiremos denominando «delitos cualificados por el resultado». En estos casos se entra en toda clase de consideraciones sobre la causalidad, la imputación objetiva o incluso sobre la concurrencia del resultado pero no se discute la necesidad de que el dolo del autor abarque la probabilidad de producción de ese resultado más grave (13), ni tan siquiera si ha de concurrir imprudencia al respecto (14), incumpléndose, por tanto, el principio de responsabilidad subjetiva. Por consiguiente, el legislador al no haber suprimido por completo la cualificación por el resultado y haber eliminado, al mismo tiempo, la cláusula prevista en el tercer inciso del artículo 1.º CP 1973, puede provocar, en la práctica, que se adopten resoluciones que lesionen el principio de responsabilidad subjetiva.

9. La solución que se ofrezca sobre en qué supuestos es posible aplicar estos «delitos cualificados por el resultado» no puede dejar de tomar en consideración la nueva regulación de la imprudencia en el Código Penal que, de acuerdo con el artículo 11.2 CP, pasa de una incriminación abierta —*numerus apertus*— a una incriminación cerrada —*numerus clausus*—. Con independencia de las distintas consecuencias que este cambio conlleva en atención a múltiples aspectos de la teoría del delito, en concreto, respecto de los «delitos cualificados por el resultado» es obligado interpretar que, en todo caso, se deberá probar la existencia de dolo, al menos eventual, respecto del resultado más grave, exceptó en aquellos supuestos en los que se incrimine también la comisión imprudente, donde la solución puede seguir siendo la concursal. En el supuesto en que no esté prevista la comisión imprudente, si no existe dolo respecto del resultado más grave se debería condenar, exclusivamente, por el tipo básico doloso. Si cupiese la comisión imprudente, el tipo aplicable tampoco es el «delito cualificado por el resultado», sino el tipo básico doloso en concurso ideal, en su caso, con el correspondiente delito imprudente (15). Esta afirmación se fundamenta, por un lado, en la

(13) Cfr. STS de 30 de noviembre de 1990, en la que la Audiencia había condenado al director de la central de Cerc, como autor del tipo básico contra el medio ambiente del art. 347 bis, párrafo 1. La Audiencia considera que no es aplicable la agravación prevista en el párrafo tercero del mismo artículo por entender que no se produjo un deterioro irreversible. El Tribunal Supremo casa la sentencia y entiende que sí se produce un deterioro irreversible, pero en ninguna de las dos instancias, ni por parte de ninguna de las partes, se plantea la necesidad de probar que el autor conocía que realmente los vertidos producían un deterioro irreversible, como elemento subjetivo necesario para poder castigar por el tipo agravado.

(14) En relación con la sentencia examinada en la nota 13, para que concorra imprudencia respecto del resultado de «deterioro irreversible», sería necesario que, al menos, se pudiera saber que se podía producir ese resultado y que el director tuviera el deber de saberlo.

(15) Ello siempre que, como veremos, no se entienda que la nueva regulación del error de tipo impide en estos casos el castigo por el resultado más grave, aun cuando exista imprudencia respecto de su producción.

incriminación cerrada de la imprudencia, prevista en el artículo 11 CP, según la cual los delitos previstos en la Parte Especial son delitos dolosos, excepto cuando expresamente esté previsto un tipo imprudente, y, por otro, en la inexistencia de una cláusula semejante a la prevista en el anterior párrafo tercero del artículo 1.º CP 1973, que hubiese permitido, en estos casos, castigar si concurría imprudencia respecto del resultado más grave, aun cuando no estuviese expresamente prevista la comisión imprudente del tipo.

10. Por consiguiente, la teoría que se adopte respecto a la necesidad de dolo o/y imprudencia respecto del resultado en los «delitos cualificados por el resultado» tiene que tomar en consideración, junto al sistema de incriminación cerrada de la imprudencia, la desaparición de la mencionada cláusula, a la que precisamente se refiere la sentencia objeto de este comentario. Como decíamos, la existencia de esta cláusula hubiera permitido, si no se tenían en cuenta otras consideraciones sobre principios fundamentales del Derecho Penal, como el de intervención mínima o fragmentariedad, castigar por el delito cualificado siempre que se probase la concurrencia de imprudencia respecto del resultado (16). En el Código Penal de 1995 se repite, en el artículo 5, la fórmula que, desde la reforma de 1983, estaba prevista en el segundo inciso del artículo 1 CP 1973 «No hay pena sin dolo o culpa» (17), pero desaparece el tercer inciso donde se hacía una especial referencia a los delitos cualificados por el resultado. Es de suponer que la voluntad de suprimir los delitos cualificados por el resultado y de cumplir estrictamente con el principio de responsabilidad subjetiva, ha llevado al legislador a eliminar esta cláusula. Al no cumplirse la presunta voluntad del legislador de suprimir los delitos cualificados por el resultado, la desaparición de la cláusula supone consecuencias importantes respecto de los «delitos cualificados por el resultado» que subsisten. Si la cláusula se hubiera mantenido, la discusión sobre la necesidad de concurrencia de dolo o la suficiencia de la imprudencia respecto del resultado seguiría vigente, ya que en el artículo 12 CP se prevé que «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley», con lo que la existencia de la cláusula supondría otra vía de incriminación de

(16) Por lo demás, esta interpretación es la única que se ajusta no sólo al tenor literal del artículo sino sobre todo a la voluntad del legislador de agravar las penas en aquellas modalidades de comportamiento en las que la «cualificada» previsibilidad del resultado más grave fundamenta político-criminalmente, por motivaciones de prevención general, la agravación», en este sentido, CORCOY BIDASOLO, ADPCP, 1989, p. 323; MAQUEDA ABREU, CPC 1987, p. 23, añade que la doctrina encuentra el fundamento de la agravación legal «en un contenido de injusto adicional», junto a las razones de prevención general.

(17) En el art. 5 del Código Penal de 1995 se sustituye el término «culpa» por el de «imprudencia», esta modificación tiene un significado de unificar la terminología utilizada en el Código acogiendo el término «imprudencia» por ser menos confuso que el de «culpa», que tiene una calar reminiscencia culpabilística y un significado o acepción coloquial de atribución de responsabilidad.

la imprudencia también por ley (18). En consecuencia, hemos de concluir que la incriminación cerrada de la imprudencia junto a la desaparición de la cláusula prevista en el anterior art. 1. CP 1973 y la nueva regulación del error de tipo ha de conducir a que en todos los supuestos en que se preveen tipos agravados en base a un resultado más grave será necesario probar la existencia de dolo, aun cuando sea eventual, respecto de la producción de ese resultado, ya que la no concurrencia de dolo debería conducir a castigar, únicamente, por el tipo base (19).

A, creyendo que B tiene muchas propiedades, le engaña e induce a error, haciéndole creer que si le deja una determinada cantidad de dinero obtendrá un beneficio de un 15% en un mes. B le entrega la cantidad y A no le devuelve ni los intereses ni el principal. B, pese a las apariencias de poseer fortuna, sólo poseía la cantidad entregada por lo que queda en la ruina. En este caso, A sólo podrá ser castigado por el tipo básico de estafa, puesto que no concurre dolo respecto de la posibilidad de que su conducta cause la ruina de B.

11. Si el sujeto desconoce la posibilidad de que se produzca ese resultado más grave, y no cabe la comisión imprudente del tipo, la interpretación más ajustada del Código conduce a afirmar que se deberá castigar, exclusivamente, por el tipo básico, ya que el hecho de no estar prevista la comisión imprudente de ese tipo impide su apreciación cuando únicamente concurre imprudencia respecto del resultado más grave (20). Esta interpretación se fundamenta, asimismo, en la regulación del error en el Código Penal de 1995. La voluntad del legislador de ceñirse al máximo al principio de responsabilidad subjetiva se completa con la

(18) En Alemania, donde existe una incriminación cerrada de la imprudencia, se mantiene esta cláusula, en el § 18 StGB, lo que permite castigar los delitos cualificados por el resultado cuando, únicamente, existe imprudencia respecto del resultado, pese a tener un sistema de incriminación cerrada de la imprudencia y no estar prevista la comisión imprudente de dicho delito. Sobre esta cláusula SCHÖNKE-SCHRÖDER, 24.^a ed., § 18 núms. 2-6, entendiéndose que es suficiente una imprudencia simple —*Leichtfertigkeit*— respecto del resultado para apreciar la existencia del correspondiente delito cualificado por el resultado, siempre y cuando se pruebe la causalidad entre el hecho doloso o imprudente y el resultado.

(19) En todo caso, cuando decimos que ha de existir dolo respecto del resultado ello no implica que se haya de querer ese resultado sino que, al entender el dolo como conocimiento del peligro concreto creado por la conducta, conocer el peligro concreto implica conocer la exacta eficacia lesiva de la conducta y por consiguiente conocer que se va a producir ese resultado más grave. Sobre el contenido y alcance del dolo volveremos *Infra*. III.

(20) Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 287, entiende que en estos casos se puede optar entre exigir el dolo también respecto del resultado más grave o considerar suficiente la imprudencia en base al principio proclamado en el art. 5. CP y, en consecuencia, aplicar el tipo agravado si concurre imprudencia respecto del resultado; LUZÓN PEÑA, *Derecho Penal. Parte General*, 1996, p. 451, parte de que el art. 14.2 CP se ha de interpretar en el sentido de que el desconocimiento de una circunstancia agravante impide en todo caso su apreciación.

nueva redacción del artículo 14.2 CP, en relación con la prevista en el artículo 6 bis)1 CP 1973, respecto del error. A diferencia de la regulación anterior, en el art. 14 CP se distingue entre «hecho constitutivo de la infracción penal» y «hecho que cualifique la infracción penal o circunstancia agravante», entendiéndose que sólo cuando el error recaiga sobre un «hecho constitutivo de la infracción penal», el error vencible puede dar lugar, en su caso, a castigar la infracción como imprudente, mientras que el error, ya sea vencible o invencible, «sobre un hecho que cualifique la infracción penal o sobre una circunstancia agravante» excluye la cualificación o la agravación (21). Respecto a las circunstancias agravantes, en sentido estricto, este precepto viene a confirmar la interpretación, que con la anterior regulación, se había defendido: la aplicación, en caso de error sobre una circunstancia agravante del artículo 60. 2 CP. 1973 (22).

En relación con cuál deba de ser la consecuencia respecto de los «delitos cualificados por el resultado», el primer problema que suscita esta redacción es saber cuándo estamos frente a un «hecho constitutivo» o ante un «hecho que cualifica la infracción». La interpretación más simple, formalista, nos llevaría a entender que serán «hechos constitutivos» aquellos que configuran el tipo básico, mientras que serán «hechos que cualifican» los que se prevean en los tipos agravados. Esta dificultad se acentúa en base a que, cuando examinamos diversos delitos previstos en la Parte Especial, nos encontramos con que en la redacción de los preceptos se consideran «circunstancias» la producción de un resultado más grave que el previsto en el tipo básico (23). El segundo problema, es, si cabe, más complejo, ya que, una vez interpretado que un determinado elemento es un «hecho que cualifica», en el caso de que no exista dolo respecto de ese elemento será necesario determinar si el artículo 14.2 CP impide, en todo caso, tomar en consideración el castigo por la imprudencia concurrente respecto de la producción de ese «hecho que cualifica» o si, por el contrario, se puede seguir acudiendo a las reglas generales de imputación y de concurso (24).

(21) En relación con la nueva redacción del error en el Código Penal de 1995 puede suscitarse un problema interpretativo añadido si se concede relevancia al dato de que se haya cambiado el término «elemento» por «hecho». Con una interpretación literal del precepto podría afirmarse que el error de tipo no es aplicable respecto de elementos normativos o valorativos del tipo, ya que estos elementos no son «hechos». Por consiguiente, el error sobre uno de estos elementos, en su caso, sólo podría constituir un error de prohibición, siempre y cuando el desconocimiento de esos elementos conllevase el desconocimiento de la ilicitud del hecho.

(22) Cfr. MIR PUIG, *Conocimiento y voluntad en el dolo*, CGPJ 1994 XXXIII, p. 18, el error vencible o invencible sobre una circunstancia agravante excluye su aplicación.

(23) Un ejemplo claro de esta confusión lo encontramos en el art. 353 CP que, en todos sus apartados, tipifica diversos supuestos de resultados graves, denominando, sin embargo, a estos resultados «circunstancias».

(24) Vid. Supra nota 20.

12. Este problema se suscita, de forma más clara, en los casos en que se prevé la incriminación de esas modalidades delictivas por imprudencia. En estos casos, pese a la redacción del artículo 14.2 CP creo que razones de justicia material abonan apoyar la solución del concurso ideal entre el tipo básico doloso y el tipo agravado por imprudencia. La ausencia de dolo respecto del tipo agravado no excluye, por un lado, la aplicación del tipo básico doloso y, por otro, la consideración sobre la posible concurrencia de imprudencia respecto del tipo agravado. En contra de esta interpretación se puede alegar que conculca el principio de *non bis in idem*, ya que el castigo por el tipo agravado imprudente se sustenta en los mismo hechos que fundamentan el castigo por el tipo básico doloso (25).

A esta crítica se le puede objetar que el concepto de concurso ideal, y la solución que el Código ofrece para la aplicación de las penas en esta modalidad concursal, ya tiene en cuenta la existencia de un solo hecho que crea dos riesgos típicos distintos. En base a esta superposición de injustos en una misma conducta, en el artículo 77 CP (26), se establece una regla especial de aplicación de la pena diferente de la prevista para el concurso real. En el concurso ideal, al tomarse en consideración que «un solo hecho constituya dos o más infracciones», la pena final no surge a partir de la acumulación material (con el límite de la acumulación jurídica) sino que se aplica, en su mitad superior, la pena prevista para la infracción más grave. En estos casos, la conducta del sujeto crea un riesgo típico doloso respecto del tipo básico y, al mismo tiempo, un riesgo típico imprudente respecto del resultado más grave, por lo que al concurrir un injusto mayor injusto le corresponderá mayor pena.

13. Examinemos un supuesto en el que concurre un tipo básico doloso e imprudencia respecto del resultado más grave:

A pretende incendiar una parcela de bosque para conseguir una licencia de edificación y procura evitar que el incendio se propague al resto del bosque, pero sin tomar las medidas de precaución necesarias y resulta quemada una considerable extensión de terreno boscoso. En este caso, A realiza dolosamente el tipo básico de incendio forestal, art. 352.1 CP, pero al mismo tiempo, se produce el resultado previsto en el art. 353.1.º CP, como consecuencia de que ha infringido el deber de cuidado necesario para evitar ese concreto resultado.

(25) Cfr. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, 1995, pp. 232 y ss., justifica la diferenciación entre concurso real e ideal de delitos precisamente en el hecho de que la peculiaridad del concurso ideal de delitos estriba en que un mismo sustrato material soporta valoraciones diversas, y por tanto constituye varios delitos; en sentido diverso, CUERDA RIEZU, *El concurso de delitos en el anteproyecto de CP de 1990*, ADPCP 1991, pp. 845 y ss.

(26) La regla de aplicación de las penas en el concurso ideal es análoga a la prevista en el art. 71 CP 1973, con la lógica diferencia debida al distinto sistema de penas: «mitad superior» en lugar de «grado máximo».

De entre las soluciones posibles cuando, como en este caso, expresamente, se incrimina la comisión imprudente del tipo agravado, vamos a analizar algunas:

1) Interpretar que el artículo 14.2 CP tiene un efecto de «cierre» y que siempre que un determinado resultado se conciba como «hecho que cualifique» no se puede tomar en consideración, en ningún caso, el tipo agravado, ya que de otro modo se infringiría el principio de legalidad. En el ejemplo enunciado ello nos llevaría a castigar únicamente por el artículo 352.1 CP.

2) Apreciar la existencia de un concurso de leyes entre las dos infracciones cometidas: el delito doloso o el delito imprudente. Esta interpretación suscita dos problemas, el primero, desde una perspectiva de antijuricidad material, que sea cual sea la calificación de los hechos se estará olvidando que el sujeto creó otro riesgo típico distinto del que se está tomando en consideración. Es decir, que no se trata de que legalmente los hechos se puedan calificar de dos maneras distintas y que sólo una de esas calificaciones es la adecuada sino de que la conducta del sujeto realiza dos injustos distintos. El segundo problema que se plantea es la decisión sobre qué criterio de solución del concurso de leyes, de entre los previstos en el artículo 8 CP, sería el aplicable. Si acogemos el principio de especialidad, artículo 8.1 CP, castigaríamos de acuerdo con el artículo 353.1.º CP en relación con al artículo 358 CP, mientras que si tomamos en consideración el principio de alternatividad, previsto en el artículo 8.4.º CP, castigaríamos por el art. 352.1 CP.

3) Entender que, en estos casos, de acuerdo con el artículo 5 CP, se podrá castigar por el tipo agravado siempre que exista imprudencia respecto del resultado más grave, es decir, castigar por el tipo agravado siempre que concurra imprudencia respecto de los hechos que cualifican. En el caso examinado, deberíamos de calificar los hechos conforme al tipo agravado previsto en el artículo 353.1.º CP. Desde esta perspectiva, la solución sería la misma en los supuestos en que no esté prevista la comisión imprudente de los hechos examinados (27). No obstante, con esta solución, que materialmente, podría parecer como la más adecuada, se olvida que la incriminación cerrada de la imprudencia, la regulación del error y la ausencia de una cláusula semejante a la prevista en el tercer inciso del artículo 1.º CP 1973 impiden de *lege lata* adoptar esta interpretación. Esta solución tampoco es satisfactoria desde el momento

(27) Así, por ejemplo, en el supuesto que planteábamos, Supra II.10, respecto al tipo agravado de estafa en base a la causación de la ruina del perjudicado, habría que examinar si el autor había sufrido un error invencible sobre la capacidad económica de la víctima, en cuyo caso sólo se le castigaría por el tipo básico de estafa, al no concurrir imprudencia respecto del resultado, o si el autor ha incurrido en un error vencible, porque con el cuidado debido habría advertido la real situación económica de la víctima, con lo que se castigaría por el tipo agravado de estafa, por concurrir imprudencia respecto del resultado de ruina.

en que castiga igual los supuestos en los que existe dolo respecto del resultado más grave y los que concurre imprudencia.

3) La solución, que se estima preferible, y a la que ya se ha hecho referencia, será la de apreciar la existencia de un concurso ideal entre el tipo básico doloso y el tipo agravado imprudente, con lo que aplicaríamos la pena prevista en el artículo 352.1 CP en su mitad superior. Sólo de esta forma se atiende, al mismo tiempo, al principio de legalidad y al de antijuricidad material.

En todo caso, no sería admisible, una cuarta «solución», consistente en aplicar el tipo agravado por la mera prueba de la producción de ese resultado más grave junto a la prueba de la existencia de imputación objetiva, o causalidad, entre la conducta y ese resultado más grave, ya que de esta forma se infringe directamente el principio de responsabilidad subjetiva y volvemos a la comprensión de los delitos cualificados por el resultado como expresión de responsabilidad objetiva en el Derecho Penal.

III

14. En un segundo momento, la sentencia pasa a examinar la concurrencia de dolo, respecto del resultado de muerte, en la conducta de José María G.J. El recurrente alega la existencia de dolo directo por parte del vendedor, pretensión que el Tribunal niega por cuanto no consta que la finalidad de la venta de la droga a la víctima fuera la de producirle la muerte. La supuesta voluntad homicida se contradice con el desconocimiento por parte del acusado José María G.J. de la mayor concentración de heroína de lo habitual en la droga vendida. Para el Tribunal Supremo, con toda razón, ese desconocimiento de la mayor concentración de heroína excluye, incluso, la existencia de dolo eventual en la conducta del acusado.

15. Para fundamentar la afirmación anterior, en la sentencia se alude a las distintas teorías dogmáticas seguidas por la Sala Segunda respecto del contenido del dolo eventual: la de la probabilidad, la del sentimiento y la del consentimiento. Esta última ha sido, tradicionalmente, la dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo por entender, tal y como se afirma en la propia sentencia, que es la menos equívoca y la que restringe en mayor medida el ámbito del dolo eventual. No obstante, en la misma sentencia, se hace referencia a la nueva línea jurisprudencial (28), que adopta para la caracterización del tipo objetivo la

(28) Esta doctrina jurisprudencial parte, básicamente de la STS 3-4-1992, siendo ponente BACIGALUPO, que establece unos criterios sustentados, posteriormente, en otras muchas sentencias, por ejemplo, STS 16-11-1992, donde se afirma que «no cabe excluir el dolo, pues conociendo el autor el peligro de su acción y sabiendo que actuaba no es posible poner en duda que sabía lo que hacía». Esta doctrina está teniendo una gran repercusión en la Sala Segunda, aun cuando, otros ponentes matizan, con criterios cercanos a la teoría del consentimiento, esta concepción normativa del dolo.

teoría de la imputación objetiva (29), consistiendo dicho tipo objetivo en la creación de un peligro concreto jurídicamente desaprobado (30). En consecuencia, la existencia de dolo, entendido como dolo típico, depende del conocimiento que tenga el autor del peligro concreto implícito en su acción. La aceptación del resultado se presume cuando el autor ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias (31).

La sentencia examinada, sin embargo, no se decide a romper con la teoría del consentimiento, defendiendo una teoría ecléctica que conjuga, en un nivel de declaración de principios (32), las tesis de la probabilidad y del consentimiento, entendiendo por dolo eventual la ejecución de la acción con conocimiento del peligro y conformándose con la producción del resultado, es decir, con un doble contenido del dolo: cognoscitivo y volitivo. La dificultades de la jurisprudencia, y de un amplio sector doctrinal, para prescindir del elemento volitivo del dolo sólo puede entenderse desde una concepción del dolo natural con reminiscencias del dolo malo, con connotaciones culpabilísticas de «reproche», en el sentido de la «voluntad homicida» a la que se refiere la sentencia. No puede justificarse cuál es el significado (33) o la función (34) del ele-

(29) CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 335 y ss., se distingue entre presupuesto de imputación —juicio sobre el injusto típico— e imputación objetiva, en sentido estricto —imputación del resultado al injusto típico—. La imputación, como imputación de un hecho a su autor, sólo es objetiva, en tanto en cuanto, se examina a través de un juicio objetivo y no de acuerdo con la opinión del autor. La imputación del resultado al injusto típico si es objetiva, en sentido estricto, pues este aspecto no afecta a la norma prohibitiva sino a la punibilidad. En este sentido, con distintos matices, MIR PUIG, *Función de la pena*, 2.ª ed., pp. 65 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 415 y ss.; FRISCH, *Vorsatz*, p. 60; de otra opinión, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, pp. 47 y ss., propone la utilización del término imputación objetiva tanto respecto del momento de la creación del riesgo como de la realización. Esta opción, aun cuando, como afirma su autora, pueda parecer meramente terminológica y no repercutir en las soluciones a adoptar, tiene consecuencias en los criterios defendidos por Martínez Escamilla que defiende un planteamiento puramente objetivo del momento de la creación del riesgo.

(30) Este planteamiento es incorrecto puesto que el peligro solo será «jurídicamente desaprobado» cuando junto a la puesta en peligro de un bien jurídico penal relevante no concurra una causa de justificación, en este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 112.

(31) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual*, en «Estudios de Derecho Penal», 2.ª ed. 1980, passim, y, en particular, pp. 254 y ss., fue el primer autor que defendió en España la teoría de la probabilidad, con argumentos que explican la innecesariedad de exigir un elemento volitivo en el dolo eventual, y, en concreto, poniendo de manifiesto que la teoría de la probabilidad fija unos límites estrictos al dolo.

(32) CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 278 y ss., examina esta constante en la doctrina del Tribunal Supremo de defender una serie de teorías que luego no aplica en el caso concreto, en este caso, en relación con la prueba del dolo.

(33) Cfr. HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, p. 12, afirma que el querer carece de cualquier significado en el dolo.

(34) Cfr. KINDHAUSER, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, ZStW 96 (1984), p. 22, entiende que el querer es el elemento propio del «Absicht» (dolo directo de primer grado) pero que carece de cualquier función en el dolo directo (de segundo grado) y en el eventual.

mento volitivo del dolo, que por otro lado, no se requiere ni en el dolo directo de segundo grado ni en el error de tipo que excluye el dolo en base a la ausencia del elemento cognoscitivo, sin que en ningún caso se haga referencia a la concurrencia o ausencia del elemento volitivo (35). La voluntad es un elemento de la acción (36) y no puede probarse una voluntad distinta de la propia del comportamiento humano voluntario (37). Tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes el autor realiza un comportamiento humano voluntario, la diferencia estriba en el distinto contenido del conocimiento que tiene el sujeto respecto del «concreto peligro» creado por su conducta.

17. La reticencia a prescindir del querer como elemento del dolo lleva a que la sentencia se muestre favorable a la aplicación de la teoría ecléctica (38), pero la imposibilidad de probar el elemento volitivo le lleva a concluir afirmando que: «en todo caso, lo exigible es la consciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene» (39). La sentencia, en base a esta premisa, concluye que el desconocimiento por parte de José María G.J. del peligro concreto que creaba su conducta excluye la existencia de dolo en cualquiera de sus modalidades, es decir excluye la posibilidad de concurrencia de dolo, exclusivamente, en base a la ausencia de conocimiento.

Prescindir del elemento volitivo no supone ampliar el ámbito del dolo, siempre y cuando se pruebe que el autor conocía exactamente el peligro inherente a su conducta, con este fin se debe probar que no existía un error en el conocimiento concreto del riesgo por parte del autor. Si el sujeto, pese a conocer que está creando un peligro, no conoce su concreta eficacia estaremos frente a un hecho imprudente —culpa cons-

(35) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 401-402; HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.^a ed., pp. 435 y ss.

(36) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, p. 401.

(37) En este sentido la KINDHÄUSER, ZStW 96 (1984), p. 23, incluye en su crítica todas las diversas acepciones que como sustitutivos del querer se han propuesto por la doctrina: conformarse, aceptar, consentir, estar de acuerdo..., en base a que ninguna de ellas puede ser probada. No se trata, en este caso, de un problema de dificultad de la prueba, sino de imposibilidad de la prueba, ya que es imposible saber qué «voluntad» movía al autor; incluso, en muchas ocasiones, el propio autor no sabe cuál era su «voluntad».

(38) Supra II.15.

(39) Esta «doble vía» seguida por un amplio sector jurisprudencial de partir de teorías que requieren un elemento volitivo en el dolo y luego conformarse con la existencia de conocimiento queda patente en la STS de 22 de junio de 1995, que concibe el dolo como conciencia y voluntad, que han de abarcar los elementos del delito, en este caso, su condición de funcionario y un interés a título particular en un asunto en el que sólo tenía que haber defendido los intereses públicos que le estaban encomendados, afirmando que conocía su condición de funcionario y que se interesaba a título particular, por ser al mismo tiempo adjudicante y adjudicatario, concluyendo por ello la voluntad y conciencia de su conducta, cuando no se da a la voluntad ningún contenido ni se prueba en que consistía esa voluntad y únicamente se prueba el conocimiento de los elementos típicos.

ciente— (40). Para diferenciar el contenido del conocimiento en el dolo y en la culpa consciente es necesario definir el significado exacto de «peligro concreto».

Afirmar que el sujeto conocía el peligro concreto supone probar que tenía un conocimiento exacto de la peligrosidad *ex ante* que implicaba su conducta, es decir, que no existía ni un error sobre la efectiva lesividad de ese peligro ni un error sobre sus posibilidades de controlar ese peligro (41). Por tanto, es necesario distinguir entre los supuestos en que el autor mantiene un control sobre el riesgo creado y los casos en que no existe ese control (42):

1) Supuestos en los que el autor sigue controlando el peligro inherente a su acción: el error puede recaer sobre su capacidad de evitar que ese riesgo, que advierte en su conducta, se concrete en una lesión. En estos casos la «concreción» o eficacia del peligro sigue dependiendo de su capacidad de control. En todo caso esa posibilidad de control ha de ser objetiva, no basada en la creencia irracional del autor en poder evitar la lesión (43).

Quien conduce un vehículo a una elevada velocidad en una carretera transitada y adelanta en línea continua, podrá fundamentar la existencia de un error sobre su capacidad para evitar una lesión si es un conductor avezado y existen posibilidades en la carretera para que en un momento dado puedan cruzarse tres vehículos. Si, por el contrario, es una carretera muy estrecha, muy transitada y el sujeto adelanta cuando viene un vehículo de frente no se podrá admitir que confiaba en su capacidad de evitar la lesión (44).

(40) La posición aquí defendida se aleja en este sentido de la teoría pura de la probabilidad, en el sentido defendido, por ejemplo, por SCHMIDHÄUSER, *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat («dolus eventualis» und «bewusste Fahrlässigkeit»)*, JuS 1980, p. 438, que no tiene en cuenta la existencia de un posible error, y defiende que siempre que se conoce la peligrosidad concreta concurrirá dolo eventual, si se conoce únicamente la peligrosidad abstracta estaremos frente a un hecho imprudente.

(41) CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, pp. 54-55; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 282 y ss.; el origen de esta teoría sobre la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente se encuentra en KINDHÄUSER, ZStW 96 (1984), p. 26

(42) Un diferenciación, en parte, similar es la planteada por WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., p. 68, distingue entre los supuestos en los que el autor considera el resultado lesivo como dependiente de su conducta, en los cuales el autor puede confiar en que a través de su habilidad, su capacidad, su cuidado... podrá evitar el resultado y un segundo grupo de casos en los que el autor considera la producción como independiente de su conducta o es consciente de que no puede controlarla, por estar sólo posiblemente, no esencialmente, relacionada con su control. En este segundo grupo de casos su conducta será dolosa cuando cuenta con el resultado, no puede confiar en su ausencia.

(43) En este punto, mi posición se aparta de la de WELZEL, vid. nota 40, ya que para este autor la dependencia o no de la producción del resultado respecto de la conducta se subjetiviza, depende de la propia opinión del autor sobre la dependencia.

(44) Con independencia de que en relación con la relevancia del riesgo tenga una enorme importancia la clase de conducta generadora del riesgo, como veremos *Infra III. 18.*

2) En los supuestos en los que el autor no mantiene un control sobre el riesgo creado y conoce la eficacia lesiva de ese peligro, no puede confiar en que no se produzca la lesión. No obstante, en estos casos puede existir un error sobre la eficacia lesiva del riesgo, es decir, se conoce el peligro pero no se conoce el «peligro concreto».

El sujeto que quema unos matorrales, en una zona boscosa, en un día en el que el viento es muy fuerte conoce el peligro y conoce, por tanto, que no puede «confiar» en controlar ese riesgo, por tanto, no puede alegar desconocimiento del «concreto peligro» creado con su conducta.

Por el contrario, la existencia de un error sobre la efectiva lesividad del riesgo creado se puede suscitar cuando, en el mismo supuesto, no sopla viento y el sujeto está provisto de una manguera. Si en un determinado momento se levanta un vendaval y no logra atajar el fuego, puede fundamentarse el desconocimiento del «concreto peligro» creado por su conducta, en las circunstancias específicas que concurrían en el momento que crea el riesgo: inexistencia de viento y medio para controlar el fuego en esas circunstancias.

En relación con los hechos objeto de la sentencia, no puede probarse que José María G.J. conociese la efectiva lesividad de la droga que vendía, por lo que concurre un erróneo conocimiento del «concreto peligro», es decir, el desconocimiento del concreto peligro que excluye el dolo; por el contrario, si, con anterioridad a la venta de la droga a David D., José María G.J. hubiera tenido conocimiento de que se habían producido otras muertes como consecuencia de inyectarse la droga que él vendía, no podría alegar desconocimiento del «concreto peligro» creado por su conducta.

Un problema particularmente difícil, que puede suscitarse en estos casos de error sobre la efectiva lesividad del riesgo creado, es la posibilidad de que problemas de inimputabilidad fundamenten el desconocimiento de un peligro, desconocimiento que para una persona normalmente motivable no podría justificarse (45).

18. El objeto del dolo es la conducta típicamente relevante y no el resultado (46), sin embargo, como el objeto del dolo es el conocimiento del riesgo inherente a esa conducta, desde una perspectiva *ex ante* (47),

(45) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 97, entiende que el trastorno mental o a oligofrenia no sólo son relevantes en la culpabilidad, como causas de inimputabilidad o, en su caso, de atenuación de la culpabilidad, sino que pueden ser trascendentes en el sentido de impedir o distorsionar el conocimiento de la peligrosidad de la conducta; sobre ello vid. también, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, pp. 59-61; JOSHI JUBERT, *Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad*, ADPCP 1989, pp. 125-140.

(46) Aun cuando ésta no es la sede para entrar en consideraciones al respecto, objeto del dolo es también la situación de ausencia de justificación, sobre ello, entre otros, MIR PUIG, CGPJ 1994 XXXIII, pp. 12-13; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 401; FRISCH, *Vorsatz*, p. 505.

(47) Cfr. MIR PUIG, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, ADPCP 1988, p. 672.

el conocer el efectivo riesgo relevante de lesión de bienes jurídico-penales equivale a conocer la probabilidad de producción del resultado (48), ya que el peligro se configura como probabilidad de producción del resultado (49).

Los defensores de la teoría estricta de la probabilidad planteaban la solución sobre la relevancia del conocimiento del riesgo en términos prácticamente matemáticos, según el grado de probabilidad de riesgo conocido: conocimiento de la probabilidad de producción del resultado = dolo, conocimiento de la posibilidad de producción del resultado conocida = imprudencia (50). Este planteamiento, excesivamente simplista, debe de ser matizado en una doble dirección. En primer lugar, es necesario tomar en consideración, junto al conocimiento del grado de probabilidad de producción del resultado, la gravedad objetiva del riesgo y la clase de bienes jurídicos afectados (51). En segundo lugar, no podemos olvidar que la idea de la adecuación social (52) juega un importante papel en este ámbito, con independencia de que en muchas ocasiones las restricciones y ampliaciones del ámbito propio del dolo, en base a criterios de adecuación social, no puedan ser justificadas, ni desde una perspectiva dogmática ni desde una perspectiva político-criminal (53).

Para que el conocimiento del riesgo creado con la conducta sea un riesgo típico doloso ese conocimiento del riesgo debe de ser calificado

(48) Cfr. FRISCH, *Vorsatz*, p. 340, que entiende como objeto del dolo la conducta penalmente típica en tanto que ésta contiene un riesgo relevante de lesión de bienes jurídico-penales. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 401.

(49) Esta es la razón por la que Supra II.8 defendíamos que para castigar por un tipo cualificado por el resultado es necesario que el sujeto conozca la probabilidad elevada de que se produzca ese resultado más grave o al menos que tuviera el deber de prevenir su producción.

(50) Cfr. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, p. 789; de forma más matizada, SCHMIDHÄUSER, JuS 1980, p. 249, distingue entre conocimiento de un peligro concreto = dolo y conocimiento de un peligro abstracto = imprudencia.

(51) Cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, p. 226, afirma que el grado de probabilidad necesario para que la decisión sea relevante depende del valor del bien jurídico afectado y de la amplitud del riesgo.

(52) PHILIPS, *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, ZStW 85 (1973), p. 27, afirma que existe dolo eventual cuando el autor se decide conscientemente por una conducta que legalmente supone un riesgo máximo y antisocial; SCHMIDHÄUSER, JuS 1980, p. 19, concibe la adecuación social como criterio limitador de la antijuricidad.

(53) fr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 278-282, poniendo de manifiesto como la jurisprudencia, con independencia de sus declaraciones de principio, toma en consideración la clase de conducta y del autor para calificar las conductas como dolosas o como imprudentes. En este sentido es interesante la STS de 21 de noviembre de 1994, en la que se condena al acusado por homicidio doloso, por haber atropellado a la anciana Josefa D.L. El dolo se fundamenta exclusivamente en la declaración del acusado que manifestó «que atropelló a una peatón porque pensó que la misma era una meiga y que quería matarlo, y que pensaba que era esa señora la que le pinchaba la espalda de noche ocasionándole un gran dolor». Es una de las poquísimas sentencias en que se castiga como doloso un hecho que tiene lugar en el ámbito del tráfico viario y es así exclusivamente porque se produce una confesión.

como relevante. Para que el conocimiento del riesgo sea relevante previamente el riesgo ha de ser objetivamente relevante y la relevancia objetiva dependerá, a su vez, de circunstancias objetivas y de factores subjetivos (54).

Es habitual que en relación con conductas que, en principio, son socialmente adecuadas ni tan siquiera se plantea la posibilidad de que concurra dolo, cuando en ocasiones parece difícil, por no decir imposible, fundamentar un desconocimiento del «peligro concreto» creado por esa acción. Así, por ejemplo, en el caso del acelerador de neutrones del Hospital Clínico de Zaragoza, que produjo gravísimas quemaduras en numerosos pacientes, que tuvieron que ser internados en la Unidad de Quemados, muriendo algunos de ellos poco tiempo después; parece imposible aceptar que los responsables desconociesen que el acelerador no funcionaba y que estaba causando quemaduras a los pacientes tratados y, sin embargo, seguían utilizando la máquina, sin que exista una explicación racional sobre en qué hecho basaban su confianza de que ese nuevo paciente que exponían a las radiaciones con ese aparato no sufriera también quemaduras. El hecho de que, ni tan siquiera el Ministerio Fiscal o la acusación particular, consideraran ni tan siquiera la posibilidad de la concurrencia de dolo, sólo puede explicarse en una presunción *iuris et de iure* en la «bondad» de los médicos.

Por el contrario, en conductas que están consideradas como merecedoras de reproche social, tráfico de drogas, robos ..., los Tribunales no tienen dificultad en presumir, no ya la voluntad, sino incluso el conocimiento del «concreto peligro» creado por la conducta (55).

Por tanto, se ha de partir de que no existe un determinado porcentaje de riesgo conocido que da lugar a calificar un hecho como doloso y otro porcentaje que nos lleva a calificar los hechos como imprudentes, sino que en la valoración sobre la relevancia del riesgo se deberán tomar en consideración otros factores (56): valor del bien

(54) Sobre la dificultad de encontrar criterios para decidir que riesgos son cualitativa y cuantitativamente relevantes para el Derecho Penal, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 387 y ss.

(55) En este sentido, por ejemplo, la sentencia de la AP Santa Cruz de Tenerife 20 de enero de 1996, condenó al acusado por un delito de lesiones dolosas por tener relaciones sexuales con Ana G.F., que resultó contagiada, sin tomar ninguna clase de precauciones y sabiendo que era portador del virus del SIDA. En la sentencia la existencia de dolo se fundamenta, exclusivamente, en el conocimiento, presumiendo, a partir de éste la aceptación: «conociendo ser portador del VIH, y que el mismo se transmite por relaciones sexuales, sin embargo realiza éstas sin adoptar precaución tan elemental como el empleo de preservativo, representándose y aceptando el contagio que, en su caso, pueda ocasionar.»

(56) Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*, pp. 232 y ss., donde plantea la cuestión de si el grado de peligro que traza la frontera de la imputación objetiva depende de la *intención* del sujeto, manifestándose, en principio favorable, a que la *intención* del sujeto determine que un riesgo muy pequeño pueda estar prohibido cuando «la conducta mínimamente peligrosa *revela externamente* tener como objetivo dirigirse a la lesión del bien jurídico», ya que en ese caso la prohibición no dificulta el desarrollo de la vida social.

jurídico afectado (57) y adecuación social de la conducta o carácter antisocial de la conducta.

En relación con el grado y cualidad del peligro creado con la venta de heroína, conocido por el sujeto, era un riesgo que comportaba cierta probabilidad de que se produjese la muerte —por ser excesivamente pura, como sucedió realmente, por estar adulterada o por una debilidad física de la víctima—. Sin embargo, estas posibilidades, que debían de ser conocidas por José María G.J., por ser traficante y consumidor de esta droga, no son suficientes para calificar el riesgo como relevante, en relación con el bien jurídico vida. Ese conocimiento es conocimiento del peligro genérico no del «concreto» peligro, por lo que la calificación de la conducta como dolosa estaría sustentada exclusivamente, en el carácter antisocial que se predica respecto del tráfico de drogas.

La conducción de un coche, incluso de forma cuidadosa, implica un peligro para los intervinientes en el tráfico viario derivado de la probabilidad de que concurren determinadas circunstancias —rotura del líquido de frenos, desvanecimiento del conductor, aceite en la calzada...— que sean origen de resultados lesivos. Esa probabilidad de producción de un resultado lesivo —derivada de riesgos inherentes al tráfico viario— es conocida por el conductor, sin que tampoco ese grado de probabilidad se considere relevante.

19. Para que pueda afirmarse que el sujeto conoce el «concreto peligro» que está creando es necesario que su consciencia abarque el conocimiento de la circunstancia concreta que crea el riesgo y el conocimiento de la clase de riesgo, es decir, conozca qué bien jurídico es el que, probablemente, resultará lesionado. En este supuesto, el problema que se suscita es que la droga, en sí misma, ya se considera peligrosa y que esta peligrosidad es conocida por el vendedor. Sin embargo, como con precisión se matiza en la sentencia, el consumo de heroína «generalmente sólo produce un riesgo para la vida a largo plazo y tras un consumo continuado de la droga, produciéndose sólo un riesgo inmediato en

(57) De otra opinión, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 101, núm. 119, se muestra disconforme con esta dependencia del grado de probabilidad respecto de la importancia del bien jurídico, porque «la importancia del bien jurídico ya se tiene en cuenta a la hora de decidir si es digno de protección penal y en la gravedad de la pena». Es cierto que la clase de importancia del bien jurídico se tiene en cuenta en los aspectos mencionados pero ello no excluye que la mayor importancia del bien jurídico también se tome en consideración en otros momentos. Una conducta con utilidad social, con un determinado grado de probabilidad de lesión respecto de la propiedad puede ser permitida, mientras que esa misma conducta, con el mismo grado de probabilidad pero respecto de la vida puede ser no permitida. Así, por ejemplo, la no colocación de una red en un talud, para evitar el peligro de desplome y que se produzcan determinados daños, puede ser una conducta permitida si con ello se abarata la obra, pero será una conducta penalmente relevante si lo que se pone en peligro, con la no colocación de la red, es la vida de los trabajadores, existiendo en ambos casos el mismo grado de probabilidad de lesión, en un caso respecto de la propiedad, en otro respecto de la vida.

el uso de una dosis elevada de la misma, circunstancia esta última que se daba en el caso concreto, pero que desconocía el recurrido...».

La nocividad de la droga, atendiendo al consumo de una dosis usual, objetivamente, no es un riesgo adecuado y suficiente respecto de la vida, e incluso, de forma inmediata, respecto de la salud. Por lo tanto, el conocimiento de este riesgo no supone dolo de matar o de lesionar puesto que no concurre el tipo objetivo de homicidio o lesiones. Las características de la droga determinan que su nocividad produzca los efectos lesivos tras un consumo continuado (58), inadecuado o excesivo (59). El hecho de que la manifestación fehaciente de su nocividad —la producción de lesiones o muertes— requiera de varias acciones (siempre que se utilice de acuerdo con lo «adecuado en el tráfico»), y, al mismo tiempo, que cada una de estas acciones sea en, cierta medida, nociva, puede verse como la justificación político-criminal para la creación de un delito de peligro (60).

IV

20. El hecho de que el autor sólo conociese el riesgo propio del tráfico de drogas es, también, el argumento utilizado por la Audiencia para negar la concurrencia de imprudencia, en la conducta de José María G.J., respecto de la muerte de David. La Audiencia entiende que la conducta del procesado «no entraña una actividad culposa o imprudente distinta de la ya inherente a dicho tráfico, al desconocer dicho procesado, la alta concentración de heroína base, de la sustancia que adquirió y ul-

(58) Cfr. CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1989, p. 316; CORCOY BIDASOLO, *Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal español: delitos de peligro*, en «Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto», Mir Puig/Luzón Peña ed., Barcelona, 1996, pp. 247 y ss., se desarrolla el concepto de nocividad, advirtiendo que no es un concepto absoluto sino relativo y que depende de las circunstancias concurrentes el que un producto sea realmente nocivo. Cualquier producto puede ser nocivo en determinadas circunstancias, el azúcar para un diabético..., y cualquier producto, incluso, por ejemplo, el arsénico puede ser beneficioso. Las drogas son un ejemplo claro de lo anterior ya que no sólo pueden ser beneficiosas sino que son absolutamente necesarias en la medicina; al respecto, vid. también, KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, pp. 158 y ss.

(59) CORCOY BIDASOLO, *Responsabilidad penal derivada del producto...*, pp. 259 y ss., la nocividad de una sustancia siempre se determina atendiendo al uso adecuado de esa sustancia. La incorrecta o abusiva utilización de cualquier sustancia o producto puede causar resultados lesivos sin que por ello se pueda afirmar que la sustancia o producto son nocivos.

(60) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Responsabilidad penal derivada del producto...*, pp. 250-251, el bien jurídico protegido en los delitos contra la salud pública sería la «seguridad en el consumo», es decir, la confianza del ciudadano en que los productos que puede adquirir o a los que puede acceder no son perjudiciales para la salud. La presunción de nocividad de la droga determina que en ningún caso se permita su venta ni utilización fuera de las prescripciones médicas y de la Ley de Medicamentos.

teriormente expendió y ser además muy reducidas las porciones suministradas a cada comprador, lo que alejaba el riesgo de sobredosis». Como puede apreciarse la Audiencia utiliza un argumento análogo al que se reflejaba en el apartado anterior: José María G.J., únicamente, conocía el peligro propio del tráfico de drogas «adecuado», conocimiento que implicaba dolo respecto de dicho peligro y excluía la calificación de los hechos como homicidio doloso; respecto de la imprudencia se alega que el riesgo atribuible a José María G.J. era únicamente el propio del tráfico de drogas y que el procesado con su conducta no había introducido un riesgo mayor. La Audiencia no examina, como hubiera debido, si José María G.J. actuando con el cuidado debido hubiera podido conocer la concreta peligrosidad de la droga —culpa inconsciente—.

El Tribunal Supremo se muestra disconforme con la calificación de la Audiencia, por entender que la conducta del acusado entrañaba «un riesgo sobreañadido y potenciado de producir daños más graves para la salud o la vida del consumidor que se derivaba de la proporción de alcaloide activo de la droga con la que se traficaba». En un primer momento, en la sentencia se afirma que la creación de este riesgo superior, desconocido por el autor, supone la subsunción del hecho en el ámbito de la culpa inconsciente, sin embargo, a renglón seguido, se matiza esta afirmación y se pone de manifiesto que la creación de ese riesgo superior al propio del tráfico de drogas no es suficiente para calificar los hechos como imprudentes. Con buen criterio, se exige, para que la venta de la droga de excesiva pureza suponga un riesgo penalmente relevante para la vida, que se examine si el autor «estaba obligado a adoptar especiales deberes de cuidado en orden a la calidad de la droga expendida y a no provocar un aumento del riesgo que exarcebara el peligro de su consumo...». En otras palabras, se excluye la responsabilidad objetiva —que supondría afirmar la existencia de imprudencia por la concurrencia objetiva del riesgo para la vida— y, por el contrario, se aplican criterios de responsabilidad subjetiva —deber de controlar o evitar ese riesgo como fundamento de la existencia de imprudencia—.

20. El hecho de vender droga de excesiva pureza incrementa el riesgo propio del tráfico de drogas pero esta conducta sólo tendrá relevancia penal si el sujeto conocía ese «concreto peligro» para la vida —homicidio doloso— o si el sujeto debía de conocer y evitar (o controlar) ese «concreto peligro» para la vida —homicidio imprudente—. El núcleo del delito imprudente lo constituye la infracción del deber de cuidado, no es suficiente la creación de un riesgo objetivamente adecuado para lesionar bienes jurídicos. Es necesario que ese riesgo sea imputable a la infracción del deber objetivo de cuidado, en el sentido de deber de evitar la creación de un riesgo adecuado, suficiente y no permitido para lesionar un bien jurídico —deber de cumplir con determinadas medidas de atención o seguridad—, junto a la infracción del deber subjetivo de cuidado —deber de conocer que su acción creaba ese concreto peligro—. La infracción del deber de cuidado supone, por tanto, que a la infracción

del deber objetivo de cuidado vaya unida la infracción del deber subjetivo de cuidado (61).

Tanto el deber objetivo de cuidado como el subjetivo tienen naturaleza normativa y su contenido depende de lo exigible en una sociedad concreta (62). El deber objetivo de cuidado se determina, *ex ante*, en el caso concreto, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, incluidos los conocimientos que el sujeto tiene de la situación, su capacidad individual (63) de evitar (o controlar) ese riesgo y su competencia respecto a ese riesgo (64).

El grado de riesgo que se puede calificar como relevante depende, a su vez, del tipo subjetivo, un determinado grado de riesgo objetivo considerado como permitido si sólo concurre imprudencia, puede ser riesgo relevante si concurre dolo (65). Por tanto, la relevancia del riesgo dependerá de la utilidad social de esa conducta y de su valoración positiva o negativa en una determinada sociedad, las circunstancias concurrentes, la capacidad individual del sujeto y el nivel de conocimiento que posea sobre el riesgo —es decir, la concurrencia o no de dolo—. A su vez, para que la infracción del deber de cuidado pueda atribuirse a la acción creadora del riesgo, es necesario que el sujeto de la acción cree un riesgo no permitido sobre el que tiene competencia (66).

(61) CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 337 y ss., el riesgo para que sea típico ha de ser doloso o imprudente, ya que si objetivamente existe un riesgo pero no concurre ni dolo ni imprudencia respecto de ese riesgo estaremos ante un supuesto de riesgo permitido. La norma penal no prohíbe conductas atípicas, y atípicas son aquellas respecto de las cuales no concurre ni dolo ni imprudencia.

(62) Aun cuando el deber de cuidado tiene naturaleza normativa, el hecho de subyacer en las valoraciones y necesidades de la sociedad le otorga, al mismo tiempo, un contenido valorativo y fáctico.

(63) En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 277, mantiene que en la determinación del deber de cuidado se ha de tomar en consideración los poderes individuales del sujeto, tanto superiores como inferiores.

(64) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal* (Trad. Suárez González/Cancio Meliá), 1996, p. 91, para quien «lo decisivo no es la capacidad individual de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables». Jakobs, entiende que los conocimientos especiales no son relevantes en la determinación del injusto y sustituye el concepto de «poderes individuales» por el de «competencia».

(65) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 339 y ss., cuando el factor de riesgo objetivo es conocido por el sujeto, ese riesgo, en principio, permitido se convierte en relevante; en el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 388; en sentido distinto, JAKOBS, *La imputación*, p. 90, no otorga relevancia al conocimiento del riesgo si este conocimiento no va unido a una especial situación del sujeto respecto del riesgo, vid. *Infra*. núm. 63; en sentido similar, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, 1995, pp. 340 y ss., entiende que el grado de deligencia está limitado por aquello que el sujeto está obligado a hacer/no hacer en una situación concreta.

(66) Cfr. JAKOBS, *La imputación*, p. 90, afirma que para que la creación de un riesgo sea imputable a la conducta de un sujeto es necesario que sea él quien tenga el deber de evitar o controlar ese riesgo.

Un sentido similar, podemos ver en la introducción de la relación de autoría en la imputación objetiva, al respecto vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*.

Como veremos, el deber objetivo de cuidado, la conducta exigible a José María, depende de la competencia del sujeto sobre ese riesgo y de su conocimiento de las circunstancias. El deber de cuidado es distinto en el caso de que sea un «camello» o un traficante, o según conozca que la droga que vende ya había matado o no. Si es un traficante su deber es controlar la pureza de la droga, no concurriendo este deber si se trata únicamente de un camello. Si es un «camello» el contenido del deber de cuidado depende de si conoce que la droga ya había matado o no. En el primer caso, su deber es no venderla o cortarla para evitar su excesiva pureza.

El deber subjetivo de cuidado se concreta a través de la determinación del contenido del deber de conocer atendiendo a criterios de exigibilidad (67). En supuestos de desconocimiento del riesgo por parte de quien lo crea es necesario determinar si el sujeto, en esas circunstancias concretas personales y de la situación, podía y debía de conocer ese peligro o no. El deber de conocer no se puede determinar objetivamente sino atendiendo a la situación en que se encuentra el sujeto respecto del riesgo.

21. En el caso aquí examinado, el contenido del deber de cuidado y, en consecuencia, cuándo se infringirá, depende de la situación de José María G.J., en relación con la compraventa de esa droga.

Veamos diversos supuestos:

1) Si José María G.J. es un mero «camello», que compra a traficantes importantes y vende para financiarse su propio consumo, habrá que concluir que no «debía» conocer el grado de pureza de la droga, no «debía» conocer su específica peligrosidad y que, en consecuencia, no infringe el deber de cuidado al vender droga adecuada para matar y, por tanto, su conducta no puede calificarse como homicidio imprudente. La muerte de David. D., en todo caso, debería de imputarse a quién le vendió la droga con excesiva pureza.

2) Por el contrario, si José María G.J. se dedica al tráfico de drogas «al mayor», el deber objetivo de cuidado que le compete abarca el controlar la calidad de la droga que introduce en el mercado, porque ese control forma parte de los deberes que le incumben como «profesional» de esa actividad. En esta segunda hipótesis, en principio, debería conocer la específica peligrosidad de la droga e infringiría el deber de cuidado al venderla sin asegurarse de que vende drogas en «buenas» condiciones, con lo que su conducta podría calificarse como homicidio imprudente.

3) En ambos supuestos hemos introducido el matiz de que «en principio» no infringía el deber de cuidado o infringía el deber de cuidado. En el primer caso, no infringe, únicamente, «en principio» el deber de cuidado, porque pueden concurrir especiales circunstancias que determinen que, pese a ser un «camello», tenía el deber de conocer la es-

(67) CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 285 y ss.

pecífica peligrosidad de la droga. Concurriría deber de conocerla, por ejemplo, cuando compra la droga a un traficante del que sabe que está vendiendo droga en malas condiciones o cuando tiene conocimiento de que droga procedente de esa partida ha causado la muerte de otras personas (68). En estas hipótesis, u otras semejantes, al vender la droga sin asegurarse de su estado infringiría el deber de cuidado y su conducta debe de calificarse como homicidio imprudente o, en su caso, doloso.

4) En sentido opuesto, el hecho de que José María G.J. sea un traficante no determina *per se* que tenga el deber de conocer la superior pureza de la droga y que al venderla infrinja el deber de cuidado. Si, por ejemplo, la droga ha sido analizada por un «especialista», que él conoce como buen «profesional», que se la entrega como droga en buenas condiciones, puede confiar en que sea cierto que la droga es correcta y al venderla no infringirá el deber de cuidado. La muerte de David D., debería de ser imputada, en este caso, al «especialista».

22. En la sentencia, el criterio seguido para la determinación del deber de cuidado es sustancialmente distinto al propuesto. El Tribunal no toma en consideración la necesidad de concreción del cuidado, atendiendo a las circunstancias concurrentes, los conocimientos y capacidad del autor y su conocimiento del riesgo en cada caso, sino que, por el contrario, parte de la existencia de un deber de cuidado único en cada ámbito de actividad (69). En el ámbito de la venta de productos de consumo, el cuidado que ha de cumplir todo aquél que vende sustancias que van a ser consumidas por terceros es el de: «no aumentar los riesgos que el consumo de las mismas encierra ordinariamente» (70). Así planteado, el cuidado debido se circunscribe a la no creación de un riesgo adecuado para matar, se equipara infracción del deber de cuidado a incremento objetivo del riesgo. Esta equiparación no es válida, puesto que, como hemos puesto de relieve, el incremento del riesgo, para que adquiera relevancia penal, ha de ser atribuible a la existencia de un deber de cuidado infringido por el autor.

El hecho de que las medidas de seguridad que, de acuerdo con lo exigible en el ámbito de la venta de productos de consumo, debía de haber seguido José María G.J. no son usuales en el ámbito del tráfico de drogas y que sólo son exigibles a una persona muy cuidadosa determina, según la sentencia, que la imprudencia se calificada únicamente como

(68) En este caso, como afirmábamos, Supra III 17. 2), estaríamos en un caso límite con el dolo eventual.

(69) La sentencia se remite a la STS de 23 de abril de 1992 (caso de la colza), para la que el cuidado exigible en el tráfico de mercancías y productos destinados al consumo: «está constituido por las expectativas del consumidor. Desde esta perspectiva el productor debe tomar en cuenta como medida del cuidado exigido los riesgos que el consumidor estaría dispuesto a asumir en una ponderación razonable».

(70) Con total corrección, en la sentencia se afirma que no cambia el contenido del deber de cuidado el hecho de que la venta de drogas se lleve a efecto en el terreno de la ilicitud.

simple en lugar de como temeraria. Con esta argumentación se hace una primera individualización del cuidado, en el sentido de que, para determinar el cuidado exigible, se tiene en cuenta un ámbito específico —la venta de drogas— dentro de la venta de sustancias de consumo. Sin embargo, la sentencia no se plantea que según las concretas circunstancias que concurren en un caso las medidas a adoptar por el vendedor, para no infringir el deber de cuidado, son distintas; ni advierte que dentro del ámbito del tráfico de drogas existe también una división del trabajo y unos ámbitos de competencia que condicionan el cuidado exigible a cada uno de los intervinientes (71).

23. La misma línea de argumentación, de equiparar incremento del riesgo a infracción del deber de cuidado, es la seguida en la sentencia al referirse al principio de confianza. En este sentido, se afirma que el comprador puede confiar en poder utilizar la droga de la forma habitual sin que le sea exigible el tomar medidas de «autoprotección». El principio de confianza no se utiliza, en la sentencia, en el sentido de delimitar el deber de cuidado (72) exigible a cada uno de los intervinientes en una actividad, atendiendo a su ámbito de competencia material en el caso concreto, sino que se aplica automáticamente. Para el comprador concurre el principio de confianza respecto a las buenas condiciones del producto que adquiere; el vendedor es quién ostenta la competencia para controlar que el riesgo inherente al producto vendido no sea superior al normal.

Esta construcción es análoga a la anterior cuando se parte de que existe un único deber de cuidado en cada ámbito de actividad, en este caso se utiliza el principio de confianza formalmente, según la situación en abstracto de cada uno de los intervinientes (73):

El comprador de un coche puede confiar en que se le entrega en buenas condiciones y puede conducirlo sin necesidad de comprobarlo por sí mismo. No obstante, esta confianza no puede ser absoluta, ni le exime en todo caso de responsabilidad puesto que si, por ejemplo, ad-

(71) Para constatar la existencia de infracción del deber de cuidado se ha de tomar en consideración la existencia de infracción del deber objetivo de cuidado y del deber subjetivo de cuidado, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 225 y ss.; la infracción del deber subjetivo de cuidado para fundamentar el injusto imprudente se recoge en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed. Valencia 1996, pp. 303-304; QUINTERO/MORALES/PRATS, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p. 301.

(72) Cfr. SCHÜNEMANN, *JA* 1975, p. 719; PUPPE, *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, *ZStW* 99, 1987, p. 611 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 544.

(73) Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 94 y ss., donde plantea una concepción de la competencia —«rol»—, en cierta medida, también excesivamente formal, sin tener en cuenta las concretas circunstancias del caso. Desde mi punto de vista, aun cuando, el dato de ser fabricante, diseñador, vendedor... supone una aproximación importante respecto a su competencia, sólo atendiendo al hecho concreto será posible determinar la competencia de cada interviniente en él.

vierte que el coche no frena no podrá seguir utilizándolo (sin infringir el deber de cuidado), ya que al conducirlo crea un nuevo ámbito de competencia que le obliga a asumir, por sí mismo, el riesgo que crea al conducir con los frenos en mal estado.

El vendedor de un coche no está obligado a controlar si el vehículo cumple con todos los requisitos de seguridad, siempre y cuando haya comprado el vehículo en un distribuidor o productor homologado. Por el contrario, si compra el coche a un particular, antes de venderlo deberá de asegurarse del estado en que se encuentra.

El comprador, en principio, puede confiar en que no ha de tomar ulteriores medidas de cuidado antes de consumir la droga, pero ello no implica, de forma inmediata, que ese cuidado haya de ser observado por el vendedor. Este a su vez puede confiar en la persona que tenga el deber de controlar la calidad de la droga, que será, en su caso, quien infringirá el deber de cuidado.

24. La forma en que es utilizado el principio de confianza en la sentencia obliga a hacer una última consideración, ya que supone una nueva vertiente de aplicación del *versare in re illicita*. Como argumento a favor de que el comprador puede confiar en que la droga está en condiciones normales, mientras que no puede hacerlo el vendedor, se utiliza la distinción entre tráfico de drogas y consumo de drogas, en tanto en cuanto, el primero es lícito y el segundo es ilícito. En consecuencia, el principio de confianza rige respecto del comprador, quien por actuar lícitamente puede confiar en el buen estado de la droga, mientras que, por el contrario, el vendedor, al actuar ilícitamente, no puede confiar, sino que debe de desconfiar en todo caso y, por tanto, asumir toda clase de medidas de cuidado para asegurarse de que al vender la droga no incrementa el riesgo propio del tráfico de drogas (74).

V

25. Partiendo de la existencia de imprudencia en la conducta de José María, la sentencia también entra en consideraciones sobre las consecuencias que, respecto a la responsabilidad que cabe atribuir a José María G.J., tiene el hecho de que David sea comprador voluntario de la droga. En una primera aproximación se afirma que la interferencia de hechos extraños, procedentes de un tercero o de la propia víctima puede afectar al nexo causal entre conducta y resultado, como elemento esencial para «determinar la existencia de tipo punible» (75). En un segundo

(74) Sobre las restricciones del principio de confianza en los supuestos en que quien actúa lo hace ilícitamente, vid. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 329 y ss.

(75) Aun cuando en la sentencia no se haga ninguna referencia al significado que otorga a considerar el resultado y el nexo causal como elemento esencial del tipo punible, este planteamiento, en principio se acercaría, a los aquí defendidos; vid., al respecto, Supra núm. 28.

momento, en la propia sentencia, se pone de manifiesto que recientemente, a partir de la STS 20-5-1981, la doctrina de la Sala viene aceptando la llamada imputación objetiva, como relación normativa entre la acción y el resultado, entendiéndose que en los delitos de resultado hay que comprobar los dos planos, el causal y el normativo (76). Refiriéndose a la doctrina sentada en la STS de 3-6-1989, entiende que en los supuestos en que la intervención de terceros suponga una asunción del riesgo creado por la acción del primer interviniente se quiebra la imputación objetiva porque «en tales casos, el resultado antijurídico (77) ya no proviene del riesgo previo, indeseable pero no eficiente para ocasionar estas últimas contingencias».

26. Respecto de la intervención posterior de terceros es necesario distinguir los casos en que se crean nuevos riesgos por parte de terceros o de la víctima, que se suman a un riesgo ya creado, de los supuestos en que se produce una asunción por parte de la víctima del riesgo creado, sin que ésta cree un nuevo riesgo, es decir, entre los supuestos de «concurrency de culpas» y de «consentimiento». En el primer grupo de casos, las consecuencias de la intervención de la víctima o de terceros puede excluir la imputación objetiva del resultado a la conducta del primer interviniente, afectar a la determinación del deber objetivo de cuidado, a la gravedad del injusto de este primer sujeto o a la relación de autoría, calificándose, la conducta del tercero o de la víctima, como autoría o participación imprudente (78). Es decir, si la conducta del tercero o de la víctima interviniente crea un nuevo riesgo, es posible que el resultado sólo pueda imputarse a la conducta del tercero o de la víctima o que sea imputable al primero y al segundo interviniente. En este segundo caso, la existencia de dos riesgos que se realizan en el resultado puede conducir a que sea otro el contenido del deber de cuidado (al cambiar

(76) Cfr. BOLEA BARDÓN, *Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros*, ADPCP 1994, pp. 376 y ss., analiza desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial estos supuestos; PORTILLA CONTRERAS, *Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente de un tercero con aceptación por la víctima de la situación riesgo*, CPC núm. 45 (1991), pp. 695 y ss., en relación con algunas sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán y, en concreto, también, sobre una sentencia del OLG de 17 de mayo de 1979, en la que se juzgó un caso análogo al suscitado en la sentencia objeto de este comentario.

(77) Adviértase que en esta STS 3-6-1989, no se hablaba del resultado como elemento del tipo punible, sino de «resultado antijurídico».

(78) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 345 y ss. y 357 y ss.; Con un amplio examen sobre las distintas doctrinas y los distintos grupos de casos, vid. JOSHI JUBERT, *Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, ADPCP 1989, pp. 287 y ss.; ROXIN, *Problemas básicos de Derecho Penal* (trad. Luzón Peña) 1976, pp. 183 y ss., busca la solución de estos problemas de acuerdo con criterios de imputación objetiva, en particular, con el criterio de finalidad de protección de la norma; LUZÓN PEÑA, *Derecho Penal*, pp. 384-385, propone analizar primero si el favorecimiento imprudente de la autopuesta en peligro o autolesión dolosa es mera participación imprudente en autoría ajena, que sería impune, o es realmente imprudencia, en cuyo caso, se pasará a examinar la concurrencia de imputación objetiva.

las circunstancias concurrentes) y/o a la disminución de la gravedad del injusto (sólo una parte del riesgo por creado por cada uno de los intervinientes se ha realizado en el resultado) y a la imputación del resultado también, al tercero (79), en autoría accesoria. A la víctima, pese a ser coresponsable, no se le puede atribuir el resultado, por lo que su intervención, únicamente, afectará a la calificación de la conducta del autor (80).

Otra es la situación en los supuestos de consentimiento de la víctima. En estos casos es necesario examinar si ese consentimiento excluye o atenúa la responsabilidad penal de quien crea el riesgo o no. Para obtener una solución adecuada, en primer lugar, es necesario distinguir entre la participación en una autopuesta en peligro ajena y la puesta en peligro de otro consentida por éste. En el primer grupo de casos la doctrina mayoritaria, con distintas fundamentaciones, se muestra favorable a la impunidad de la participación.

27. En la sentencia se plantea un supuesto que se encuentra a caballo entre los dos grupos, ya que la víctima introduce un nuevo riesgo —inyectarse la heroína— pero ese riesgo ya estaba implícito en el riesgo creado por el autor —la venta de heroína a un drogadicto ya abarca el riesgo de su utilización— (81). Asimismo, los hechos relatados contienen un elemento propio del segundo grupo de casos: la asunción por la víctima del riesgo creado por el autor —David compra la droga voluntariamente—, sin embargo, la asunción es parcial, puesto que David desconoce la excesiva pureza de la droga.

La posible responsabilidad penal de José María G.J. dependerá, por tanto de: que consideremos que la conducta de David supone una autopuesta en peligro que excluye cualquier posible responsabilidad penal de José María; que consideremos que David actúa imprudentemente, pues debía de haber previsto que la droga no estaba en condiciones «normales», lo que supone interpretar que David introduce un nuevo riesgo que puede disminuir la responsabilidad de José María; o entender que respecto del bien jurídico vida no hay autopuesta en peligro, por lo que la muerte sólo podría ser atribuida, en su caso (82), a José María.

(79) Sobre las consecuencias de la intervención de terceros o de la víctima, en particular en los delitos imprudentes, vid., entre otros, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 345 y ss.; JOSHI JUBERT, ADPCP 1989, pp. 287 y ss.; BOLEA BORDON, ADPCP, 1994, pp. 375 y ss..

(80) Sobre las consecuencias de la concurrencia de una conducta dolosa o imprudente de la víctima, vid. SILVA SÁNCHEZ, *Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito. Introducción al debate sobre la victimodogmática*, en «Libro Homenaje al Profesor Beristain», 1989, pp. 633 y ss.

(81) En la sentencia, aun cuando no se diga expresamente, y no se ponga en relación un problema con el otro, sino que se tratan cumulativamente, lo cierto es que se examinan los hechos como problema de consentimiento y como problema de concurrencia de culpas.

(82) Decimos «en su caso» porque para ello es necesario que la conducta de José María pueda ser calificada como imprudente lo que, como veremos, no parece lo más adecuado de acuerdo con los hechos probados en la sentencia.

En el supuesto de que David actuase dolosamente, es decir, conociendo que se trataba de droga de excesiva pureza que podía causarle la muerte, la posible imprudencia de José María sería irrelevante ya que se trataría de una auxilio ejecutivo al suicidio imprudente y, como tal, impune (83). Se puede plantear un supuesto en el que, pese a la actitud dolosa de David, se pudiese imputar su muerte a José María. Esta situación surge en el caso de que, como al parecer sucedía en este supuesto, David fuese un semi-inimputable. En este supuesto, la imputación del homicidio imprudente sólo sería posible si José María crease un riesgo penalmente relevante —por infracción del deber de cuidado— y tuviese el dominio del hecho (84).

28. Quién consiente en el riesgo creado por otro asume ese riesgo y pasa a ser competente respecto de ese riesgo: se convierte en autor. La autopuesta en peligro supone la ruptura de la relación de autoría entre el primer autor y el riesgo por el creado, es decir, el primer autor deja de ser competente respecto del riesgo creado (85).

No obstante, la autopuesta en peligro sólo afecta a aquellos peligros conocidos por la persona y, por tanto, consentidos y no excluye la responsabilidad respecto de aquellos peligros que no son conocidos por el

(83) Con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se había suscitado la discusión sobre si cabía la comisión imprudente del delito de auxilio e inducción al suicidio, decantándose la doctrina mayoritaria en sentido negativo, en este sentido, por ejemplo, MIR PUIG, ADPCP 1991, pp. 263 y ss., en base al principio de accesoriedad en la participación; PORTILLA CONTRERAS, CPC núm. 45 (1991), pp. 702 y ss., en base a una interpretación teleológica del tipo, de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma.

(84) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros*, ADPCP 1987, pp. 457 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Provocación al suicidio mediante engaño*, ADPCP 1987, pp. 303 y ss. (ídem. *Derecho Penal. Parte Especial*, 10.^a ed., 1995, p. 75), entienden que lo determinante para poder calificar unos hechos como suicidio es que el suicida tenga el dominio del hecho; en otro sentido, Díez Ripollés, *Suicidio y homicidio consentido*, en Díez Ripollés/Gracia Martín, «Delitos contra bienes jurídicos fundamentales (vida humana independiente y libertad)», 1993, pp. 212 y ss., entienden que lo determinante para hablar de suicidio es el criterio de la capacidad natural de juicio; Queralta Jiménez, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.^a ed. Barcelona 1996, p. 20, entiende que para poder hablar de suicidio, el suicida ha de tener el dominio del hecho; en sentido similar, Valle Muñiz, Artículo 143, en Quinteiro/Morales/Valle/Prats/Tamarit/García Albero, «Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal», 1996, p. 58, considerando el suicidio como una conducta de autoría por dominio del hecho del suicida.

(85) Cfr. Baldo Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 53 y ss., especialmente núm. 61, todo comportamiento organizador de un sujeto que «origine activamente» peligros para intereses ajenos, o que «no-asegure» aquellas fuentes de peligro que perteneciendo a la misma esfera amenazan intereses de terceros, queda sometida al principio de responsabilidad por el propio comportamiento originador de riesgos para terceros. Esta responsabilidad por el propio comportamiento organizador se plasma normativamente a través de diferentes vías jurídico-penales.

En este caso, la responsabilidad por el propio comportamiento se traduce en el aseguramiento activo de fuentes de peligro propias y la autopuesta en peligro por parte de la víctima la convierte en responsable del riesgo creado por el primer autor.

tercero y respecto de los cuales, por tanto, no puede consentir. En la sentencia objeto de análisis, David D. consiente en los riesgos propios de una inyección de heroína, que es el riesgo por él conocido y consentido, y, por consiguiente, asumido, pero ni conoce ni consiente ni asume que pueda producirse la muerte como consecuencia de la inyección. En este punto la argumentación realizada por el Tribunal es correcta, tanto en su planteamiento como en la solución.

VI

29. Curiosamente, en la sentencia, el hecho de que David sea quien efectivamente, directamente, se causa la muerte no se plantea como un problema de autoría sino de imputación objetiva. Se afirma que el criterio del fin de protección de la norma excluye la imputación objetiva cuando «la autolesión, o la propia muerte, sean voluntarias o imprudentes y no si son inconscientes: el que bebe el licor envenenado no elimina la imputación objetiva de quien, dolosa o imprudentemente, lo emponzoñó, por el hecho de ser él mismo quien lo ingiere...». La conclusión a que llega el Tribunal es correcta pero no el planteamiento. El desconocimiento, por parte de David, del riesgo excluye la imputación objetiva porque excluye la relación de autoría. David pese a que materialmente ejecuta la acción adecuada para matar —inyección de heroína— no tiene el dominio del hecho (86) sobre su propia acción por desconocer el riesgo que está creando con su conducta. Al desconocer el riesgo no puede hablarse de autopuesta en peligro y, en consecuencia, no se produce un traspaso de competencia del primer autor al segundo (87). Estamos por tanto, ante un supuesto de autoría mediata con instrumento que actúa con engaño, en base al desconocimiento de David de que la droga que se está inyectando es adecuada para causarle muerte.

Asimismo, con la venta de la droga de excesiva pureza, José María crea un riesgo que, a su vez, tiene el deber de controlar, por lo que junto a la calificación de la conducta de José María como autoría mediata se plantea la calificación de autoría en comisión por omisión. En principio, la calificación como autoría mediata de homicidio imprudente desplaza la de autoría en comisión por omisión de homicidio imprudente. Sin embargo, se podrían plantear supuestos en los que entre la venta y la inyección surgan nuevas circunstancias que puedan propiciar la calificación del hecho como autoría en comisión por omisión dolosa (88), ya que la

(86) No tiene competencia sobre el riesgo que está creando, no sólo por desconocer el riesgo sino también por estar en una situación en la que no tiene competencia respecto al control de ese riesgo, al ser un mero «consumidor» de drogas y no un traficante en el sentido propio de este término. Quien únicamente vende para poder sufragar los gastos de su propio consumo, generalmente, no tiene posibilidad de controlar la calidad de la droga.

(87) Vid. *Supra* V 28.

(88) JAKOBS, *La imputación*, pp. 136-137, entiende que los conocimientos especiales sólo se tienen en cuenta si el sujeto ha creado el riesgo, pero no cuando lo único

comisión por omisión dolosa desplazaría a la comisión imprudente. Por ejemplo, si, con posterioridad a la venta y antes de que David utilice la droga, José María conoce la excesiva pureza de la droga y no hace nada por evitar que David se inyecte la heroína, se le podría imputar la muerte, como homicidio doloso en comisión por omisión.

30. Como decíamos al principio del comentario, la parte peor argumentada de la sentencia se encuentra en el Fundamento Quinto, donde se afirma que los hechos plantean un supuesto de concurrencia de culpas. La crítica surge, básicamente, del hecho de que para hablar de concurrencia de culpas es necesario que en un hecho concurren al menos dos «culpas» (89). Si en el anterior fundamento se estaba afirmando, para excluir la imputación objetiva, que David no actúa ni dolosa ni imprudentemente, sino inconscientemente, ¿dónde está su «culpa»? Si no infringe ningún deber de cuidado ¿cómo se puede fundamentar la imprudencia de David? y, si no existe imprudencia por parte de David, ¿cuál es la «culpa» que concurre junto a la «culpa» atribuible a José María? Si de una forma más adecuada tratásemos estos supuestos como casos de concurrencia de riesgos ya no sería necesario probar que David infringe un deber de cuidado sino que es suficiente con probar que David con su conducta introduce un nuevo riesgo. No obstante, en el presente caso, David no introduce ningún riesgo nuevo ya que el hecho de inyectarse, como se ha dicho, es un riesgo implícito a la venta de droga a un drogadicto. La situación sería distinta si David se hubiese inyectado una sobredosis y su muerte se hubiese producido por la conjunción de la excesiva pureza, riesgo introducido por José María, y la dosis excesiva, riesgo introducido por David. En este segundo supuesto si que estaríamos ante un supuesto de concurrencia de riesgos, que determinaría la disminución del injusto atribuible a José María.

31. Detrás de esta argumentación de la Sala se encuentra la voluntad, claramente perceptible, de la Audiencia, primero y del Tribunal Supremo después, de calificar los hechos como falta y, por consiguiente, como imprudencia simple. Sin embargo, para la calificación de los hechos como imprudencia simple en lugar de como imprudencia temeraria no es necesario ni adecuado acudir a la concurrencia de culpas (90). La calificación de imprudencia simple se deriva de forma inmediata de la poca gravedad de la infracción del deber de cuidado por parte de José

que hace es no evitar que el riesgo se concrete en lesión, cuando podía hacerlo gracias a sus conocimientos especiales de la situación. En este segundo caso, únicamente se podría condenar por omisión del deber de socorro.

(89) El entrecomillado se debe a que no parece correcto en estos supuestos hablar de «culpas» sino, en todo caso, de «riesgos». Vid. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 345 y ss., entendiéndose que las denominadas situaciones de «concurrencia de culpas» se deben diferenciar de las de codelinencia.

(90) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 374 y ss., donde se advierte que los criterios jurisprudenciales, en orden a calificar unos hechos como imprudencia simple, son arbitrarios y contrarios a los fundamentos de la responsabilidad penal, en general, y a la imprudente, en particular.

María en relación con la muerte de David. La imprudencia es simple porque José María no infringe el deber de cuidado elemental de un persona que se encontrase en su situación (91). Sería, por ejemplo, una imprudencia grave, si hubiese preparado la dosis de heroína de excesiva pureza, aun cuando fuese inadvertidamente, o la hubiese «cortado» con productos peligrosos para la salud, consciente o inconscientemente, o conociese o debiera conocer que se podía de tratar de la misma clase de droga que ya había causado problemas... En el caso concreto, José María actúa de mero intermediario no cualificado y, por tanto, hay que afirmar que ni tan siquiera el intermediario «extremadamente diligente», con los conocimientos de la situación que tenía o debía de tener José María sobre las circunstancias concretas concurrentes, hubiera hecho analizar la droga antes de ponerla a la venta (92). En este sentido, en la práctica, la solución a la que se llegaría si en la determinación del deber de cuidado se utilizase el baremo del hombre medio de la misma profesión con el mismo nivel de especialización (93) no sería muy diferente. El aspecto que, con la postura aquí defendida se quiere poner de manifiesto, es que en esa determinación de la gravedad de la infracción del deber de cuidado se ha de tomar en consideración, junto a la específica capacidad del sujeto, la exigencia de conocimiento respecto de las circunstancias concurrentes.

CONCLUSIÓN

El riesgo creado por la conducta de José María podría ser calificado como penalmente relevante para la vida únicamente si, en base a las circunstancias concurrentes o a su situación de competencia dentro del tráfico de drogas, debía de haber previsto la excesiva pureza de la heroína. En los hechos probados, en la sentencia objeto de comentario, no hay ningún dato que permita afirmar que a José María le era exigible cono-

(91) Sobre la consideración de los poderes individuales en el injusto imprudente, en la determinación de la gravedad de la infracción del deber de cuidado, vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 277; vid. también, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 235 y ss. y 369 y ss., los poderes individuales del sujeto se han de tomar en consideración dentro del deber subjetivo de cuidado entendido como previsibilidad individual concedida como deber de prever.

(92) En la responsabilidad penal por imprudencia, la «competencia» del sujeto respecto de la actividad que realiza determina, junto a la relación de autoría, el grado de cuidado exigible en el control de los riesgos derivados de esa actividad.

(93) En el momento que se individualiza en el baremo del hombre medio, en el sentido propuesto por la doctrina mayoritaria, la solución a la que se llega en la práctica es la misma que si se toman en consideración los poderes individuales en su determinación, en este sentido es paradigmática la concepción del baremo del hombre medio en SCHÜNEMANN, *JA* 1975, pp. 514 y ss., a través «estandarización de las especiales capacidades»; en este sentido, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 142, se advierte de que la «estandarización» es una forma solapada de «individualizar».

cer la efectiva nocividad de la droga que suministraba, puesto que, por un lado no existe ningún hecho que fundamente que debía de haber sospechado de la calidad de la droga y, por otro lado, su situación dentro del mercado del tráfico de drogas le eximía de la responsabilidad de averiguarlo, ya que el mismo era un «camello» y no tenía los medios para analizar la pureza de la droga. Calificar como homicidio por imprudencia simple, afirmando que infringió el deber de cuidado del hombre muy diligente me parece que es desconocer de forma absoluta cuál es la realidad del tráfico de drogas y, en la práctica, castigar por responsabilidad objetiva.

INDICE

FASCICULO I

Págs.

IN MEMORIAM

- Un recuerdo obligado: Don José Guallart y López de Goicoechea, Catedrático de Derecho Penal (1899-1995)*, por Juan-Felipe Higuera Guimerá 5

SECCION DOCTRINAL

- El delito como acción culpable*, por José Cerezo Mir 9
- Para una revisión de la dogmática de los delitos contra el honor*, por Enrique Bacigalupo Zapater 43
- El régimen abierto*, por José Luis de la Cuesta 59
- Eficiencia y Derecho Penal*, por Jesús-María Silva Sánchez 93
- Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación*, por Joan Josep Queralt 129
- El nuevo delito contra la Seguridad Social*, por José Antonio Martínez Lucas 159

CRONICAS EXTRANJERAS

- Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, por Bernd Schünemann 187
- Reforma y regulación legal del aborto a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*, por Isabel Zóder 219

SECCION LEGISLATIVA

- Disposiciones*, por D.^a M.^a del Carmen Figueroa Navarro 281

SECCION DE JURISPRUDENCIA

- Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, por Santiago Mir Puig: *Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva*, por Mirentxu Corcoy Bidasolo 289

