

# Documentos Penales y Criminológicos

Volumen 1 • Año 2001

Diego-Manuel Luzón Peña  
Ernesto Pedraz Penalva  
Sergio J. Cuarezma Terán

(Directores)

**Documentos Penales y Criminológicos**  
**Volumen 1 - Año 2001**

**Diego-Manuel Luzón Peña**  
**Ernesto Pedraz Penalva**  
**Sergio J. Cuarezma Terán**

**(Directores)**

N

345

C961 Cuarezma Terán, Sergio  
Documentos Penales y criminológicos /  
Sergio Cuarezma Terán -- 1a ed. -- Managua:  
HISPAMER, 2001. 622 p.

ISBN: 99924-33-69-8

1. DEREHO PENAL - CONFERENCIAS

**Cuidado de edición**

Roxana Zapata López  
Sergio J. Cuarezma Terán

**Diseño de Portada**

Reynaldo Silva Flores

**Diseño y Diagramación**

Reynaldo Silva Flores

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© Sergio J. Cuarezma Terán, 2001

© HISPAMER, 2001

Primera Edición 2001

Costado Este de la UCA, Apartado A-221, Zona 13  
Managua, Nicaragua

Impreso por Quebecor Impreandes

## Consejo científico internacional

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin (Univ. de Munich); Prof. Dr. Bernd Schünemann (Univ. de Munich); Prof. Dr. Wilfried Bottke (Univ. de Augsburg); Prof. Dr. Urs Kindhäuser (Univ. de Bonn); Prof. Dr. Hans-Ludwig (Univ. de Tübingen); Prof. Dr. Santiago Mir Puig (Univ. de Barcelona); Prof. Dr. Jesús María Silva Sánchez (Univ. Pompeu Fabra); Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro (Univ. Autónoma de Madrid); Prof. Dr. Javier De Vicente Remesal (Univ. de Vigo); Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo (Univ. de León); Prof. Dr. Rodrigo Fabio Suárez Montes ((Emérito) Univ. de Oviedo); Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde (Univ. Pablo Olavide (Sevilla); Prof<sup>a</sup>. Dra. Adela Asúa Batarrita (Univ. del País Vasco (Bilbao)); Prof. Dr. Ángel Torio López (Univ. de Valladolid); Prof. Dr. Ángel Sanz Morán (Univ. de Valladolid); Prof. Dr. José Cerezo Mir (UNED); Prof. Dr. Antonio García-Pablos de Molina (Univ. Complutense de Madrid); Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez (Univ. La Coruña); Prof. Dr. Carlos María Romeo Casabona (Univ. del País Vasco (Bilbao); Prof. Dr. Tomás S. Vives Antón (Univ. de Valencia / Magistrado del Trib. Constitucional); Prof. Dr. Javier Boix Reig (Univ. de Valencia); Prof. Dr. Enrique Orts Berenguer (Univ. de Valencia); Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu (Univ. de Valencia); Prof. Dr. José Luis González Cussac (Univ. Jaume I, Castellón); Prof. Dr. Luis Gracia Martín (Univ. de Zaragoza); Prof. Dr. José Luis Díez Ripollés (Univ. de Málaga); Prof. Dr. José Miguel Zugaldía Espinar (Univ. de Granada); Prof<sup>a</sup>. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo (Univ. Pública de Navarra); Prof<sup>a</sup>. Dra. María Luisa Maqueda Abreu (Univ. de Granada); Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez (Univ. de Barcelona); Prof. Dr. Gonzalo Quintero Olivares (Univ. de las Islas Baleares); Prof. Dr. Juan José González Rus (Univ. de Córdoba); Prof. Dr. Luis Arroyo Zapatero (Univ. Castilla-La Mancha); Prof. Dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi (Univ. del País Vasco (San Sebastián); Prof. Dr. Miguel Polaino Navarrete (Univ. de Sevilla); Prof. Dr. Borja Mapelli Caffarena (Univ. de Sevilla); Prof. Dra. María Teresa Rodríguez Montañés (Univ. de Alcalá); Prof. Dr. José Manuel Paredes Castejón (Univ. de León); Prof. Dr. Agustín Pérez Cruz (Univ. de la Coruña); Prof. Dr. Julio Pérez Gil (Univ. de Burgos); Prof. Dra. María del Carmen Blasco (Univ. de Valladolid); Prof. Dr. Nicolás Cabezado Rodríguez (Univ. de Valladolid); Prof. Dr. Mar Jimeno Bulnes (Univ. de Burgos); Prof. Dr. Jacobo López Barja de Quiroga (Univ. San Pablo/Vocal del Consejo General del Poder Judicial/Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo de España); Lic. D. Elías Carranza (ILANUD); Prof. Dr. Enzo Musco (Univ. Roma II); Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni (Univ. Nacional de Buenos Aires); Prof. Dr. Carlos Alberto Elbert (Univ. Nacional de Buenos Aires); Prof. Dr. Enrique Ulises García Vitor (Univ. del Litoral (Argentina); Prof. Dr. Edgardo A. Donna (Univ. Belgrano (Buenos Aires, Argentina); Prof. Dr. Alberto Suárez (Univ. Externado de Colombia); Prof. Dr. Jaime Lombana (Univ. del Rosario (Colombia); Prof. Dr. Ramón de la Cruz Ochoa (Univ. de la Habana (Cuba); Prof. Dr. Moisés Moreno Hernández (Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales de México); Prof. Dr. Luis Rodríguez Manzanera (Univ. Autónoma Nacional de México); Prof. Dr. Mario Houed Vega (Univ. de Costa Rica); Prof. Dr. Alberto Novoa Espinoza (Univ. Politécnica de Nicaragua); Prof. Dr. Carlos Muñoz Pope y Ricardo Him (Univ. de Panamá).

### Directores

**Diego-Manuel Luzón Peña**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

**Ernesto Pedraz Penalva**  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Valladolid

**Sergio J. Cuarezma Terán**  
Catedrático de Derecho Penal y Criminología  
Universidad Politécnica de Nicaragua

### Secretaría de redacción y coordinación general

**Roxana I. Zapata López**  
Profesora de Derecho de Autor  
y Derechos Conexos

Para información o colaboraciones, dirigirse a:

Documentos Penales y Criminológicos  
E-mail: [cuarezma@hotmail.com](mailto:cuarezma@hotmail.com)  
Apdo Postal A-113. Managua, Nicaragua

Para suscripciones, dirigirse a:

Editorial Jurídica Hispamer  
Costado Este de la UCA. Managua, Nicaragua.  
[www.hispamer.com.ni](http://www.hispamer.com.ni)  
[importaciones@hispamer.com.ni](mailto:importaciones@hispamer.com.ni)

# INDICE

## I DERECHO PENAL

Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética Diego-Manuel Luzón Peña	11
La interpretación de la Ley penal Mario Houed Vega	19
La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente Miguel Díaz y García Conlledo	29
Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de aponción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados María Teresa Rodríguez Montañés	61
Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»: El caso de los delitos contra el medio ambiente José Manuel Paredes Castañón	83
Algunas consideraciones sobre informática y Derecho penal. El caso de la estafa informática Ricardo M. Mata y Martín	97
Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro Kai Ambos	119
La prescripción del delito en supuestos de concursos de delitos Inés Olaizola Nogales	141
El examen conforme a deber: ¿Especial elemento subjetivo de justificación? María A. Trapero Barreales	171

Fundamento material de la culpabilidad. Exigibilidad e inexigibilidad individual Ismael Manuel Aráuz Ulloa	217
--	-----

## **II**

### **DERECHO PROCESAL**

Sobre la participación popular en la Justicia penal Ernesto Pedraz Penalva	241
Proceso penal y Derechos Humanos: Códigos, principios y realidad. Eugenio Raúl Zaffaroni	339
Acusación por particulares y juicio por jurado en el ordenamiento español Julio Pérez Gil	363
La presunción de inocencia: Las exigencias de licitud y regulación en la actividad probatoria Nicolas Cabezudo Rodríguez	395
El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo María del Carmen Blasco Soto	443
La Política criminal “populista” y las “políticas” de persecución del Ministerio Público en Costa Rica Alfredo Chirino Sánchez	471

## **III**

### **DERECHO PENAL JUVENIL**

La intimidad del menor delincuente y los medios de comunicación María Teresa Martín López	501
---	-----

Garantías básicas de carácter penal, procesal penal y de ejecución en la justicia penal de adolescentes del Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua Elías Carranza y Sergio J. Cuarezma Terán	519
--	-----

#### **IV CRIMINOLOGÍA**

El control sin Estado y sin políticas criminales en la América Latina globalizada Carlos Alberto Elbert	555
---	-----

#### **V ESTUDIOS Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES**

Posibilidad de aplicación de la figura del delito continuado a la violación (agresiones sexuales). Una visión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, con especial referencia a las sentencias de 12 de julio de 1997 y 21 de junio de 1991 Isabel Durán Seco	571
La usurpación de estado civil Fernando de la Fuente Honrubia	595
La concurrencia de imprudencias. Sus efectos en la teoría del delito (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 29 de febrero de 1992). Raquel Roso Cañadillas	611

# Derecho Penal

I



# Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética

Diego-Manuel Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

I. 1. La cuestión que pretendo plantear y abordar brevemente es la de si la introducción en el nuevo CP 1995 de los nuevos delitos relativos a la manipulación genética es un caso de legislación penal fundamentalmente simbólica, con la consiguiente cuestión sobre la valoración que merece tal empleo del Derecho penal por parte del legislador.

2. De función simbólica del Derecho Penal se habla en diversos sentidos:

a) Para un sector dicha función es inherente al Derecho penal y debe *valorarse positivamente*. En efecto, el propio establecimiento en las normas penales de prohibiciones o mandatos de determinadas conductas consideradas como criminales y sancionadas por ello con penas produce (incluso antes y con independencia de la aplicación de tales normas, aunque más aún con su efectiva aplicación confirmadora de su vigencia) un fuerte efecto simbólico en la conciencia de los ciudadanos. Ya otras normas jurídicas en general cumplen una función simbólica, de marcar —con más o menos precisión— los límites de lo ilícito y lo lícito, con independencia de la eficacia y cumplimiento de la correspondiente regulación; pero en el caso de las normas penales dicha función simbólica es especialmente intensa: porque está señalando los ilícitos criminales, es decir los más graves y socialmente más intolerables.

Hay quienes (como p.ej. Vob) vinculan esta función simbólica a la extendida concepción tradicional de la función “ético-social” de las normas penales, o sea, la que considera que el Derecho penal debe suponer la consagración de principios éticos básicos —insistiéndose a veces en el límite del *minimum* ético— y que por ello despliega una “fuerza configuradora de las costumbres” (en la conocida expresión de Welzel). En definitiva, se trata de asignar por ello a las normas penales una participación en la misión “educativa” de los ciudadanos por parte de las diversas normas e instancias sociales (anterior a la función “reeducativa” o resocializadora del cumplimiento de las penas y medidas).

Pero también se puede optar por la separación estricta del Derecho y la moral o la ética social, prescindiendo de connotaciones moralizantes o educativas, y concebir de modo más neutro la función simbólica del Derecho penal: entendiendo que la incriminación de conductas y la correspondiente previsión de sanciones criminales en las normas penales, ya antes y con independencia de su efectiva y eficaz aplicación o no, tiene un muy relevante y amplio efecto de psicología social: pues la calificación de un comportamiento como criminal o delictivo supone — según los casos— establecer o confirmar frente a los ciudadanos el símbolo de la más grave reprobación (desvaloración y prohibición) jurídica; con otros términos, se señala el “merecimiento de pena” de esa conducta. Y además el efecto psicológico-social de la creación o agravación de pena para ciertas conductas, aunque sea simplemente simbólica, se extiende, como señalan Neumann/Schroth, a la “integración social”, es decir a lo que frecuentemente se denomina hoy prevención general positiva: puede suponer el (re)establecimiento de la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico y sus valores.

- b) Frente a esto, se produce actualmente una corriente muy *crítica* frente a la función simbólica del Derecho penal. Así, entre nosotros, de modo destacado Silva señala que, aunque en prácticamente todas las leyes y también en las penales se produce una función (o efecto, aunque no sea el fin pretendido) simbólica, aparte de su función instrumental, de operar efectivamente sobre la realidad, el problema es el fenómeno, cada vez más frecuente y extendido, de la absolutización y exclusividad de los elementos o aspectos simbólicos en muchas manifestaciones de la actual legislación penal. Se trata de que muchas leyes penales no van a cumplir en la realidad su función instrumental de protección de bienes jurídicos (a través de la prevención) porque no se aplican, sino que se limitan a una función meramente simbólica o “retórica” —como también la denomina Silva—, que sólo opera en la mente de los políticos y de los electores: en los políticos la creación de la norma produce la satisfacción de haber hecho algo, y en los ciudadanos la sensación de tener bajo control el problema. Así se cita, entre otros casos, como ejemplos de legislación básicamente simbólica los de creación de nuevos tipos, o los de aumento de las penas existentes, cuando los anteriores son ya suficientes, o cuando los nuevos no ofrecen perspectivas sustanciales de mejora; o también el hecho de trasladar al Código Penal una norma ya existente en la legislación especial, sólo por el mayor efecto retórico que ello tiene.

Como indica Hassemer, la producción de legislación puramente simbólica constituye una característica del Derecho penal de nuestro tiempo, lo que a su vez se ve reforzado por la actual tendencia en múltiples países a la expansión del Derecho penal, como recientemente ha estudiado el propio Silva. No obstante, este sector se opone claramente a esta utilización exclusivamente simbólica de las normas penales, porque a corto plazo podrá

ciertamente desplegar efectos educativos, ético-sociales y de integración social en la conciencia ciudadana, pero éstas no son funciones legitimadoras del Derecho penal (o al menos no lo son por sí solas), y a largo plazo bloquearía la legítima función instrumental del mismo, de proteger bienes jurídicos mediante una prevención eficaz de delitos: “a la larga —dice Silva— lo simbólico no es suficiente. Así, una nueva norma o un incremento de la penalidad que, en principio, han tenido importantes efectos en cuanto al establecimiento o restablecimiento de la confianza de la población en el Ordenamiento jurídico, a medio o largo plazo pierden toda fiabilidad con su inaplicación o su ineficacia”.

3. A mi juicio, debe rechazarse en efecto la utilización de las normas penales con finalidad exclusivamente simbólica por las mismas razones acabadas de apuntar: porque a la larga será ineficaz, e incluso contraproducente, para la función protectora de bienes jurídicos a través de la prevención general de delitos (en su faceta de intimidación general, pero también en la de reafirmación del Derecho y confianza de los ciudadanos en el mismo, que presupone la efectiva aplicación de éste); e igualmente será ineficaz y contraproducente desde la perspectiva de la retribución — para las concepciones que la aceptan junto con la prevención— a efectos de dar al delito una respuesta justa y de restablecimiento del Derecho si en definitiva tales normas no se aplican o sólo lo hacen de un modo totalmente insuficiente. En tal caso no se van a cumplir las funciones que hacen necesario y por ello legitiman el recurso al Derecho penal, y en consecuencia es inadmisibles la función exclusivamente simbólica de las normas penales, tanto si el legislador es consciente de que esa es la única función que van a desempeñar como si no lo fuera. Cuando por las circunstancias concurrentes en una materia objeto de regulación sea previsible que las sanciones penales van a ser inaplicadas o totalmente ineficaces, es preferible, también a efectos simbólicos, la regulación extrapenal de la misma estableciendo con claridad lo prohibido y lo permitido y previendo, cuando sea posible, otras sanciones o consecuencias extrapenales con posibilidades reales de aplicación.

En cambio, si va unida a las funciones (preventivas y, en su caso, retributivas) de protección real y eficaz de bienes jurídicos y del Derecho, la función simbólica del Derecho penal no parece rechazable; y por cierto, no tiene por qué ir vinculada a una concepción ético-social o moralizante de las normas penales, sino que puede entenderse desde una concepción estrictamente jurídica de lo desvalorado. El establecimiento del simbolismo de lo criminal de una conducta, es decir de su grave desvalor y reprobación, es el presupuesto lógico de su prohibición penal y constituye por tanto, a veces incluso con independencia de la dureza de su sanción, el primer paso para la prevención general de esa clase de conductas (aunque, el que sea un paso necesario, no significa que sea por sí solo suficiente).

Por otra parte y para acabar de completar las perspectivas posibles, no debe perderse de vista la siguiente consideración: en ocasiones puede suceder que, cuando se creen nuevas figuras delictivas hasta entonces inexistentes pero que políticocriminalmente se consideren indispensables por la importancia de los bienes jurídicos afectados, en un primer momento sea previsible una escasa aplicación judicial de los nuevos tipos —por lo inhabitual, inercias, etc.— y que incluso el legislador sea consciente de ello; pero que la función simbólica de su incriminación y prohibición penal sea el primer paso básico e indispensable no sólo para generalizar la convicción entre los ciudadanos de la grave reprobabilidad de esas conductas y disuadirles de su comisión, sino además para que poco a poco vaya calando también entre los jueces la convicción de que se deben imponer las correspondientes sanciones y, con las correspondientes medidas instrumentales coadyuvantes (de medios técnicos, procesales, etc.) se logre a medio plazo la aplicación de tales normas penales.

**II. 1.** En el caso de los delitos relativos a la manipulación genética en sentido amplio, es decir los que agrupa bajo esa rúbrica el Tít. V del Libro II del CP de 1995, estamos ante figuras absolutamente nuevas en nuestro Derecho penal, y en el de la mayoría de los países, porque tales conductas no se han planteado hasta que los avances de la genética humana y animal y las técnicas de reproducción asistida o artificial en las últimas décadas han hecho aparecer la posibilidad de tales manipulaciones. Hasta el CP 1995 sólo había una regulación extrapenal en Derecho español contenida básicamente en la L 35/1988, de 22-XI, de Técnicas de reproducción asistida, y en la L 42/1988, de 28-XII, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos, con las correspondientes infracciones y sanciones administrativas y consecuencias civiles. Desde luego no ha habido aún tiempo para una mínima aplicación jurisprudencial de estos preceptos, y la duda que se plantea es si en lo sucesivo se van a aplicar en una medida razonable o no. De ello dependerá que estemos ante un caso más de rechazable utilización exclusivamente simbólica del Derecho penal o, por el contrario, ante una aceptable utilización en parte e inicialmente simbólica de normas penales, pero unida y al servicio de la función de protección de bienes jurídicos a través de la efectiva prevención de las conductas que los atacan.

A continuación me limitaré a formular algunas observaciones, no siempre exentas de dudas, al respecto.

**2.** Aparte del número real de infracciones que se puedan producir y de las dificultades no pequeñas para su denuncia, investigación y comprobación, dado el carácter altamente técnico y especializado del medio en que se producirán, es verosímil que muchos de nuestros jueces consideren, al menos al principio, estos preceptos como letra muerta, entre otras razones: porque no

entiendan bien, por falta de formación al respecto, los conceptos técnicos — manipulación de genes, alteración del genotipo— utilizados en el tipo (art. 159) de las manipulaciones genéticas en sentido estricto; porque en las demás, creación de armas biológicas, fecundación artificial no tendente a la procreación, clonación humana, fecundación no consentida, pueden considerarse, pese a que ello sea incierto, que se trata de hipótesis bastante irreales y poco menos que de ciencia-ficción; en cualquier caso, por inercia y falta de tradición; porque no vean claros los bienes jurídicos protegidos y las razones de su importancia; porque puedan considerar excesivas las penas, al menos para algunos supuestos; porque consideren difícil o impracticable “poner puertas al campo”, o sea, trazar límites a unas técnicas de investigación científica en constante transformación; y porque además se encuentren con carencia de medios técnicos suficientes para la investigación de esas conductas.

**3.** Como hemos visto, se ha pasado de una tipificación meramente como infracciones administrativas de varias de estas conductas a la tipificación criminal, sin que en la —en general absolutamente insuficiente— exposición de motivos del CP se justifique en absoluto que parecía necesario y por qué recurrir a la sanción penal en estos supuestos y que no era bastante — conforme al principio de *ultima ratio*— la existencia de sanciones administrativas. Pero además, y frente a lo que hacían los Proyectos de CP hasta el de 1994 inclusive, en vez de confiar esta materia a la legislación penal especial, se ha incluido en el propio Código Penal junto a los delitos contra la vida y la integridad. Ello supone ya una importante carga simbólica, por incluirla entre los preceptos del Derecho penal nuclear y que se supone que tiene vocación de permanencia; lo que, unido a la configuración de las penas, algo más graves que las del aborto, lesiones al feto e incluso algunas lesiones, revela que el legislador considera que los bienes jurídicos afectados son de gran importancia (coincidiendo en ello gran parte de la doctrina: cfr. solamente p.ej., entre las obras generales, Muñoz Conde, Gracia Martín o Valle Muñiz).

Por eso mismo, y aunque el legislador pudiera haberse planteado — cosa que no sabemos— las dificultades y resistencias con que previsiblemente puede tropezar la aplicación judicial de estos delitos, no creo que estemos ante un caso de empleo consciente por el legislador de unas normas penales con una función exclusivamente simbólica o retórica, sino que más bien se puede haber pensado en abrir camino a la conciencia social y judicial de la gravedad de estas conductas mediante su incriminación, para ir posibilitando la paulatina aplicación de las normas.

**4.** De todos modos, que se vaya logrando esa efectiva aplicación judicial de las normas dependerá en buena medida de que los jueces lleguen a ver claras una serie de cuestiones que cabe apuntar:

- a) Los *bienes jurídicos* afectados por estas conductas y su importancia. A este respecto la doctrina está haciendo un importante esfuerzo de clarificación; no ofrece grandes problemas la precisión de los bienes jurídicos en el art. 160 (la propia subsistencia de la especie humana) y en la reproducción asistida no consentida (la libertad de la mujer y su derecho a decidir sobre la maternidad); pero en los tipos de los arts. 159 y 160.1 y 2 hay más dificultades. En las estrictas manipulaciones genéticas del 159, aunque mayoritariamente se habla de inalterabilidad e intangibilidad del genotipo o del patrimonio genético, algún autor (González Cussac) considera la vida embrionaria como bien jurídico afectado, y otros discuten si esa intangibilidad afecta no sólo al individuo sino también a la descendencia y por tanto a la colectividad o especie humana (lo que depende de si se incluyen o no las manipulaciones en células meramente somáticas y no germinales). En la clonación o selección de la raza se considera bien jurídico afectado la identidad e irrespetabilidad del ser humano, pero p.ej. Romeo ha puesto detenidamente de relieve cómo el problema es muy complejo y hay que justificar más a fondo de lo que habitualmente se hace las razones de la prohibición. En la fecundación de óvulos sin finalidad reproductora, unos hablan del derecho a la vida (González Cussac) y a la futura filiación y estado civil del individuo, otros (Gracia Martín) de un interés del Estado en el control de la reproducción asistida y su limitación a la procreación, mientras que otros (Valle Muñiz) ven la afectación de un lejano bien jurídico en el remoto riesgo para el patrimonio genético; a mi juicio, probablemente hay que considerar fundamental como bien jurídico, junto a lo anterior, el valor de la dignidad del ser humano —aunque sea en formación—, es decir, la prohibición de su instrumentación como cosa u objeto (que es lo que implicarán estos supuestos de creación de embriones para su utilización instrumental con diversos fines) y no precisamente como ser humano. Pero por otra parte, también se discute ampliamente en otras manipulaciones genéticas en general sobre la posibilidad o no de considerar la dignidad humana como aspecto adicional de los bienes jurídicos afectados.
- b) También deberá clarificarse suficientemente el *alcance de las diversas conductas típicas*, sobre lo que no existe tampoco pleno acuerdo todavía en la doctrina: p.ej. en las manipulaciones genéticas estrictas, sobre la extensión de dichas manipulaciones y objetos sobre los que puede recaer (células germinales o sexuales o también células somáticas; gametos, preembriones, embriones y fetos o también personas ya nacidas). Ello implica además importantes consecuencias a la hora de decidir si hay *concurso de delitos o de leyes* cuando se produce también el supuesto de hecho de otras figuras como lesiones, aborto o lesiones al feto; y la inseguridad en este campo añade otro factor para explicar una posible actitud judicial de retraimiento para aplicar estas normas.

- c) Por otra parte, algunos autores (p.ej. Valle Muñiz) han señalado que las penas previstas para algunos de los delitos pueden considerarse *desproporcionadamente graves*: así la sanción con penas superiores al aborto o las lesiones al feto, o la equiparación del supuesto menos grave del art. 161.1 al más trascendente de la clonación. Del mismo modo, se puede criticar que se equiparen en pena cualesquiera alteraciones del genotipo, *sin diferenciar* algunas mucho más trascendentes como la hibridación de genes humanos y animales o la creación de homínidos de otras manipulaciones no tan relevantes.

Con independencia de la posición que se adopte para las concretas hipótesis, ello plantea en todo caso la necesidad de una profunda reflexión sobre la conveniencia de ciertas *reformas legales*, que podrían generar un mayor consenso social y jurídico y facilitar la aplicación de estas normas.

- d) Y, dada la gran complejidad técnica de la descripción diferenciada de modalidades típicas y de los requisitos de las posibles causas de justificación (fundamentalmente la necesidad terapéutica o asistencial), ello vuelve a plantear si es preferible la *regulación en el Código Penal* elegida por el CP 1995 (y defendida expresamente por Gracia) o bien, como defienden otros (p.ej. González Cussac) y es más habitual en Derecho comparado, la regulación *en leyes penales especiales*, o bien una *fórmula mixta* de remisión parcial del CP, en cuanto a ciertos requisitos típicos, a la legislación especial. Nuevamente sería muy conveniente llegar a un consenso en este punto.

5. En la eficacia de estas normas, tanto para apelar a la conciencia y disuadir a potenciales infractores (científicos, investigadores, médicos) como para que los jueces se convenzan y decidan a aplicar las sanciones, dado el carácter altamente transnacional de la investigación científica, influiría en gran medida la *generalización y uniformidad* de las prohibiciones penales o administrativas *en los diversos países*, al menos en los de nuestro entorno. Sin embargo, ello está bastante lejos de producirse (cfr. p. ej. la información de Romeo Casabona, Eguzkilore, nº extr. 11, 1997, pp. 117 ss., sobre la distinta situación de convenios y recomendaciones de organismos internacionales y de legislaciones europeas en cuanto a la prohibición penal o no de la clonación).

6. Por último, para la eficacia de la aplicación judicial de estos tipos será imprescindible proporcionar y *reforzar los medios de que disponga la Justicia* encargada de aquélla: con una debida formación al menos básica en cuestiones de genética y reproducción asistida a los jueces y fiscales, con suficiente asistencia de técnicos y expertos, incluyendo la policía judicial, al servicio de la instrucción y enjuiciamiento de las causas, con la creación si fuera preciso de órganos especializados en fiscalía y tribunales (como los que se dan en otras materias de fuerte contenido técnico y alta especialización), o con la introducción de las correspondientes normas procedimentales.

# La interpretación de la Ley penal

Mario A. Houed Vega

Profesor de Derecho Penal  
Universidad de Costa Rica

## I. Introducción

En muchas ocasiones establecer los alcances de una ley penal, cualquiera que ésta sea, no es una labor sencilla, pues se conjugan diversos factores de gran impacto y sensibilidad social, donde debe procurarse el equilibrio entre el respeto de los derechos fundamentales del individuo, con las garantías de protección que demanda la convivencia en sociedad. Desde luego, principios constitucionales de primer orden (legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, reserva y autonomía ética, entre otros) señalan un ineludible camino para adecuar la legislación ordinaria a las necesidades que deben orientar su cumplimiento, pero igualmente se requiere de algunos mecanismos e instrumentos relevantes que colaboren con los operadores del sistema — en especial los jueces— con el propósito de hacer realidad la justa aplicación de la norma jurídica al hecho sometido a conocimiento de los tribunales, o lo que en definitiva se pretende en un Estado de Derecho, garantizar el principio de una verdadera justicia pronta y cumplida.

## II. Significado e importancia de la interpretación

Consiste esta actividad en fijar el sentido de la ley para poder aplicar una regla general a una situación concreta o caso específico. Es lo que algún sector de la doctrina señala con acierto como el desarrollo de las operaciones de “intelección” y “subsunción”, pues la labor de interpretar no sólo exige entender o comprender el contenido de la norma, sino saber aplicarla a un caso real<sup>1</sup>. Ahora bien, aunque su importancia y utilidad está fuera de toda duda —ya que lo que se pretende es resolver del mejor modo el conflicto que ha sido puesto bajo el análisis de quienes tienen el deber de emitir una deci-

---

<sup>1</sup> Núñez, Ricardo; Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediciones Lerner, Argentina, 1977, ps. 97 y 98.



sión— es de rigor que los distintos sujetos que se ven involucrados en aquél lleguen a conocer ampliamente sus principios, métodos, formas y demás características que les permitan realizarla con las menores dificultades posibles. Por tal motivo suele decirse que la interpretación siempre es necesaria, sin que sea un problema que dependa de sí el texto es oscuro o complejo (lo que suele ocurrir con relativa frecuencia) o si es claro, « sino que surge de la abstracción de la ley y la necesidad de poder subsumir dentro de ella situaciones concretas de aplicabilidad»<sup>2</sup>. Así pues, puede afirmarse que «interpretar» es precisamente la tarea que le incumbe a la ciencia jurídica, pues toda la ciencia es interpretativa<sup>3</sup>, estando superadas las proscipciones y prejuicios que tuvieron lugar en el siglo XVIII por parte de los que temían que el intérprete (en especial el juez de derecho) lesionase la autoridad del Estado o que sembrase inseguridad jurídica<sup>4</sup>. Asimismo debe señalarse que en la ciencia del derecho penal la interpretación es imprescindible para la seguridad jurídica «porque posibilita - o busca posibilitar - la previsibilidad de la resolución judicial para los casos concretos»<sup>5</sup>.

### III. El objeto de la interpretación

Debe advertirse que el objeto de la interpretación jurídica es la ley debidamente sancionada y promulgada por el legislador y no propiamente la que resulta de su inteligencia o de la llamada voluntad de éste, como afirmaban los exégetas: “ La escuela de la exégesis veía el objeto de la interpretación en el pensamiento del legislador en el momento de la sanción de la ley, reconstruido con ayuda del desenvolvimiento de su real proceso mental, condicionado por el marco histórico del momento”<sup>6</sup>. Suele afirmarse que la ley, o la llamada voluntad de la ley, que constituye el objeto a interpretar, no es exactamente la voluntad del legislador, sin perjuicio, desde luego, de que su pensamiento y propósito resulte útil para explicar de modo correcto el significado

---

<sup>2</sup> Bustos Ramírez, Juan; Manual de Derecho Penal, Parte General; Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1989, p. 79.

<sup>3</sup> Zaffaroni, E. R.; Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1980, p. 300.

<sup>4</sup> Cesare Beccaria fue uno de los que se pronunció en contra de la potestad de los jueces penales para interpretar las leyes, negando incluso que se pudiese consultar su espíritu por estimarlo sumamente peligroso: « Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores... No hay nada más peligroso que el axioma común de que es necesario consultar al espíritu de la ley. Esto es un dique roto ante el torrente de las opiniones». De los delitos y de las penas; Edit. Temis, Colombia, 1990, ps. 6 y 7.

<sup>5</sup> Zaffaroni, ob. cit. p.300.

<sup>6</sup> Núñez, Ricardo; Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Lerner, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 92.

de la norma, pues ésta no es producto exclusivo y limitado del proceso mental de aquél. Hay pues, una cierta autonomía de la ley, especialmente tratándose de la ley penal, lo que no significa en modo alguno que deba desestimarse por completo el método exegético o gramatical como fuente de ayuda para la comprensión del trabajo que aquí se examina<sup>7</sup>.

#### **IV. Principios generales a que debe ajustarse toda interpretación de la ley penal**

Es necesario distinguir los principios a que debe adecuarse la elaboración científica del derecho penal, de las cuestiones metodológicas. Los primeros se refieren a los postulados generales que establecen los límites permitidos —o, si así se quiere, las reglas para su entendimiento— en la interpretación de la ley, mientras que las segundas atañen a los métodos o formas que pueden ser utilizadas en dicha labor. La doctrina dominante suele establecer tres principios mínimos que deben ser tomados en cuenta para cualquier análisis de la ley penal: la prohibición de la analogía, la comprensión restrictiva como directriz o criterio orientador (“*indubio pro reo*”) y la intranscendencia de la pena.

##### **1. Prohibición de analogía**

La seguridad jurídica que deriva del derecho penal es diferente de la que se obtiene del derecho civil. En tanto que este último se ocupa de regular situaciones de controversia mas o menos normales y corrientes entre los seres humanos, el primero trata de controlar actos graves y perjudiciales que se dan por excepción (por ejemplo lo normal es respetar la vida y la propiedad de los demás, no asesinar y robar), por lo que requiere la injerencia del Estado para sancionar y procurar que no se repitan o puedan producir mayores agravios que repercutan negativamente sobre los bienes jurídicos de sus habitantes. Es así como el derecho civil provee a la seguridad jurídica garantizando que al surgir un conflicto de intereses en las circunstancias dichas, se proceda a resolver, aún cuando la ley no contemple el caso o exista oscuridad en la norma, razón por la que se autoriza (e inclusive se le impone u ordena) al juez para que acuda a la analogía o aplique principios generales del derecho. Esto es lo que suele llamarse «integración» de la ley para el sector de la doctrina que lo diferencia de la interpretación<sup>8</sup>. Sin embargo en materia penal ello no ocurre así. Los principios de legalidad y tipicidad restringen las causas por las cuales un individuo puede ser sancionado por el sistema punitivo. La seguridad jurídica requiere aquí que sólo en los casos

<sup>7</sup> Ver al respecto ob. cit. de Núñez, R. En ps. 93 y ss.

<sup>8</sup> Así Zaffaroni en su ob. cit. p. 303.

previstos por la ley pueda castigarse penalmente, ajustando la intervención del órgano estatal exclusivamente a aquellos. No puede, entonces, aplicarse la misma solución a un caso que fuera de tales límites pueda resultar parecido o semejante con el sancionado, de todo lo cual se deriva que mientras en el derecho civil la analogía es una exigencia, en el derecho penal está proscrita, siendo ello una consecuencia lógica de la consagración del principio universal *nullum crimen sine lege* según se indicó.

No está de más advertir que la analogía que se prohíbe en el ámbito penal es la llamada *in malam partem*, esto es, la que hace más gravosa la punibilidad del sujeto (más allá del posible sentido literal de la ley), mientras que, por el contrario, se permite la denominada *in bonam partem*, la cual autoriza una mayor benignidad que la indicada por el texto de la norma. Lo anterior a pesar de algún sector doctrinario que aboga porque se rechacen ambas, para lo cual debe tomarse en consideración que la analogía *in bonam partem* debe ceder cuando así lo exija la propia seguridad jurídica, por ser ésta la máxima garantía constitucional en un sistema democrático<sup>9</sup>.

## 2. La comprensión restrictiva ( principio “*indubio pro reo*” )

Aunque suele afirmarse que el principio *indubio pro reo* no es una regla de interpretación sino un criterio valorativo que atañe a cuestiones de orden procesal, en particular en lo que se refiere al juzgamiento de las personas y a la apreciación de las pruebas, es lo cierto que en el derecho penal de fondo no se le puede negar trascendencia. No se trata de una mal entendida «interpretación» en sentido lato para cualquier circunstancia no determinada en la letra de la norma, porque podría incurrirse en analogía, sino de observar que existe un límite semántico del texto de la ley, «más allá del cual no puede extenderse la punibilidad»<sup>10</sup>. Así pues, la comprensión restrictiva se debe aplicar cuando de una norma sustantiva se puedan derivar diversos significados, atendiendo al que pueda ser más beneficioso para los intereses del que esté sujeto a sanción, sin que el principio tenga un valor absoluto «porque bien puede suceder que el sistema choque con la expresión entendida en su sentido estricto y se armonice con su sentido amplio, lo que en tal caso podremos hacer, porque tiene carácter absoluto el principio de racionalidad del orden jurídico, que es el presupuesto mismo de nuestra actividad científica»<sup>11</sup>. En resumen, no es que se proponga una regla inflexible según la cual en todos los casos de duda sobre el contenido del derecho de fondo deba imponerse la aplicación del principio *indubio pro reo* (como ocurría cuando se tomaba en cuenta sólo la interpretación exegética de la ley), ya que ello sería

<sup>9</sup> Cfr. al respecto ob. cit. de Zaffaroni, ps. 309 y 310.

<sup>10</sup> Zaffaroni, E.R., Manual de Derecho Penal, Parte General, sexta edic., Ediar, 1988, p. 137.

<sup>11</sup> Zaffaroni *ibidem* nota anterior.

insostenible desde el momento en que la interpretación debe efectuarse en forma de sistema, apelando a otros medios antes que a los meros antecedentes legislativos y la significación gramatical del texto, sino que el citado principio debe servir «como indicador de la actitud primaria en el entendimiento del alcance de una expresión legal de doble o múltiple significado, sin que ello implique su validez absoluta, la que puede verse desplazada ante la contradicción de la ley así entendida con el resto del sistema, en virtud del principio republicano de gobierno, que tiene validez absoluta y primordial jerarquía»<sup>12</sup>.

### **3. El principio de intrascendencia o de personalidad de la pena**

Aunque hoy día no existe duda alguna respecto de que la sanción no puede ir más allá del autor o partícipe del delito, es importante resaltarlo así para evitar abusos o excesos sobre sus verdaderas connotaciones. La pena es una medida de carácter estrictamente personal, pretendiéndose con ella, a través de la injerencia resocializadora estatal, que el condenado pueda reintegrarse luego a la sociedad (lo que lamentablemente no suele cumplirse en un alto porcentaje pero por otras razones que se salen de la dogmática). Tal circunstancia obliga a evitar que cualquier consecuencia derivada de aquélla pueda afectar a terceros, como sucedía en tiempos antiguos donde la «infamia» del reo pasaba a sus parientes. Sin embargo en la realidad este principio, reconocido de modo expreso en la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José («La pena no puede trascender de la persona del delincuente», art. 5, párrafo 3°), muchas veces se diluye y vulnera, en especial cuando los familiares del sentenciado pierden los ingresos que éste aportaba al hogar, convirtiéndose en las «víctimas» indirectas del sistema punitivo. Desde luego, existen algunas formas de atenuar los efectos negativos anteriormente citados, como lo es la remuneración a los internos por los trabajos que realizan en los centros de reclusión, la ayuda estatal a los familiares que quedaron en desamparo, etc., que se pueden implementar y que nuestras leyes autorizan.

### **4. Otros principios**

Además de los referidos principios esenciales, pueden señalarse otros que se derivan de ellos mismos o los complementan. Por ejemplo los denominados principios de racionalidad y de proporcionalidad, según los cuales debe existir cierta relación de equilibrio entre el delito y la pena como su consecuencia jurídica, evitando que esta última sea más gravosa que el daño inferido con la conducta sancionada. Igualmente el principio de humanidad es de

---

<sup>12</sup> Zaffaroni, Tratato de Derecho Penal, Tomo I, ob. cit., ps. 314 y 315.

gran importancia, puesto que impone la prohibición en un Estado de derecho, de imponer penas crueles o degradantes así como torturas o maltratos; es decir, procura evitar aquellos actos que desconozcan a los penados como personas, dignos de respeto y de consideración como tales.

#### **IV. Métodos o formas de interpretación**

Según se puede observar en los anteriores comentarios de este trabajo, los principios básicos a que debe ajustarse toda interpretación nos permiten establecer ciertos límites o lineamientos que determinan el comportamiento de dicha actividad, siendo muy importante que los aspectos o instrumentos metodológicos, que son los que proporcionan —por decirlo de alguna manera— los medios o formas para llevar a cabo esa tarea, persigan las mismas orientaciones señaladas con el fin de mantener, en esa necesaria interrelación, un desarrollo racional y adecuado de la labor interpretativa.

Ciertamente existen en la doctrina muy diversos métodos, haciéndose necesario acudir a algún orden, lo que no deja de ser un tanto subjetivo y quizá arbitrario, pero debe entenderse que ello es únicamente con el propósito de presentar un mejor panorama para su estudio y comprensión.

Ante tal perspectiva hemos optado por seguir la línea de pensamiento que analiza los métodos de acuerdo a dos aspectos esenciales: 1) conforme a los sujetos que efectúan la interpretación y 2) en relación con el medio empleado<sup>13</sup>.

##### **1. De acuerdo con los sujetos que realizan la interpretación**

En este caso puede señalarse que son primordialmente tres clases de sujetos que originan la función referida:

- a. Interpretación Judicial: es la que realizan los juzgadores o quienes ejercen la función jurisdiccional al resolver los asuntos concretos sometidos a su conocimiento. Cabe advertir que la interpretación uniforme y reiterada de la ley frente a situaciones jurídicas similares, da origen a lo que se conoce como «jurisprudencia». En nuestro país la jurisprudencia de los tribunales penales (incluyendo la de la Sala de casación) no es obligatoria, es decir no puede ser impuesta a las instancias inferiores, aunque de hecho se presenta tal sujeción con alguna regularidad, ya sea porque se comparten los argumentos del órgano superior o simplemente con el fin de evitar que las resoluciones impugnadas sean luego revocadas por este último. En todo caso, la única jurisprudencia vinculante en Costa Rica para todas las

---

<sup>13</sup> Ese es el orden que sigue básicamente el Prof. Ricardo Núñez en su ob. cit., ps. 87 y siguientes, a la cual se le han hecho algunas variantes poco significativas.

- autoridades (“erga omnes”) es la emanada de la Sala Constitucional (salvo para sí misma) según expresa disposición del artículo 13 de la ley que regula sus actividades<sup>14</sup>.
- b. Interpretación doctrinaria: es la que llevan a cabo los tratadistas y autores como producto de sus investigaciones y comentarios, sin la dificultad que podría significar la aplicación de la ley a un caso concreto (como ocurre con los jueces). Desde luego no tiene carácter obligatorio, por lo que su aceptación o no dependerá normalmente de los fundamentos y argumentaciones que cada quien formule. La labor doctrinaria resulta de mucha importancia como complemento y apoyo, no solo para la interpretación judicial sino para la enseñanza académica y estudio del derecho en todas sus áreas.
- c. Interpretación legislativa: Esta forma de interpretación, no aceptada como tal por un sector importante de la doctrina<sup>15</sup>, es la que efectúa el propio órgano productor de la ley cuando aclara o delimita los alcances de ella. Por tal razón suele llamarse también interpretación auténtica, pues únicamente está autorizado para realizarla quien la creó. Puede ser contextual o posterior. La primera es la que se hace en el propio texto legal, señalando por ejemplo los fines, situaciones, etc. que rodean su eventual aplicación. La segunda es realmente una nueva ley que interpreta la anterior. Para finalizar este punto cabe reconocer que la voluntad del legislador no es necesariamente la voluntad de la ley, pero resulta claro que el contenido de las opiniones y comentarios de quienes hicieron posible su instauración y vigencia, así como los antecedentes en que se basaron, vienen a constituir un recurso de gran utilidad para entenderla e interpretarla.

## 2. En relación con el medio o instrumento empleado

En este aspecto se incluyen las formas o métodos más conocidos de interpretación jurídica.

- a. Método exegético o gramatical: Pretende buscar la voluntad real del legislador, a través del contenido de las palabras de la ley, es decir, atendiendo a su sentido o significado idiomático, con arreglo a las circunstancias vividas por aquél. Se trata de una interpretación literal que se apoya en un método empírico, normalmente en desuso, por carecer de una mayor visión más allá de lo que la misma palabra significa. Ello no quiere decir que carezca de total interés como forma de interpretación, pues en algún caso el contenido idiomático de la norma puede resultar importante para orientar su entendimiento.

<sup>14</sup> Ley de la Jurisdicción Constitucional n°7135 de octubre de 1989.

<sup>15</sup> Así Zaffaroni, en su Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, ob. cit., ps. 300 y 301.

- b. Método histórico: Como su nombre lo dice, alude a las circunstancias o nexos históricos (hechos y valoraciones) que motivaron la norma, así como al propósito o fin que se pretendió alcanzar con ella (de ahí que tenga íntima relación con el método teleológico) y al proceso evolutivo de su creación. Materialmente supone el conocer los trabajos preparatorios de la ley (anteproyectos, exposiciones de motivos, etc. ) y demás antecedentes que le sirvieron de apoyo. Sin embargo «las limitaciones de este procedimiento radican en su tendencia a indagar la voluntad del legislador, lo que presenta todos los peligros de la exégesis»<sup>16</sup>.
- c. Método teleológico: Además de las anteriores formas, el significado de la ley puede alcanzarse conociendo la finalidad o propósito que se tuvo con su creación: « A este respecto tienen especial importancia los bienes protegidos en los distintos títulos, capítulos y tipos delictivos»<sup>17</sup>, así como otros aspectos que pudiesen coadyuvar a establecer el objeto y motivos de la implementación normativa y su puesta en vigencia.
- d. Método sistemático: Es de reconocer que ninguno de los medios examinados por sí solos pueden llegar a determinar con certeza el significado de la norma, pues ello sólo es posible cuando se utiliza un procedimiento que la estudia sistemáticamente. Es así como el presente método busca la comprensión de las leyes «tomando en consideración la jerarquía y vinculación recíproca de ellas, de sus instituciones y preceptos, así como la ubicación de los dos últimos en los títulos y capítulos de aquéllas»<sup>18</sup>. Se trata de un instrumento lógico que se sirve en general de argumentos y de medios técnicos. Por ejemplo el «argumento a contrario « que muchas veces se utiliza por el intérprete, «implica que dada la inexistencia de determinados presupuestos, su existencia tampoco determina cierta consecuencia»<sup>19</sup>. El método sistemático es, pues, una forma idónea de analizar el contenido de las leyes, al que se puede recurrir sin dejar de lado los medios anteriores que le resultarían de necesario complemento.
- e. Otras limitaciones a la interpretación de la ley penal. Para concluir este trabajo, resulta de interés señalar que un sector de la doctrina<sup>20</sup>, seguidora del anterior planteamiento respecto al modo de análisis de los métodos de interpretación, establece otras limitaciones en la labor referida, las que pueden indicarse de forma separada de los principios generales a que debe ajustarse dicha tarea, ya que además de estar muy relacionadas con ellos y servirles de complemento, no son excluyentes, aunque suelen presentarse como derivadas o impuestas por las consecuencias del principio de legalidad.

---

<sup>16</sup> Núñez, R., ob.cit. p. 94.

<sup>17</sup> Núñez, R. ibidem.

<sup>18</sup> Núñez, R. ob. cit. p. 95.

<sup>19</sup> Núñez, R. Ibidem.

<sup>20</sup> Cfr. al respecto de Núñez, R. su ob. cit. en ps. 96 y 97.

Esas limitaciones, en lo que atañe al hecho punible, indican que la interpretación no debe extender las secuelas represivas del delito más allá del límite del particular hecho punible y de la pena respectiva (*"poenali sunt restringenda"*), por lo que —en lo que concierne al hecho punible— debe tender a conservar en lo posible su significación literal (interpretación "restrictiva"); sin embargo admite que por "el telos o el sistema legal, confiriéndole a la fórmula que lo expresa, su verdadero sentido, jurídico, se puede ampliar o restringir esa literalidad"<sup>21</sup>, dependiendo de un asunto concreto, lo que haría admisible en determinadas circunstancias una interpretación "extensiva" de la ley penal. Esta última estaría prohibida cuando exceda el límite admitido por esa intelección jurídica del hecho, porque vulneraría el principio de legalidad<sup>22</sup>.

Por otra parte la literalidad de la fórmula definidora del hecho punible (el tipo penal) puede ser superada sin que se quebrante aquel principio, de conformidad con la evolución y enriquecimiento idiomático de sus conceptos, lo que puede ocurrir de acuerdo con el progreso lingüístico, científico, técnico, económico, social, etc. (interpretación "progresiva").

## V. Conclusiones

La interpretación de las leyes requiere un especial cuidado, particularmente en el caso del derecho penal, donde están previstas sanciones normalmente muy gravosas para los intereses de las personas involucradas en las conductas ilícitas que se pretenden reprimir. Para realizar dicha labor el intérprete (y entre ellos el juzgador es su máximo exponente) debe conocer —además de saber aplicar— los principios y límites a que debe ajustarse, así como los métodos o medios con que puede hacerlo. Como se analizó en este trabajo, existen varios mecanismos e instrumentos a los que se puede recurrir, pero solo con su buen manejo puede garantizarse el éxito en la aplicación de la ley y el respeto de las garantías individuales.

---

<sup>21</sup> Núñez, R. Ob. cit. P. 97.

<sup>22</sup> Núñez, R., ob. cit.p.97.



# La autoría mediata.

## Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente

Miguel Díaz y García Conlledo  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de León

### 1. Concepto

La autoría mediata, junto a la autoría inmediata (individual) —habitualmente denominada directa— y la coautoría, es una forma de autoría en sentido estricto, es decir, de realización del tipo correspondiente de la parte especial (tipo de autoría) por un sujeto. Lo peculiar de la autoría mediata es que el autor no realiza el tipo de manera inmediata él solo (o ayudado por partícipes) ni lo realiza conjuntamente con otros (coautores) —si bien cabe hablar también de coautoría mediata cuando varios sujetos realicen conjuntamente el hecho y con él un tipo a través de otro (u otros) que actúa como instrumento—, sino que realiza el tipo a través de otra —u otras— persona que actúa como instrumento.

Al ser una forma de autoría en sentido estricto, ha de reunir todos los requisitos de ésta. Así, según la concepción de la autoría que se mantenga, el autor mediato deberá realizar al menos una acción ejecutiva (teoría objetivo-formal clásica), realizar una acción típica o una conducta subsumible sin más en uno de los tipos de la parte especial (teoría objetivo-formal modificada), poseer el dominio del hecho, etc., además de cumplir el resto de los requisi-

---

El presente trabajo reproduce, con ligeras modificaciones, la ponencia (inérita) que presenté al III Congreso de Estudiantes de Derecho Penal, organizado por la Universidad de Barcelona, la Universida Pompeu Fabra de Barcelona y el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, y celebrado en Barcelona (España) del 10 al 12 de abril de 1996. El trabajo se inscribe, entre otros, en los Proyectos de investigación *PB94-0355-CO3-02* (DGICYT) y *PB97-0769-CO3-02* (DGESIC), de los que soy investigador principal. El que el trabajo se presentara en abril de 1996 explica las continuas referencias al hoy derogado CP español de 1944/73, junto a las relativas al hoy vigente CP 1995, que no entró en vigor hasta finales de mayo de 1996.

tos del tipo, incluida la característica especial en los delitos especiales. Desde mi concepción de la autoría, el autor mediato, como todo autor, además de cumplir el resto de requisitos típicos, debe realizar (a través de otro) la acción típica nuclear, lo que, especialmente en los delitos puramente resultativos, se concreta mediante el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho.

En definitiva, autor mediato sería por tanto el sujeto que, a través de otro que actúa como instrumento, realiza la acción típica nuclear, determina objetiva y positivamente el hecho.

Conviene señalar aquí que la autoría mediata comenzó a utilizarse históricamente como expediente para colmar las lagunas de punición derivadas del entendimiento de la participación como sometida al principio de accesoriadad máxima, en virtud del cual, para poder hacer penalmente responsable a un partícipe, el autor debía actuar de manera no sólo típicamente antijurídica (como exige el principio, hoy más defendido, de la accesoriadad limitada de la participación), sino también culpable, no pudiéndose castigar, por ejemplo, la inducción a un menor para que éste cometiera un delito; se convertía entonces al inductor en autor mediato, no estando por tanto sometido su castigo al principio de accesoriadad. Pero posteriormente se ha visto que la autoría mediata es más que eso, es una forma de autoría y, por tanto, aun defendiéndose el principio de accesoriadad limitada y no máxima de la participación, lo que permitiría castigar como participación muchos de los supuestos que resultaban problemáticos con la accesoriadad máxima, hay que estudiar la autoría mediata como figura de autoría y no de participación *stricto sensu*.

En lo que sigue, se expondrán, sin afán de exhaustividad, algunos aspectos básicos de la autoría mediata, dejando de lado otros aspectos interesantes como los de las desviaciones y excesos del instrumento, el del comienzo de la tentativa del autor mediato o el de la posibilidad de autoría mediata imprudente y por omisión.

## 2. Requisitos

Además del requisito común a toda autoría de la realización del tipo por parte del autor mediato, en la autoría mediata dos cosas son fundamentales:

- a) Determinar en virtud de qué criterios o razones se puede afirmar que una persona realiza acciones a través de otra, cuestión a la que enseguida me referiré.
- b) Determinar si esa acción realizada a través de otro es de autoría, pues a través de otro (y en virtud de los criterios acabados de mencionar y que a continuación se explican) se pueden realizar acciones de participación (participación mediata). En relación con este aspecto, que suele olvidarse

al tratar la autoría mediata, es importante analizar la conducta del instrumento, para ver si la misma determina objetiva y positivamente el hecho, con independencia de que el instrumento sea o no un autor penalmente responsable del hecho (lo será en unas ocasiones —supuestos de autor tras el autor—, pero no en otras, por faltarle la cualidad especial en los delitos especiales o por estar su hecho amparado por una causa de atipicidad, justificado o disculpado). Con ello (o sea, con la aceptación de una determinación objetiva y positiva del hecho por parte del instrumento), no se niega, como parece derivarse de alguna de las críticas que mi idea ha suscitado, la existencia (y su particular configuración) de determinación objetiva del hecho (y no sólo del instrumento; o sea, sí hay aportación del autor mediato a la determinación del hecho) por parte del autor mediato (en lo que sí tiene razón la crítica es en que no niego que el instrumento determine objetiva y positivamente el hecho —de un modo distinto, que hace que se dé precisamente, y de manera prevalente, en estos supuestos la estructura de la autoría mediata y no la de la coautoría—, pero justamente eso sigue sin parecerme criticable).

### 3. Supuestos de autoría mediata

Los supuestos de autoría mediata pueden agruparse de diferentes maneras; aquí seguiré básicamente la de Roxín, máximo especialista mundial en la materia, recordando que normalmente las razones que sirven para fundamentar la autoría mediata del sujeto de atrás (coacción, error, etc.) en realidad lo que fundamentan es la posibilidad de realizar acciones (de autoría o de participación) a través de otro. Por otro lado, como se verá, en alguno de los grupos que cito no estoy de acuerdo o al menos tengo serias dudas de que nos hallemos ante supuestos de autoría mediata.

Hay que hacer notar, además, que las opiniones sobre los criterios que se irán viendo al hilo de los grupos citados no son pacíficos en la doctrina, e incluso recientemente un autor alemán de la relevancia de Jakobs ha tachado la contemplación más al uso de los supuestos de autoría mediata en que el “instrumento” actúa sin dolo como de demasiado “psicologizante”, entendiéndolo que lo más relevante es aquí la “competencia” (si se quiere la “responsabilidad”) del sujeto de atrás respecto de la “incompetencia” (falta de competencia o, dicho de otra forma, de “responsabilidad”) del ejecutor inmediato, interpretando que la autoría mediata es una forma de imputabilidad objetiva (que este autor relaciona también con las otras formas de autoría y con las de participación accesoria); no es posible aquí profundizar en esta opinión.

- a) Supuestos de utilización de coacción u otros procedimientos que obligan a actuar al instrumento.

Se trata de casos en que quien actúa detrás fuerza, intimida o da órdenes vinculantes o coloca en situaciones de necesidad de actuar a otro o aprovecha una ya existente para que realice una determinada conducta.

En los supuestos de coacción o amenaza estricta («te mato, si no matas a C») el instrumento actuará en estado de necesidad (para mí éste siempre constituye una causa de justificación) o miedo insuperable (para mí, causa de exclusión de la culpabilidad), con lo que, según algunos autores, la ley nos ha resuelto ya que el grado de coacción es suficiente (aquí se observa ya una vertiente del llamado principio de responsabilidad). Según estos autores, cuando la coacción no alcanza la justificación o exculpación del ejecutor inmediato, ya no estaríamos ante una autoría mediata del sujeto de atrás, sino ante una inducción o cooperación necesaria en el hecho del ejecutor inmediato; en cualquier caso, es claro que no basta para fundamentar la autoría mediata del sujeto que actúa detrás una mera influencia en la voluntad del que actúa de modo inmediato.

Cuando se crea un estado de necesidad ajeno, pero no por coacción, se podrá afirmar también la autoría mediata del sujeto de atrás: por ejemplo, se provoca el hundimiento de un barco con medios limitados de salvamento, para que unos maten a otros para salvarse. Más dudoso, aunque probablemente también de autoría mediata, es el supuesto del sujeto que aprovecha (no crea) un estado de necesidad ajeno para sus fines («te salvo, si matas a C») o posibilita el hecho salvador (da una pistola para que, matando a otro, alguien que está en una situación de necesidad pueda salvarse). Sin embargo, sólo existirá inducción (a un hecho justificado, y por tanto inducción impune) si un sujeto se limita a informar a otro de la posibilidad de que haga uso del estado de necesidad o incluso a aconsejárselo.

Aunque la cuestión me parece especialmente compleja y requeriría de precisiones que exceden con mucho el ámbito de la presente exposición, también se podrían incluir en este grupo, como autoría mediata de un hecho típico por parte de quien da la orden (y siempre naturalmente que en él concurren todos los demás requisitos de la responsabilidad penal), los supuestos (más o menos frecuentes según se defienda en este ámbito la teoría de la apariencia o de la evidencia o la de la nulidad, pero en cualquier caso de difícil producción en la realidad cuando se trate de delitos muy graves) en que un sujeto actúa obedeciendo una orden vinculante no conforme a Derecho, supuestos en que la actuación de este último resulta amparada por la causa de justificación de la obediencia debida (art. 8,12 CP 1944/1973, no mencionada expresamente pero incluíble en otras causas de justificación recogidas en el vigente CP 1995, en mi opinión seguramente en el cumplimiento de un deber del art. 20.7º de este CP). También pueden producirse (la frecuencia aquí también dependerá, aunque seguramente en un sentido inverso, de la teoría que se siga entre las antes citadas) casos de error sobre el carácter vinculante de la orden

que suponen por tanto en principio un error sobre un presupuesto objetivo o material de una causa de justificación y que, en mi opinión, constituyen supuestos de error de tipo (sin descartar en este ámbito de la obediencia debida la producción de errores de prohibición); los supuestos de autoría mediata que pudieran darse en estos casos de error compartirían caracteres del grupo de casos que ahora analizamos y del de creación o aprovechamiento de un error en el que actúa de manera inmediata.

En general, en los casos de instrumento que actúa justificadamente, para apreciar la autoría mediata de un delito del sujeto de atrás, tendrá que tratarse de causas de justificación que excluyan sólo el desvalor de la acción y no el del resultado (como en los supuestos hasta ahora citados), pues, de tratarse de una causa de justificación excluyente del desvalor del resultado (como la legítima defensa o la obediencia debida a órdenes conformes a Derecho), la justificación alcanza lógicamente también al sujeto de atrás (no hay resultado injusto, prohibido) (Luzón Peña). Todo ello, claro está, siempre y cuando se acepte la distinción entre causas de justificación excluyentes sólo del desvalor de la acción y causas de justificación que excluyen el desvalor del resultado.

Matizaciones aparte, el fundamento de este primer grupo de casos de autoría mediata es la falta de voluntad libre del instrumento. Por ello, se presentan como dudosos algunos supuestos, como el del jefe de la banda de delincuentes que no utiliza la amenaza o la coacción para que se cumplan sus órdenes, sino que se limita a organizar la comisión del delito con instrucciones que los demás cumplen, o el de ciertas «órdenes» no acompañadas de violencia o intimidación de padres a hijos o de profesores a alumnos, o el de situaciones producidas en ciertas relaciones amorosas o de veneración («tus deseos son órdenes para mí»); me inclino a pensar que en estos supuestos no hay autoría mediata, salvo que se trate de relaciones de dependencia patológica, en cuyo caso entraríamos en el terreno de la autoría mediata por utilización de inimputables. En general se tratará de casos de inducción (se discute también si el «jefe de la banda» es coautor, cuestión que no corresponde dilucidar aquí, aunque pienso que en multitud de ocasiones no lo es).

Se suelen discutir como subgrupo dentro de este apartado los supuestos de coacción para que otro se autolesione o se suicide; nos hallaremos ante supuestos de autoría mediata de lesiones u homicidio. Si no existe auténtica coacción o el consentimiento de sujeto es válido, creo que, en el CP 1944/1973 se trataría de un supuesto de inducción o cooperación a autolesiones o de unas lesiones consentidas, en cualquier caso impunes; en el supuesto de lesiones consentidas, parece más difícil sostener la impunidad en el CP 1995, dado el tenor de su art. 155 (que se completa con el art. 156) y por haber desaparecido un importante argumento sistemático que permitía afirmar en el CP 1944/1973 a un sector de la doctrina, con razón, la impunidad de las lesiones consentidas, pese al aparente-

mente claro tenor del art. 428 de ese CP (no obstante podrá seguir manejándose algún argumento, especialmente constitucional, en pro de la impunidad, aunque será más difícil hacerlo valer por sí solo). O, en su caso, se tratará de un supuesto de inducción o auxilio al suicidio punible en el Derecho penal español (salvo, según algunos en el CP 1944/1973 —art. 409—, y sin duda en el CP 1995 —art. 143—, que se trate de una mera complicidad en el suicidio, que es atípica).

Además de lo hasta ahora mencionado, se considera que constituye un supuesto de autoría aquel en que un sujeto se sirve de otro para la comisión de un hecho delictivo, encontrándose el instrumento en un supuesto de falta de acción: A, utilizando la fuerza física absoluta, arroja a B contra uno de los bañistas de una piscina, con ánimo de matar a éste, quien efectivamente, sea por la herida producida en la cabeza por el golpe, sea por quedar inconsciente debido al golpe y ahogarse después, muere; o bien, A ata a una silla o narcotiza hasta dejarle inconsciente al guardagujas de una estación ferroviaria, no pudiendo éste cambiar las agujas en el momento oportuno, produciéndose un choque de trenes con numerosos muertos y heridos, como pretendía quien ató o narcotizó al guardagujas. La discusión aquí no es si hay autoría o no del sujeto de atrás, sino si se trata de una autoría mediata (por utilizar un instrumento humano) o inmediata (por ser la del sujeto de atrás la única acción existente y equivaler el instrumento humano a un instrumento mecánico); pese a que hay quien mantiene otra cosa, la cuestión me parece en gran medida terminológica y de escasa o nula trascendencia práctica.

b) Supuestos de creación o aprovechamiento de un error en el que actúa de modo inmediato.

El fundamento de la autoría mediata (cuando se admita) en este grupo de casos es, resumidamente, que el sujeto de atrás domina la situación por tener el único o mejor conocimiento de la misma o de su contrariedad a Derecho, conocimiento que falta o no es completo en el instrumento, con la consiguiente desaparición o disminución de factores de inhibición de su conducta (recuérdese, no obstante, la opinión que tilda de excesivamente “psicologizante” la contemplación centrada en el conocimiento en los supuestos de ejecutor inmediato no doloso).

En este grupo, lo que se discute fundamentalmente es qué clase de error del instrumento es suficiente para fundamentar la autoría mediata del sujeto de atrás.

Es común entender que nos hallamos ante supuestos de autoría mediata del sujeto de atrás en aquéllos en que el error del ejecutor es un error de tipo, excluyente (según opinión unánime y plasmada en la ley: art. 6 bis a 1º CP 1944/73 y art. 14.1 CP 1995) del dolo del que actúa de manera inmediata. Se suele citar el ejemplo de la enfermera que pone al enfermo la inyección con la jeringuilla que le pasa el médico, creyendo aquélla que se trata de un medicamento, cuando en realidad el médico ha puesto

dolosamente un veneno letal, que efectivamente produce la muerte del paciente.

Y también habría autoría mediata, incluso si no es la actuación del sujeto de atrás la que crea el error, sino que se aprovecha (con una conducta que, de ser dolosa la del ejecutor, sería de participación) del error del ejecutor inmediato: así, por ejemplo, es autor mediato de un homicidio quien da a otro una escopeta que éste le pide para disparar contra lo que cree una pieza de caza, pero que realmente es una persona, circunstancia de la que se percata claramente quien da la escopeta. En relación con este grupo de casos, se ha discutido el siguiente supuesto: un sujeto alcanza a una madre que quiere dar a su niño un medicamento en polvo contra el dolor de cabeza el vaso de agua para mezclarlo, aunque se da perfecta cuenta de que la madre se ha confundido de bote y el polvo es realmente un veneno letal, a consecuencia de cuya ingesta el niño muere. Ciertamente, si el sujeto no diera el vaso y se limitara a contemplar sin decir nada cómo la madre da el veneno al niño, respondería a lo sumo como autor de un delito de omisión pura, si la madre, como es el caso, actúa sin dolo. Pero creo que al alcanzar el vaso ha pasado ya a ejercer un dominio de la situación, a configurarla (no meramente a dejarla correr), teniendo en sus manos a la madre como instrumento (responda ésta o no por imprudencia) y, por ello, estimo con la doctrina mayoritaria, que el sujeto es autor mediato de homicidio o asesinato doloso del niño.

Todo lo anterior me parece claro cuando el instrumento obra en error de tipo invencible, excluyente por tanto también de la imprudencia. Si el error es vencible, se produce una imprudencia (en su caso, punible) del que actúa de manera inmediata; si tal imprudencia es inconsciente, la situación apenas varía respecto de los supuestos de error invencible, pues el único que «ve» la situación es el sujeto de atrás. Si la imprudencia es consciente, podrían plantearse más dudas; sin embargo, estimo con Roxín que se puede sostener la autoría mediata del sujeto de atrás, pues, como el instrumento que actúa de manera imprudente confía en la no realización del peligro, tiene menos motivos (por su peor conocimiento o control) de inhibición de la realización del hecho que el sujeto de atrás, que conoce perfectamente la situación y se sirve así del sujeto de delante.

Si el que actúa inmediatamente lo hace con dolo respecto de un tipo, pero sin dolo respecto de otro tipo, habrá autoría mediata respecto del segundo e inducción en su caso respecto del primero; así, cuando A convence a B para que administre a otro una sustancia para dormirle y robarle o para lesionarle, siendo consciente A y no B de que la sustancia realmente mata, como efectivamente sucede, A será autor mediato de un homicidio e inductor a unas lesiones, a un robo o al tipo de que se trate (no me pronunciaré aquí de la forma en que concurrirán estas calificaciones, pues ello dependerá del caso concreto), siendo insuficiente, como señala Roxín, para negar la autoría mediata la alegación de SIPPEL de que el conoci-

miento del primer hecho típico debería haber inhibido ya de actuar al ejecutor inmediato.

La misma solución de afirmar la autoría mediata ha de seguirse en los casos creación o aprovechamiento de creación o aprovechamiento de un error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación (que estimo que es un error de tipo, compartiendo en esto la teoría restringida de la culpabilidad, desde la teoría de los elementos negativos del tipo).

Cuando nos hallamos ante un error de prohibición (que, en mi opinión, coincidente con la teoría de la culpabilidad, no excluye el dolo, sino que excluye o atenúa la culpabilidad, según sea invencible o vencible) de quien actúa de manera inmediata, ya existen mayores reticencias a admitir la autoría mediata del sujeto de atrás, aunque ésta es ampliamente admitida cuando el error es invencible, pues, se dice, aunque hay un hecho injusto, éste está disculpado y no existe responsabilidad del que actúa inmediatamente. Sin embargo, cuando el error de prohibición es vencible, el ejecutor inmediato responde siempre (y, por cierto, se mantenga la teoría que se mantenga, dada la regulación positiva de este error tanto en el Derecho penal alemán —§ 17 StGB: Código Penal alemán— como en el español —arts. 6 bis a, último párrafo, CP 1944/1973, y 14.3 CP 1995—, que se limita a establecer una rebaja de pena —potestativa en el alemán y obligatoria en el español— para quien actúa en error de prohibición vencible, frente al castigo más limitado -como delito o falta imprudente, en caso de ser éstos punibles- del hecho cometido en error de tipo vencible). Por tanto, si se afirma la autoría mediata del sujeto de atrás, nos hallaríamos ante un supuesto de autor (responsable) tras el autor (responsable), que tan reacio a admitir es un amplio sector de la doctrina. Es verdad también que, de no admitirse la autoría mediata, la mayoría de las veces estos casos (sobre todo si se acepta en materia de error de prohibición la teoría de la culpabilidad, como considero correcto) podrían ser castigados como inducción a o cooperación —o sea, como participación en sentido estricto— en el hecho típicamente antijurídico (y doloso) del que actúa de manera inmediata (y ello incluso si el error de prohibición es invencible).

Resulta interesante para ilustrar el supuesto de provocación de un error de prohibición vencible el caso de la jurisprudencia alemana conocido como del «rey de los gatos» (*Katzenkönig-Fall*). En el mismo, dos personas convencen a un policía, cuya imputabilidad está disminuida, de que debe matar a una determinada mujer como sacrificio humano, porque, si no, el (por supuesto, imaginario) rey de los gatos mataría a millones de personas; le dicen al policía que para él no rige la prohibición de matar, porque se trata de un encargo divino y debe salvar a la humanidad; el policía mata a la mujer. El BGH aprecia en el policía un error de prohibición, eso sí, vencible, pero aun así admite la autoría mediata de las dos personas en la muerte de la mujer, si bien estima que no toda provocación de un error de



prohibición vencible fundamenta autoría mediata, sino que habrá que analizar caso por caso, lo cual ha sido criticado por producir una gran inseguridad jurídica. Contra otras opiniones, creo con Roxin que la solución del caso es correcta en su resultado y que, con pequeños matices (en los supuestos de ceguera jurídica u hostilidad al Derecho y en los de escasa intensidad de la actuación sobre el que actúa en error —por ejemplo, éste ya está decidido a actuar y sólo se aplaude su decisión—, caso éste mucho más dudoso), estos supuestos son de auténtica instrumentalización de quien actúa en error de prohibición, aunque sea vencible, y de autoría mediata del sujeto de atrás, puesto que la posibilidad del que actúa inmediatamente de conocer la prohibición no hace desaparecer la realidad de que no la conoce y, por tanto, sus razones de inhibición de actuar son menores que las del sujeto de atrás, quien, con su exclusivo conocimiento, posee un superior grado de dominio del hecho y, sobre todo, domina o dirige al instrumento.

Dejaré de lado el supuesto de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de exclusión de la culpabilidad, que suele plantearse en relación con el llamado estado de necesidad disculpante (conflicto entre intereses iguales), que para mí nunca es tal, sino que es siempre justificante y a cuyo tratamiento, por tanto, ya me he referido.

Roxin ha planteado incluso, admitiéndola, yo creo que con razón, la posibilidad de autoría mediata del sujeto que provoca un error sobre el significado concreto de la acción del que actúa de manera inmediata, aunque yo creo que en tal caso debe tratarse de un error no irrelevante, es decir, que ha de ser un error que claramente haga disminuir en el sujeto de delante sus motivos de inhibición para realizar la conducta; así sucede en el supuesto de quien induce a otro a destruir un valioso cuadro de Picasso perteneciente a un tercero, haciéndole creer que se trata de una copia de poco valor (siendo sin duda el ejecutor inmediato autor de una falta o delito dolosos de daños menos grave; prescindiré aquí de la cuestión del tratamiento que debe recibir este error del ejecutor inmediato y de si puede dar lugar a responsabilidad por imprudencia respecto del tipo más grave). Aparentemente similar resulta el supuesto en que un sujeto provoca un error del ejecutor inmediato sobre el elemento especial (cualificante) en los delitos especiales. Bajo la vigencia del CP 1944/1973 podía plantearse el siguiente caso: A induce a B a matar a un tercero, ocultándole que se trata del padre de A; A sería autor mediato de un parricidio (art. 405) y B autor inmediato de un homicidio (art. 407). Esta solución me parece sin embargo menos fundamentada, pues no se ve cómo se reducen los motivos de inhibición de B aquí (no es su propio padre), con lo que (a menos que, por otras vías, como las de los delitos de infracción de deber o la de la comisión por omisión, se pueda fundamentar la autoría del *intrañeus*; pero, como puede verse en la letra e de este apartado, tales vías me parecen discutibles) seguramente estaríamos ante una inducción

a homicidio, con la agravante genérica de parentesco para el inductor (siguiendo la tesis general de Gimbernat en cuanto a la participación de *intranei* en delitos comunes y de *extranei* en delitos especiales, y en concreto en cuanto a la participación en el parricidio y casos similares). En el caso inverso sería más pensable que se produjera una disminución de los factores de inhibición para actuar, cuando el ejecutor inmediato ignorara que mataba a su propio padre (en cuyo caso el mismo resulta en mi opinión autor inmediato de homicidio, por no abarcar su dolo el elemento específico del delito especial, sin entrar aquí a analizar, por no mezclar otro tema polémico distinto de la autoría, la posibilidad de concurrencia de este delito con uno de parricidio imprudente si el error fuera vencible), pero no se ve tampoco cómo ello pueda fundamentar una autoría mediata de homicidio (no de parricidio, ya que al sujeto de atrás le faltaría la condición de *intraneus*), pues las inhibiciones propias de matar a un tercero — homicidio— están intactas también en el sujeto de delante; de entrada parece que habría que sostener que se trata de una inducción a un homicidio y que el mayor desvalor de la conducta del *extraneus* podría tenerse a en cuenta en la última fase de determinación judicial de la pena (ni siquiera por la vía de las circunstancias agravantes). Sin embargo, la solución parece materialmente insatisfactoria, pues se estaría penando menos gravemente al que mediante un ardid (parcial, pues no afecta a toda la conducta de matar) consigue que otro mate a su propio padre, sin saber que lo es (inducción a homicidio) que a quien le convence de que lo mate con conciencia de que se trata de su padre (inducción a parricidio). Ciertamente se podría aducir que el *extraneus* fomenta un hecho del *intraneus* subjetivamente menos disvalioso cuando éste no sabe que mata a su padre. Pero lo que sucede, en mi opinión, es que aquí la conducta del *extraneus* parece superar el mero «fomento» (participación) de un hecho ajeno, para caer en o al menos ser límite con la utilización (siquiera parcial) de otro, por la instrumentalización de su error. El caso no sería tan problemático si se piensa, como opina un sector doctrinal, que la mayor gravedad del parricidio frente al homicidio es consecuencia de un circunstancia altamente personal que sólo debe afectar al pariente y nunca a los *extranei* o (aunque aquí habría que matizar) que se trata de una cuestión de culpabilidad y no de injusto, opiniones que no comparto. O también si se considera que el dolo no forma parte del tipo de injusto, sino de la culpabilidad, con lo que resultaría claro que el *extraneus* habría inducido a un parricidio (el tipo objetivo del parricidio indudablemente se ha realizado por parte del autor inmediato); pero entiendo que el dolo es parte del tipo subjetivo de los delitos dolosos. También podría solucionarse con mayor facilidad el caso, si, como sugieren algunos autores, fuera posible apreciar autoría mediata en los delitos especiales aunque la característica especial concurriera en el instrumento y no en el autor mediato, pues tal vez entonces se podría sostener la autoría mediata de parricidio del *extraneus*;

pero esta solución supone, a mi modo de ver, reducir la realización del tipo por el autor a la posesión del dominio del hecho (o del mayor dominio del hecho en nuestro ejemplo), mientras que personalmente creo que, junto al dominio (mejor determinación) del hecho, deben concurrir en el autor los demás elementos típicos (en este caso el elemento específico del delito especial), para poder afirmar de él que realiza el tipo (o que realiza el «hecho»). Tal vez una posibilidad de castigar al *extraneus* con la pena del parricidio (se podría discutir si se le debería atenuar en alguna medida) sería la ampliación de *lege ferenda* del art. 14,2º, inciso referente a forzar, CP 1944/1973, a supuestos de creación o aprovechamiento de un error, en el sentido en que se explica más adelante (letra f del presente apartado). Como se ve, aquí se plantean cuestiones específicas relativas a la autoría y participación en los delitos especiales, en las que no podemos detenernos más. El problema respecto del parricidio desaparece en el CP 1995, al suprimirse esa figura de delito.

En el caso de provocación de suicidio o autolesiones por error, la autoría mediata de homicidio (o asesinato) o lesiones sólo quedará fundamentada cuando el error impida comprender al ejecutor inmediato (cosa que ocurrirá especialmente en niños, jóvenes e incapaces) el verdadero sentido lesivo (aunque no típicamente antijurídico) para su vida o integridad o salud física o psíquica de la conducta que lleva a cabo; esto debe interpretarse (porque podría resultar ambiguo) como que el ejecutor debe ignorar que se quita la vida o que se produce una merma en la integridad o en la salud física o psíquica; si no, estaremos normalmente ante supuestos de inducción (o cooperación, a menudo necesaria) al suicidio (punible en el Derecho penal español: arts. 143. 1 y 2 CP 1995 y 409 CP 1944/1973) o a las autolesiones (impune). En este contexto resulta interesante el llamado caso Sirio (*Sirius-Fall*), del que se ocupó la jurisprudencia alemana. En él, un sujeto convence a una joven (semiimputable) para que se meta en la bañera con un secador de pelo encendido, diciéndole que de ese modo acabará con su vida presente y renacerá como la misma persona en un cuarto rojo junto al lago de Ginebra para continuar su vida en un cuerpo nuevo y mejor y, cuando llegue el día de su muerte, su alma podrá vivir en la estrella Sirio; el sujeto convence a la mujer para que suscriba un seguro de vida en el que él era beneficiario, con la intención de hacerse con la indemnización del seguro cuando la mujer muriera electrocutada en la bañera. El plan fracasa porque el secador no funciona como el sujeto esperaba y no se produce la electrocución. El BGH condenó al sujeto por una tentativa (o delito frustrado conforme al Derecho penal español bajo la vigencia del CP 1944/1973) de asesinato, puesto que, según el BGH, la mujer no quiso nunca suicidarse, pues pensó que su vida terrenal no acabaría en la bañera, sino que continuaría en el lago de Ginebra (de hecho, nunca se suicidaría, pues consideraba que el ser humano no tiene derecho a hacerlo); la decisión, bajo este supuesto, del BGH es correcta, pues

el sujeto provocó un error similar (salvado el hecho de que el suicidio no es delito) al que supondría respecto de los elementos del tipo de homicidio el que el sujeto no se diera cuenta del carácter lesivo para la vida de otro del arma que dispara contra él (error de tipo).

Pero el BGH señaló que, incluso en la hipótesis de que la mujer hubiera sido consciente de que su renacer en el lago de Ginebra suponía su muerte física, el sujeto de atrás sería autor mediato de asesinato, pues estima equivalente el error consistente en hacer creer que la muerte no es sino comienzo de una nueva vida (error sobre el sentido concreto de la acción) a la creencia errónea de que la muerte no se producirá. Como han señalado algunos autores, la fundamentación del BGH no convence, pues, si la mujer sabía que dejaba de vivir, era consciente de que se suicidaba y su error era un mero error en los motivos (habría por tanto una inducción al suicidio, punible - aunque con una pena inferior a la del autor de un homicidio- en el Derecho español, pero impune en el alemán, por lo que el caso fue tan discutido) irrelevante como tal, pues equivaldría al que sufre un sujeto que mata a otro con plena consciencia de lo que hace, aunque pensando, porque así se lo ha dicho quien le induce a matar, que con eso se ganará el cielo (inducción y no autoría mediata al homicidio). Roxín, abandonando una toma de postura inicialmente distinta y reconociendo que no es suficiente para fundamentar la autoría mediata de asesinato la equivocación del suicida sobre el sentido y las consecuencias de la propia muerte cuando el mismo se mata consciente y responsablemente (error en los motivos), ha señalado que, de todas formas, lo que ocurre es que probablemente se pueda contemplar el caso concreto (en su segunda versión hipotética) no como de error en los motivos, sino en el sentido de que la creencia del sujeto de que se está ante un suicidio cuando se comienza una nueva vida terrenal en otro cuerpo sería un error de subsunción, pues quien quiere seguir viviendo (aunque sea con otro cuerpo) en realidad no quiere suicidarse, con lo que la situación acaba siendo la misma que en la de los hechos dados por probados, en que la mujer no fue consciente de que se suicidaba; ésta es la fundamentación (distinta a la incorrecta que el propio Tribunal ofrece) que da Roxín a la solución del BGH para el caso hipotético que se plantea y que pretende que tenga validez general: la autoría mediata de homicidio o asesinato existiría sólo cuando y siempre que el sujeto que actúa inmediatamente no se dé cuenta del hecho de que se mata a sí mismo. Creo que se ha de estar de acuerdo con Roxín en su consideración general, y probablemente la idea del error de subsunción que aplica para fundamentar la autoría mediata de asesinato en la segunda variante hipotética del caso también pueda ser compartida. También habría que matizar cuando se habla de la irrelevancia del error en los motivos a efectos de fundamentar la autoría mediata, pues lo que se entienda por error en los motivos puede ser variable, e incluso tal vez sea posible distinguir supuestos distintos de error en

los motivos (así, por ejemplo, entre nosotros Silva Sánchez ha defendido que algunos supuestos de error en los motivos del suicida pueden fundamentar el dominio funcional del hecho en el sujeto de atrás y, con ello, su autoría mediata). Pero hay que reconocer que nos hallamos ante supuestos límite (según cómo «construyamos» el error) y que, como subraya entre nosotros Muñoz Conde (en un trabajo en que se ocupa del caso Sirio, rechazando la autoría mediata en el supuesto de error en los motivos), es preferible un sistema legal como el español, que castiga ciertas formas de participación en el suicidio (aunque el art. 409 CP 1944/1973 le parecía al citado autor necesitado de revisión para que sólo abarcara casos que supongan desprecio a la dignidad humana y no otros en que existe una actuación por motivos altruistas, piadosos, humanitarios), que uno como alemán que no penaliza tal participación y que produce seguramente una tendencia a la extensión y al forzamiento de la autoría mediata (de homicidio o asesinato) para supuestos merecedores y necesitados de pena.

c) Utilización de inimputables

La utilización de un menor, de un enajenado, etc. constituye uno de los supuestos clásicos de autoría mediata, aunque en el mismo, por hallarse sólo afectada la culpabilidad del ejecutor inmediato, el principio de accesoriedad limitada no supondría problema alguno para castigar al sujeto de atrás como partícipe. Sin embargo, la incapacidad o anormal capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de motivarse según esa comprensión del sujeto (inimputable) que actúa inmediatamente (comprensión o capacidad de motivación que no le falta al sujeto de atrás) es lo que permite hablar de una instrumentalización del inimputable a manos del sujeto de atrás y de autoría mediata de éste.

Es común afirmar que, como la ley hace irresponsable al inimputable, el sujeto de atrás es sin más autor mediato y no partícipe de su hecho (nuevamente una faceta del llamado principio de responsabilidad, aplicado a éste y a otros supuestos de autoría mediata). Ahora bien, en mi opinión y la de algunos otros autores, en algunos casos no deja de ser una ficción hablar de instrumentalización de un ser humano o de incapacidad de comprensión o motivación; tomemos el ejemplo de quien induce a un muchacho de quince años (la mayoría de edad penal se alcanza en el CP 1944/73 a los dieciséis años; o de diecisiete incluso, si tomamos la mayoría de edad penal fijada por el CP 1995 –dieciocho años, si bien el citado CP no entrará en vigor en este punto hasta que no se apruebe una Ley de responsabilidad penal del menor) a tirar una piedra a un cristal de una casa vecina y romperlo (suponiendo que el mismo alcanzara el valor requerido en los delitos o faltas de daños); normalmente, sólo de manera muy formal (fijada en la ley) podemos decir que el muchacho no conoce el significado antijurídico de lo que hace o que, conociéndolo, no puede motivarse conforme a él. Ciertamente, la ley ha fijado una presunción *iuris et de iure* de

inimputabilidad de ese menor y, con ello, su irresponsabilidad penal, como alegan los defensores del principio de responsabilidad. Pero a ello creo que cabe oponer que lo que se acaba de decir es correcto para fundamentar la responsabilidad o irresponsabilidad del propio sujeto (el menor), pero no tiene que valer necesariamente para determinar la posible responsabilidad (como autor mediato o como partícipe) de una tercera persona (el sujeto de atrás), por lo que, para determinar la calificación de ésta sería necesario un juicio *material* sobre la *real* inimputabilidad o inimputabilidad del que obra de manera inmediata.

Con lo acabado de decir se puede establecer la pauta general también sobre la posibilidad de afirmar la autoría mediata de quien induce a semiimputables (normalmente jóvenes de determinada edad) a la comisión de delitos. Aunque el problema es muy complejo (por lo que deseo evitar un pronunciamiento firme sobre el tema, que me plantea dudas de diversa índole), la idea general sería que la calificación del sujeto de atrás dependería de la incidencia *real, material*, en cada caso, de la semiimputabilidad en la capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho y de motivación (o inhibición) conforme a la misma del propio semiimputable (del mismo modo que, en otros supuestos de inimputabilidad, lo exige la propia ley incluso para el sujeto potencialmente afectado por la misma: art. 20.1º y 2º CP 1995).

Lo anterior significa, según creo, romper en buena medida con el principio de responsabilidad en materia de autoría mediata (aunque tampoco pretendo en este marco rechazar rotundamente cualquier tipo de relevancia del mismo en otros supuestos), en lo ese principio tiene de carga formal, pues las consideraciones políticocriminales referidas a un sujeto (se declara penalmente irresponsable en definitiva a todo menor de catorce, de dieciséis o de dieciocho años, por razones en gran medida de conveniencia políticocriminal, sólo en parte dependientes de consideraciones sobre la edad media de “maduración” real en diferentes países) no tienen que valer necesariamente para calificar a otro de autor (mediato) o partícipe (este razonamiento, entre otros, explica —con mayor claridad aún que en los casos vistos— que la falta de concurrencia de una circunstancia necesaria para que se dé el discutido elemento punibilidad o la concurrencia de una que lo excluya en el que actúa de manera inmediata no fundamenta en absoluto autoría mediata de un posible sujeto de atrás, aunque no excluye tampoco en absoluto la calificación y punición de éste como partícipe). Por tanto se aboga por un concepto material de autoría mediata (y de participación mediata) cuyo eje es la efectiva instrumentalización de un sujeto por otro y se admiten por tanto, siempre que se dé esta instrumentalización, tanto supuestos de autor mediato responsable tras otro autor inmediato también responsable como casos de participación con un ejecutor inmediato penalmente irresponsable (participación que será punible en el caso más frecuente de que la irresponsabilidad del que

actúa de manera inmediata se derive de su falta de culpabilidad, en cuyo caso se podrá decir que éste, si cumple naturalmente los requisitos típicos, es autor inmediato, aunque irresponsable del delito).

d) Utilización de aparatos organizados de poder

Un supuesto discutido es éste, propuesto por Roxin, que suele denominarse de autoría mediata por la utilización de aparatos organizados de poder. La figura la planteó Roxin y se ha discutido sobre ella después sobre todo en relación con los crímenes del aparato estatal de poder nacionalsocialista en la Alemania hitleriana, pero podría ser aplicada a supuestos similares (por ejemplo, y no es el único caso, se utilizó en la acusación por crímenes de Estado cometidos durante la dictadura de las juntas militares argentinas de los años setenta y primeros ochenta) o de organizaciones no estatales desligadas de las normas jurídicas (por ejemplo, algunas organizaciones terroristas o mafiosas, como las dedicadas al tráfico de drogas; en este último terreno ha estudiado recientemente en un interesante trabajo Joshi Jubert la posibilidad de la autoría del sujeto de atrás, sin rechazarla, aunque sin admitirla automáticamente y valorando otros datos además de la fungibilidad del ejecutor; también otros autores españoles analizan más recientemente la utilidad de esta construcción en el marco de la delincuencia "empresarial"). Se trata de casos en que alguien ordena la realización de una acción delictiva y el ejecutor material no actúa (o no siempre actúa, pues en los ejemplos citados se darán a menudo casos en que sí) en situación de miedo insuperable, estado de necesidad, obediencia debida o error (en cuyo caso nos hallaríamos ante otros supuestos de autoría mediata), sino que podría no obedecer la orden y siempre habría otro dispuesto a cumplirla; es decir, la «máquina de delinquir» en que consiste la organización funciona automáticamente, incluso aunque falle alguno de sus engranajes. Roxin y quienes le han seguido defienden aquí la autoría del que da la orden (ocupe el puesto que ocupe en la organización y aunque él a su vez haya recibido la orden de más arriba), pese a que exista plena responsabilidad del autor inmediato (estaríamos, por tanto, ante un caso de autor tras el autor), por el hecho de la fungibilidad de éste, es decir, porque quien da la orden puede tener plena seguridad de que el delito se llevará a la práctica por uno o por otro autor inmediato.

La fundamentación de la autoría mediata en la fungibilidad del instrumento resulta muy sugerente, pues destaca claramente lo que separa estos supuestos de los «clásicos» de inducción, en los cuales, al no existir fungibilidad del autor inmediato, el inductor no puede contar con que por el simple hecho de proponerlo él el delito se cometerá. Sin embargo, aunque con algunas dudas, estimo que, como ya señaló en España hace bastante tiempo Gimbernat, no nos hallamos ante casos de autoría mediata, sino de participación en sentido estricto (según las circunstancias y, sobre todo, según el lugar que el sujeto ocupe en la cadena que sigue la orden,

se tratará de inducción o de alguna forma de cooperación), pues, pese a todo, la comisión del delito pasa siempre por la decisión voluntaria libre de un (uno u otro) autor inmediato doloso (consciente) y responsable, que «ve» la situación (en sentido amplio, incluyendo también su valoración jurídica) igual que el que da la orden. El supuesto presenta peculiaridades por tanto frente a los supuestos «clásicos» de inducción y frente a los casos más claros de autoría mediata. Pero de admitir ésta, quizá también habría que admitirla (pese a las diferencias que sin duda existen con el supuesto analizado) en los casos de quien, disponiendo de ciertas cantidades de dinero, puede contar con encontrar siempre a alguien, en el mundo de la delincuencia habitual o profesional, que cometa acciones delictivas a cambio de una contraprestación económica, sobre todo si se trata de hechos no extremadamente graves (aunque seguramente no sólo en ese caso), como, por ejemplo, quien contrata a un matón sólo “para dar un susto”, mediante la amenaza o pequeños daños en la propiedad a su deudor o enemigo; y en estos casos parece difícil afirmar que quien paga ha realizado el hecho a través de otro que actúa como instrumento. No obstante, al final de este trabajo, realizaré algunas matizaciones en relación con la delincuencia “empresarial”.

- e) La llamada autoría mediata mediante instrumento doloso no cualificado. Los casos así llamados son también discutidos. En ellos, un *intra-neus* en relación con un delito especial induce a un *extra-neus* que obra con plena libertad y de manera dolosa, «viendo» por tanto perfectamente la situación (sin darse pues ninguno de los demás criterios fundamentadores de la autoría mediata), a la realización de la conducta propia de ese delito especial. Si se trata de la conducta de un delito especial impropio, la cuestión será importante, pero no de importancia decisiva, pues al menos es seguro que al *intra-neus* se le podrá castigar como inductor del delito común correspondiente, del que es autor inmediato el *extra-neus*. Si se trata de la conducta de un delito especial propio, el problema es más grave: el *extra-neus* que actúa de modo inmediato no puede ser autor del delito especial, pues le falta la característica personal exigida por el tipo, resultando su conducta en principio atípica; el inductor *intra-neus* no podrá responder como inductor, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación, que hace atípica la participación en un hecho no típicamente antijurídico. Por tanto, gracias a un relativamente sencillo expediente, se habría podido cometer materialmente un delito que, sin embargo, no se podría castigar, lo que supone una grave laguna de punición. Para evitarla se acude a la figura de la autoría mediata por utilización de un instrumento doloso no cualificado: el *intra-neus* sería autor mediato del hecho y el *extra-neus* un partícipe en el mismo (en España se calificaría normalmente esa participación de cooperación necesaria; en mi opinión, de ser efectivamente participación, sería cooperación ejecutiva del art. 14,1º CP 1944/1973, que desaparece en el CP 1995, en el que efectiva-



mente, si fuera participación, se trataría de cooperación necesaria de su art. 28, segunda parte, letra b).

Pues bien, personalmente considero que el recurso a esta figura de "autoría mediata" supone una mera petición de principio, porque precisamente no fundamenta en criterio material alguno por qué nos hallamos ante una «utilización» de un «instrumento» o, dicho de otra manera, por qué domina aquí el hecho el *intraneus*. La apelación de algunos autores a un supuesto "dominio social" o "psicológico-normativo" del hecho vuelve a ser una petición de principio a la que se da un nombre sin contenido. La alusión de Mir Puig a la imposibilidad de que otro sujeto dispute al *intraneus* la pertenencia del hecho me parece más sugerente, pero insuficiente y, además, como he procurado fundamentar detenidamente en otro lugar, incorrecta como criterio general de determinación de la autoría. Cabría fundamentar tal vez la instrumentalización del *extraneus* y el dominio del *intraneus* en que, al partir el primero de su segura impunidad (en el caso de delitos especiales propios, no sirviendo por tanto —o sirviendo en menor medida— la posible argumentación para los impropios, aun cuando el argumento se considerara convincente), no tendría motivos de inhibición para obrar (al contrario que el inducido a realizar un delito común y de manera similar al instrumento que actúa en error). Pero este argumento sería meramente aparente: en primer lugar, supone que la actuación de las personas libres y conscientes se mueve exclusivamente por temor a la sanción penal, cuando de hecho el *extraneus*, consciente del «truco» para el que se le "utiliza", puede tener (y normalmente tendrá) reparos ético-sociales o de otra índole a prestarse al juego (por tanto, si lo hace, no está siendo instrumentalizado), al margen del efecto preventivo de otras responsabilidades laborales, jurídicas (no penales), etc. en que el *extraneus* pudiera incurrir. Pero es que, en segundo lugar y sobre todo, la argumentación sería contradictoria con la propia construcción de la autoría mediata por utilización de un instrumento doloso no cualificado: en ella, el *extraneus* participe del autor mediato no debe contar en absoluto con la impunidad, sino más bien con el castigo (como partícipe), por lo que no desaparecería factor alguno de inhibición de su conducta.

Por tanto, puedo reafirmar mi opinión de que no existe fundamento material alguno (más allá de la producción de una laguna de punición injustificada, y ésta no es fundamento suficiente) que explique la autoría mediata del *intraneus* en el supuesto analizado; efectivamente se produce una laguna injustificada de punición, salvo que exista alguna otra forma de fundamentar la responsabilidad, que es lo que trataremos de ver a continuación. La aceptación de la figura de autoría mediata que acabamos de exponer supondría privar a la autoría mediata de su contenido material de auténtica autoría para convertirla en lo que en gran medida (aunque entonces seguramente con mayor fundamento) fue en sus orígenes: una invención para cubrir lagunas de punición.

Respecto de ciertos delitos especiales (sobre todo de funcionarios contra la Administración pública y otros similares) Roxín ha intentado (y otros le han seguido) una vía más fundamentada para sustentar la autoría (aunque, en mi opinión, ya no necesariamente mediata) del *intraneus*. Según Roxín, hay delitos en que lo importante no será la forma externa en que se lleve a cabo una determinada conducta, sino la infracción de deberes jurídicos extrapenales impuestos a determinados sujetos; a estos delitos se les denomina delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*); en ellos, da igual que el vinculado por el deber lo infrinja actuando de propia mano o convenciendo a otro o ayudando a otro para que realice la conducta de la que se deriva la infracción del deber. En nuestro supuesto, el *intraneus* sería el autor del delito porque ha infringido el deber, aunque lo haya hecho mediante la inducción a un *extraneus* para que realice una determinada conducta; el *extraneus* podría ser castigado como partícipe del autor *intraneus* (la misma solución, por tanto, que se deriva de la construcción del instrumento doloso no cualificado).

Al margen de sus posibles fricciones con la concepción más moderna sobre el bien jurídico protegido en delitos como los de funcionarios contra la Administración pública, esta fundamentación sería intachable si la categoría de los delitos de infracción de deber fuera aceptable con carácter general, pero resulta que, aunque en ella hay un importante fondo de verdad en cuanto al contenido material de algunos tipos, ocurre, como señaló también hace bastante tiempo Gimbernat, que la construcción no es aceptable con carácter general. El principio de legalidad impone también unas exigencias formales (que no hay que confundir con una mera «interpretación literal de diccionario» del tenor de los tipos) que hay que respetar escrupulosamente en Derecho penal. Y resulta que casi todos los tipos supuestamente de infracción de deber describen además unas concretas modalidades de actuación que, salvo excepciones, no pueden considerarse realizadas por quien induce a otro para que inmediatamente las lleve a cabo; sólo excepcionalmente los tipos se redactan de un modo tan amplio que en ellos quepa cualquier conducta con tal de que se infrinja el deber (en estos supuestos no habrá problema para afirmar la autoría del *intraneus*). Por tanto, tampoco esta idea soluciona en la generalidad de los casos la laguna de punición anteriormente señalada.

Pero Gracia Martín ha propuesto aún otra posibilidad, que estimo muy interesante: acudir a la figura del actuar por otro para poder castigar en estos supuestos, figura que se concibe (y que, naturalmente, tiene que poseer una plasmación legal para poder ser aplicada) para aquellos casos en que una persona que actúa en nombre o representación de otra (física o jurídica) realiza los actos propios de un delito especial, pero, de no existir estos preceptos, no podría responder del mismo por no concurrir en él los elementos especiales del citado delito, concurriendo éstos en la persona en cuyo nombre o representación actúa. De este modo, se po-

dría castigar como autor del delito especial propio al *extraneus* que realiza la conducta, pero en el que no concurre la característica especial del citado delito, que sí concurriría en el inductor *intraneus*, que podría ser castigado como tal inductor (obsérvese que el resultado no es igual al de las otras posiciones analizadas, pero resolvería de modo satisfactorio la laguna de punición). La propuesta es muy atractiva, pero chocaba con el art. 15 bis CP 1944/1973, que no preveía la actuación a través de persona física, sino sólo a través de persona jurídica; el art. 31 CP 1995 ya sí prevé la actuación «en nombre o representación legal o voluntaria de otro», aunque seguramente no todos los casos de actuación por «instrumento» doloso no cualificado podrán reducirse a esta fórmula (salvo que se interpretara la misma de modo muy amplio; pero entonces, ¿no actuaría todo inducido en nombre o representación del inductor?). No obstante, habrá que probar la solución en los diversos delitos y supuestos concretos, pues, con todo, parece la más viable.

También interesante resulta el recurso a la idea de la comisión por omisión para fundamentar, bajo la vigencia del CP 1944/1973, la autoría de infanticidio (art. 410 del citado CP) de la madre que, para ocultar su deshonor, induce a un *extraneus* a dar muerte al hijo recién nacido de la primera o coopera con él en esa muerte. Esta fundamentación ha sido planteada (con importantes matices) por Peñaranda Ramos para el concreto supuesto citado, pero podría intentarse una generalización de la misma a los casos que la doctrina tradicional resuelve mediante la figura de la llamada autoría mediata por instrumento doloso no cualificado. Sin embargo, incluso en el supuesto planteado, se pueden mantener reservas frente a dicha solución, según cuál sea el concepto y los requisitos de la comisión por omisión que se consideren correctos; y, sobre todo, parece aún más cuestionable la generalización de la solución a todos los supuestos que la doctrina tradicional resuelve mediante la llamada autoría mediata por instrumento doloso no cualificado.

Por tanto, parece que ninguna de las construcciones explicadas soluciona plenamente y en la generalidad de los casos la laguna de punición denunciada (aunque, como se ha visto, alguna de ellas sí podría solucionar seguramente algunos casos). Parece pues que no habrá más remedio que soportar esa laguna, que podría solucionarse con una previsión concreta de la ley, por ejemplo creando un precepto en la parte general similar al de la actuación por otro del art. 31 CP, pero concretado para el supuesto que nos ocupa, o redactando los tipos cuyo contenido material así lo aconseje como auténticos delitos de infracción de deber.

- f) Utilización de un instrumento cualificado por parte de un no cualificado  
Supuesto en cierta medida inverso al anterior es el del *extraneus* que, sirviéndose de alguno de los medios que normalmente fundamentan autoría mediata, consigue que el *intraneus* realice la conducta propia del delito especial. El problema se plantea sobre todo cuando el *intraneus*, aquí

verdadero instrumento, actúa en un supuesto de falta de acción (por existencia de fuerza irresistible), o de modo justificado (en estado de necesidad o en caso fortuito derivado de un error de tipo invencible), o meramente imprudente (por error de tipo vencible) en tipos en que sólo es punible la comisión dolosa (e incluso quizá cuando actúa sin culpabilidad, pues no está claro que cualquier forma de autoría mediata sea a la vez inducción u otra forma de participación). En los delitos especiales propios -y lo mismo ocurre en los delitos de propia mano o en alguno de los delitos con modalidades limitadas de acción- la cuestión es especialmente grave: el *intraeus* (único posible autor del delito, por concurrir en el la cualidad especial exigida por el mismo) no realiza una acción típicamente antijurídica en los supuestos señalados, por lo que, en virtud del principio de accesoriadad limitada de la participación, el *extraneus* no puede ser castigado como inductor (u otra clase de partícipe) en el delito especial propio (o de propia mano o con modalidades limitadas de acción); pero ese *extraneus* tampoco puede ser castigado como autor mediato (o, según algunos, en supuestos de falta de acción del instrumento, como autor inmediato) del mismo (calificación más acorde a la naturaleza material de su conducta), pues le falta la cualidad personal del delito especial (o la actuación de propia mano o mediante alguna de las modalidades de acción tasadas por la ley), ni como autor mediato (o inmediato) de un delito común correspondiente (como sucedería en los delitos especiales impropios), pues nos hallamos ante un delito especial propio (ante una prevaricación judicial, por ejemplo). Por tanto habría que absolver al sujeto de atrás *extraneus* del delito especial (al margen de que se le pudiera castigar por algún otro delito en relación con el medio utilizado frente al instrumento: por ejemplo, por coacciones o amenazas), lo que no parece satisfactorio (parece preferible que se le pudiera castigar, aunque tal vez habría que tener en cuenta su mayor lejanía, como *extraneus* al injusto específico del delito especial, a la hora de determinar su responsabilidad). Es claro que ni la rechazable construcción de la autoría mediata por «instrumento» (que no lo es) doloso no cualificado ni la de los delitos de infracción de deber ni la del actuar por otro ni la de la comisión por omisión aportan aquí solución alguna.

Luzón Peña y yo mismo hemos creído encontrar una posibilidad de castigo de algunos de estos supuestos en el primer inciso del art. 14,2º CP 1944/1973, referido a los que fuerzan a otros a ejecutar el hecho, que permitiría solucionar los casos en que el *extraneus* emplee fuerza, que, en nuestra opinión, debía interpretarse en sentido amplio comprensivo de la intimidación, sobre el *intraeus* instrumento; la doctrina interpretaba este inciso como un supuesto bien de autoría inmediata (denominada habitualmente directa), bien de autoría mediata, o bien (para una opinión muy minoritaria) de inducción, pero creo que entonces el inciso resultaría superfluo, pues la autoría inmediata y la mediata se desprenden, en mi opi-

nión, de los tipos de la parte especial, y la inducción se hallaba recogida en ese mismo art. 14,2º CP 1944/1973. La interpretación del caso de fuerza del art. 14,2º CP 1944/1973 como un supuesto que materialmente es de autoría, aunque el principio de legalidad no permite calificarla de tal por faltar en el forzador el elemento personal, la actuación de propia mano, etc. (no sería en cualquier caso un supuesto de participación sometido al principio de accesoriedad), es la única que no convierte en superfluo el precepto y satisface unas necesidades políticocriminales importantes. Por ello, Luzón Peña y yo hemos abogado, de *lege lata*, como ya he señalado, por una interpretación amplia del concepto de fuerza y, de *lege ferenda*, por la ampliación de la figura a otros supuestos de utilización (provocando o aprovechando un error fundamentalmente) de un sujeto (*intraneus*, actuante de propia mano, etc.) por otro en los delitos citados, si bien personalmente he puesto en duda que la forma más correcta de recoger la figura sea la del art. 14,2º CP 1944/1973, pues quizá habría que restringirla sólo a ciertos grupos de delitos, meditando detenidamente a cuáles, ya que podría haber otros cuyo alto contenido de infracción de deber o carácter altamente personal hiciera carecer de fundamento o resultar poco recomendable el castigo del sujeto de atrás por el delito especial, etc., aunque, eso sí, quedaría en pie la responsabilidad del mismo por el o los delitos —por ejemplo de coacciones— cometidos con la propia actuación sobre el instrumento.

Sin embargo, los caminos que me parecen más adecuados en este punto no han sido los seguidos por el CP 1995, por lo que seguirán produciéndose lagunas de punición indeseables. Desde luego, el CP 1995 no ha ampliado la figura del art. 14,2º CP 1944/1973 a otros supuestos de utilización de un *intraneus* como instrumento a manos de un *extraneus* ni ha seleccionado los grupos de delitos a que debe aplicarse esta excepción al régimen general. Lo que ha hecho el CP 1995 es suprimir la referencia a los supuestos de forzar, seguramente por entenderla superflua, creyendo (erróneamente en mi opinión) que se trataba de un supuesto de autoría inmediata o mediata (aludidas expresamente ahora en el art. 28, primer párrafo CP 1995) o de inducción (recogida en el segundo párrafo, letra a, del citado art. 28 CP 1995 entre los sujetos que, además de quienes lo son, «también serán considerados autores»). Convendría, de *lege ferenda*, dar una solución al problema, que podría consistir en una cláusula general (aunque seguramente limitada a ciertos grupos de delitos) *ad hoc*, del mismo modo que, para solucionar el problema de la actuación por otro, se ha establecido la cláusula del art. 31 CP 1995 (y sus antecedentes históricos).

- g) La llamada autoría mediata mediante instrumento doloso sin intención. En los delitos que exigen un elemento subjetivo del tipo consistente en un especial ánimo o intención, como ocurre por ejemplo en el hurto con la exigencia de ánimo de lucro, podría suceder que un sujeto induzca a otro

a realizar la conducta típica concurriendo en el inductor y no en el inducido el elemento subjetivo. El ejemplo clásico es el del sujeto que, queriéndose apropiarse de algún objeto de valor del vecino, le pide a su criado (sin coacción ni orden vinculante, etc.) que lo coja y se lo dé, lo que éste hace con plena consciencia de la ajenidad de la cosa. Se dice que el criado en principio no comete un hurto porque le falta el ánimo de lucro y que el señor tampoco, pues él no toma la cosa mueble ajena; además, el señor no puede ser castigado tampoco como inductor, por falta de hecho típico en el inducido (principio de accesoriedad limitada de la participación). Para evitar la laguna de punición, se dice que el señor es autor mediato del hurto por utilización del criado como instrumento doloso sin intención; el criado, a su vez, sería partícipe en el hecho del autor mediato (o sea, del señor), pudiendo así castigarse a ambos.

Por prácticamente las mismas razones que en el caso del mal llamado instrumento doloso no cualificado, me parece inaceptable (por ser una mera petición de principio que convierte a la autoría mediata en un mero fenómeno cubrelagunas sin fundamento material) el sostener aquí la calificación de autor mediato para el sujeto de atrás.

Sin embargo, en estos supuestos a menudo sólo aparentemente se produce la impunidad, pues lo que ocurre es que están mal planteados. Como señalan Roxín o Gimbernat, entre otros, el ánimo de lucro en el hurto puede entenderse como ánimo de apropiación (lo que me parece correcto) y, por tanto, el criado actúa con ese ánimo, pues dispone de la cosa mueble ajena que ha tomado como propia al dársela al señor, quien, a su vez, podría ya ser calificado de inductor del hurto. Pero es que además y aunque no se aceptara esa concepción del ánimo de lucro, no me parece descabellado decir que el señor *toma* cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño, aunque no lo haga directamente de su propietario, de manera que, como él sin duda actúa con ánimo de lucro, sería autor del hurto y el criado, si se cree que no actuó con ánimo de lucro (por partirse de otra concepción respecto de este elemento subjetivo del hurto), cooperador necesario (en el CP 1995; durante la vigencia del art. 14, 1º CP 1944/1973, mejor cooperador ejecutivo) del señor. No creo que la calificación de la conducta del señor que mejor cuadre sea la de receptación, pero, si no se admitiera alguna de las soluciones señaladas (y sólo en tal caso), cabría también ésta. En otros supuestos ya diferentes —fundamentalmente en cuanto al conocimiento por parte del que actúa de manera inmediata— cabe castigar, si no puede fundamentarse la autoría mediata de hurto, al sujeto de atrás como autor de una estafa, y tal vez en algún caso pudiera ser de aplicación el delito de apropiación indebida. De todas maneras, la solución a estos supuestos (que no necesariamente han de ser el del hurto del ejemplo), que no será la de construir una autoría mediata, depende del delito en cuestión y de la concreta configuración del caso.

#### 4. Límites a la autoría mediata

Por ser la autoría mediata, como toda autoría, realización del tipo, la misma tiene que derivarse directamente, al igual también que cualquier otra forma de autoría, de cada uno de los tipos de la parte especial, y tiene su límite en aquellos delitos cuya redacción típica impida (por razones materiales o formales) la realización de la acción típica a través de otro; se trata fundamentalmente de los delitos de propia mano y de los delitos con modalidades limitadas de acción ninguna de las cuales pueda realizarse a través de otro (si bien aquí también un sector doctrinal pretende recientemente afirmar la autoría mediata del sujeto de atrás por el dominio sobre la realización de propia mano o de los propios medios o modalidades, posición que me parece muy discutible desde el punto de vista del principio de legalidad y de la autoría como realización del —mejor o peor configurado por la ley— tipo). Si se admitiera en ellos la autoría mediata, se violaría el principio de legalidad.

Mi postura en relación con la autoría mediata en los delitos de propia mano (y algo similar cabría decir de los delitos con modalidades limitadas de acción o de algunos de ellos), paradigmáticamente en la violación (en el CP 1944/73), va en contra de la que parece ser la corriente que se impone últimamente en esta materia y que admite la autoría mediata en esos delitos y concretamente en la violación; así, en España se inscribirían en esta corriente opiniones recientes de especialistas en delitos de propia mano (Maqueda Abreu) o en autoría mediata (Hernández Plasencia), así como la STS 2-11-1994 (A 8386, ponente BACIGALUPO), que cuenta con antecedentes jurisprudenciales, pero aporta una fundamentación hasta hace poco no ofrecida por el TS. Pues bien, para que quede claro: materialmente estoy de acuerdo con esta corriente en que no tiene sentido no admitir la autoría mediata en delitos de propia mano como la violación (en el CP 1944/73); es más, coincido en que hoy en día difícilmente se justifica la existencia de delitos de propia mano (al margen de posibles rarísimas excepciones). La razón por la que sigo diciendo que en la violación del CP 1944/1973 no cabía autoría mediata es más bien formal: el tenor literal del tipo del art. 429 CP 1944/1973<sup>1</sup> exigía que el autor «tuviera acceso carnal» y, aunque estoy de acuerdo en que la interpretación literal tiene que trascender la mera lectura de un diccionario (por ello es tan denostado ahora por la corriente señalada el argumento formal o lite-

---

<sup>1</sup> Art. 429 CP 1944/73 (última versión): "La violación será castigada con la pena de reclusión menor./Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:/1. Cuando se usare fuerza o intimidación./2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación./3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores".

ral), creo que, desde ninguna perspectiva de interpretación del lenguaje, cabe afirmar que tiene acceso carnal quien pone una pistola en la sien de otra persona obligándole bajo amenaza de muerte a penetrar a o a ser penetrada por una tercera persona, o quien engaña a otro (incluso de manera invencible) sobre el consentimiento en la penetración vaginal, anal o bucal por quien aparentemente se resiste a él. Por tanto, no es desde una exageración del formalismo interpretativo ni desde una defensa de la teoría objetivo-formal en materia de autoría, sino desde el respeto a la no transgresión del tenor literal posible de los tipos, desde el que reitero mi convicción de que no cabía autoría mediata en la violación del CP 1944/73. Ahora bien, por un lado, proponía, cuando estaba vigente ese CP, la solución de alguno de estos casos acudiendo al supuesto de fuerza del art. 14,2º CP 1944/1973 interpretado en el sentido apuntado anteriormente, y consideraba conveniente que el legislador redactara el tipo de violación de manera que no fuera un delito de propia mano (no lo es p. ej. en el § 177 del StGB, pero no es éste el único modelo posible) y he procurado interpretar siempre como delitos no de propia mano tipos que a veces se interpretan como tales sin que existan razones materiales ni formales claras para ello (así me he pronunciado respecto de los antiguos abusos deshonestos y las agresiones sexuales en el CP 1944/1973). En las agresiones sexuales genéricas del art. 178 CP 1995 considero que ya no se tipifican delitos de propia mano, pues se habla de «atentar contra la libertad de otra persona, con violencia o intimidación»<sup>2</sup>. Y ni siquiera la violación del art. 179<sup>3</sup> exige claramente ese carácter de propia mano (aunque hay quien sigue sosteniendo que se trata de un delito de propia mano), pues sólo se requiere que «la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías», lo que, aparentemente, permite interpretar que no es necesario que quien atenta contra la libertad sexual de otro existiendo un acceso carnal o introducción de objetos sea el mismo que realiza tal acceso o introducción, y, en consecuencia, que cabe la autoría mediata en este delito.

---

<sup>2</sup> Art. 178 CP: «El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años» (es la redacción dada al precepto por Ley Orgánica - LO- 11/1999, de 30 de abril, que apenas difiere de la original).

<sup>3</sup> Art. 179 CP: «Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años». Esta es la redacción del precepto y la configuración del delito tras la reforma operada por LO 11/1999, de 30 de abril, pues la versión inicial de este artículo en el CP 1995 configuraba el tipo de una manera distinta y sin darle el *nomen iuris* de violación (lo que, como mínimo, resultaba llamativo), si bien lo dicho en el texto respecto de la posibilidad de interpretar que no se exige la realización de propia mano y, por tanto, cabe autoría mediata, valía para la redacción original, que era la siguiente: «Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años».



Finalmente cabe recordar que, como ocurre en toda forma de autoría, no puede ser autor mediato de un delito especial el *extraneus*, o sea, aquel en quien no concurre la característica especial exigida por el tipo (ya hemos visto las lagunas de punición que en ocasiones se producen y las posibilidades —no siempre existentes— de colmarlas), aunque, si se trata de un delito especial impropio, podrá ser autor mediato del delito común correspondiente.

## 5. Regulación positiva de la autoría mediata

El CP 1944/1973 no contenía mención expresa alguna de la autoría mediata, aunque algunos autores creían que la misma estaba comprendida, al menos parcialmente, en el inciso relativo a forzar a otros a ejecutar el hecho, del art. 14,2º del citado CP, e incluso en el relativo a tomar parte directa en la ejecución del hecho, del art. 14,1º del mismo Código. Por ello, en el CP 1995 (donde por cierto, y en mi opinión desgraciadamente, desaparece la mención entre quienes también serán considerados autores —junto a quienes lo son— de las figuras del art. 14,1º y 2º —inciso relativo a forzar— CP 1944/1973), la gran novedad respecto del CP 1944/1973 es la mención de las tres formas generalmente aceptadas de autoría en sentido estricto, señalando expresamente el art. 28 CP 1995 que «son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento», en clara referencia a la autoría inmediata individual (frecuentemente llamada autoría directa), a la coautoría y a la autoría mediata (y coincidiendo en buena medida, aunque con alguna diferencia al menos formal, con el § 25 StGB alemán).

¿Qué opinión merece la mención expresa de quienes son autores? Personalmente creo innecesaria la mención de las formas de autoría —y también por tanto de la autoría mediata—, pues concibo la autoría (cualquier clase de autoría) como estricta realización típica (si bien hay que completar esta fórmula con la material de la determinación objetiva del hecho especialmente en los delitos puramente resultativos y hay que introducir el matiz de que en los delitos con más de una acción típica es autor quien realiza la acción típica nuclear o alguna de las acciones típicas nucleares, si es que no lo son todas). Por ello creo, con un sector doctrinal, que toda forma de autoría —y también por tanto la autoría mediata— se deriva directamente de los tipos de la parte especial. Otro sector doctrinal (especialmente Cerezo Mir, Gracia Martín y Hernández Plasencia) ha alegado en defensa de una mención expresa de las formas de autoría en un precepto de la parte general, en especial de la autoría mediata, el que de ese modo se salvan los problemas que de *lege lata* plantea al principio de legalidad el reconocimiento de esta forma de autoría. Pues bien, creo que tales problemas se producen efectivamente, como ya he señalado, en algunos tipos (no en muchos otros), en los que el tenor literal posible impide encajar en él la realización de acciones a través de

otra persona instrumental (así en los delitos de propia mano o en algunos delitos con modalidades limitadas de acción o, en casos de autoría mediata de *extranei*, en los delitos especiales, aunque si son impropios cabrá encajarla en el tipo de delito común correspondiente); a menudo ello es un problema de defectuosa redacción de los tipos de la parte especial. Pero tales problemas se seguirán produciendo por mucho que un precepto de la parte general declare que es autor el que realiza el hecho a través de otro del que se sirve como instrumento, pues, por ejemplo, el *extraneus* que se sirve de un juez para que éste prevarique no realizará una prevaricación, no “realizará el hecho ... por medio de otro del que sirve como instrumento”, como exige el citado art. 28.

Sin embargo, aunque repito que considero innecesaria la mención de las formas de autoría, la misma quizá sea conveniente por otra razón: fundamentalmente para dejar claro de una vez y para siempre que la autoría mediata (menos dudas han existido respecto de las otras formas de autoría, aunque alguna quizá en relación con la coautoría) es una forma de auténtica autoría, acabando con algunas reticencias jurisprudenciales al respecto y quizá con cierto entendimiento, a veces no explícito, de algunos autores de la autoría mediata como forma de ampliación de la autoría restrictiva o en sentido estricto (quizá sea ésta la idea que, en el fondo, late en autores como los citados cuando creen que existen problemas en relación con el principio de legalidad para reconocer la autoría mediata si ésta no se prevé expresamente por la ley).

Cuestión distinta es si la fórmula empleada por el CP 1995 para referirse a la autoría mediata («por medio de otro del que se sirven como instrumento») es la más adecuada. Recientemente Hernández Plasencia ha señalado con razón que dicha fórmula podría dar lugar a que se interpretara que sólo cabe autoría mediata en los delitos dolosos, por las implicaciones del verbo «servirse» (y, añadido yo, quizá reforzado por la expresión «por medio de»), lo que supondría cerrar el paso a la interpretación —sin duda discutible, pero no tan unánimemente refutada como para que el legislador la impida— de diversos autores (entre los que me incluyo) de que cabe autoría mediata en los delitos imprudentes; para dejar abierta la posibilidad de autoría mediata en delitos imprudentes, propone Hernández Plasencia que se emplee, en referencia al autor mediato, la fórmula «aquél que realiza el hecho a través de otra persona que obra como instrumento». Efectivamente esta última fórmula es más neutral, pero en el CP 1995 se ha optado por la otra; sin embargo, seguramente no es del todo imposible interpretar de un modo objetivo la fórmula empleada en el CP 1995 para seguir dando cabida a la autoría mediata en los delitos imprudentes (siendo tal vez posible, en caso contrario, incluir esos supuestos en la realización conjunta o incluso quizá en algunos casos en la individual, aunque esto parece más complicado).

## 6. Autoría mediata y atribución de responsabilidad en los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente

Aunque la intervención que se me ha encomendado concluye aquí, dado que en esta sesión se trata la responsabilidad penal de organizaciones en delitos socioeconómicos y de medio ambiente, me permitiré realizar unas consideraciones muy generales y ceñidas a la autoría mediata en este ámbito.

En principio, los delitos contra el medio ambiente y socioeconómicos plantean problemas específicos de autoría mediata sólo en los casos en que se trate de delitos de propia mano o con modalidades limitadas de acción o cuando se trate de delitos especiales (en cuyo caso, de todas formas, la fórmula general de actuación por otro del nuevo art. 31 CP 1995 también ofrece posibilidades de persecución de personas físicas en la criminalidad de empresa: sobre esto seguramente hablará el Prof. Gracia Martín). Por poner un solo ejemplo, piénsese en el delito publicitario del art. 282 CP 1995, tipo de peligro abstracto de idoneidad o aptitud en que la conducta típica se restringe a la de «los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores». Sin embargo, los problemas más graves de autoría y participación en este tipo no se dan por la restricción de las modalidades de acción, sino más bien por la restricción del círculo de posibles autores (delito especial), no tanto en cuanto que la cualidad de fabricante o comerciante pueda recaer en una persona jurídica (para solucionar este problema bastará acudir al nuevo art. 31 CP 1995), sino en cuanto que será imposible hacer responder como autores, por no ser ni fabricantes ni comerciantes, a sujetos distintos de los mencionados, sujetos que, pese a su virtual importancia en el hecho delictivo (publicistas, asesores, etc.), no podrán a menudo ser castigados tampoco como partícipes en virtud de las restricciones que al castigo de la participación impone el art. 30 CP 1995<sup>4</sup>,

---

<sup>4</sup> Art. 30 CP: "1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente./ 2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:/ 1.º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo./2.º Los directores de la publicación o programa en que se difunda./3.º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora./4.º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora./3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior".

pues no se debe olvidar que este delito se cometerá con frecuencia «utilizando medios o soportes de difusión mecánicos» (si bien no entraré aquí a discutir la interesante cuestión del ámbito de aplicación del citado art. 30). No obstante, es verdad que, no aceptándose la posible fundamentación de la autoría mediata en el dominio sobre la actuación de propia mano de otro o sobre los medios limitados de ejecución que otro emplea (naturalmente, cuando la conducta del sujeto de atrás no encaje también en las modalidades típicas), pueden producirse en los ámbitos señalados algunas dificultades o incluso lagunas de punición.

Pero por lo que se plantea este punto en la discusión propuesta en este Congreso, si no me equivoco, es por el hecho de que muchos delitos en el ámbito socioeconómico (entendido éste de forma más amplia a la de los delitos contra el orden socioeconómico del CP 1995) y del medio ambiente se cometen en el marco de la actuación empresarial, es decir, dentro de una estructura organizada conforme a los principios de jerarquía, división del trabajo, especialización y complementariedad. Y, en este campo, los ejecutores directos de los hechos (por ejemplo, los trabajadores), a menudo no son los que han tomado la decisión empresarial de realizar una conducta que en definitiva puede ser constitutiva de delito, como la realización de vertidos contaminantes a un río, la fabricación o comercialización de productos nocivos para la salud pública (defectuosos), etc. La cuestión es si la autoría mediata sirve para hacer responder de los diversos delitos que pueden constituir tales hechos al empresario, directivo o miembro del órgano que toma la decisión de llevar adelante la conducta, a los que llamaremos sujetos de atrás. Naturalmente, la respuesta que aquí cabe dar a la cuestión ha de ser muy global, dejando de lado aspectos conectados estrechamente con la autoría, que en parte se tratan en esta mesa (especialmente comisión por omisión, y probablemente responsabilidad penal de personas jurídicas y actuación en nombre o representación de las mismas), pero en parte no (distinción de responsabilidades por hechos dolosos e imprudentes, toma de decisión en órganos colegiados, distinción según distintos niveles jerárquicos en la empresa, y según el carácter de cada función dentro del mismo nivel jerárquico, etc.).

Los delitos contra el medio ambiente, tal y como se configuran en los arts. 325 ss. CP 1995 (como en el art. 347 bis CP 1944/1973) no plantean siempre la necesidad de recurrir a la autoría mediata para castigar a los sujetos de atrás, pues al menos el tipo del art. 325 CP 1995 describe la acción típica de forma muy amplia («provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, etc.») y cabe incluir en ellos (si la misma cumple el resto de los requisitos típicos) la conducta de los sujetos de atrás, que serían autores sin más (más problemático podría ser el delito del art. 328 CP 1995). Otra cosa es que tal vez esa redacción no sea la más ajustada al mandato de concre-

ción o precisión de los tipos derivado del principio de legalidad, cuestión que desborda el marco de esta exposición. Y tal vez el delito de peligro del art. 363.4 CP 1995 sea lo suficientemente amplio en la descripción de la conducta (poner en peligro la salud de los consumidores «elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos») como para comprender la responsabilidad penal «por el producto» de algunos «sujetos de atrás», concretamente de los únicos que, según ese artículo, pueden ser sus autores («productores, distribuidores o comerciantes»), aunque quizá dejara fuera de la responsabilidad como autores a sujetos que materialmente pueden serlo, y prescindiendo del problema que supone el que lo que no está autorizado normalmente no es el uso, sino la propia elaboración y comercialización (en sentido amplio) del producto. O, por citar un ejemplo más, las conductas de algunos «sujetos de atrás» se mencionan expresamente en el tipo del llamado *insider trading* del art. 285 CP 1995 («de forma directa o por persona interpuesta»).

Pero, como he señalado, creo que por delitos socioeconómicos se quiere entender aquí fundamentalmente no los cometidos por un sujeto contra el orden socioeconómico, sino los que se cometen en las estructuras complejas antes mencionadas que operan en la vida económica: básicamente las empresas de producción, distribución, comercialización, gestión, financieras, etc., muchas veces entramadas entre sí, delitos que con frecuencia no se limitan a puestas en peligro punibles mediante la técnica de los delitos de peligro (a veces abstracto).

En raras ocasiones podremos aplicar la autoría mediata en que se instrumentaliza a otro mediante coacción o procedimientos similares, salvo excepciones particulares en que algún empresario, directivo, etc., fuera del desarrollo normal de las relaciones dentro de la empresa, coaccione a algún miembro de la misma a cometer delitos. Parece que tampoco podremos recurrir en este ámbito a la fundamentación de la autoría mediata del sujeto de atrás en que otros miembros de la empresa (por ejemplo, trabajadores) obedecen órdenes vinculantes de realizar vertidos contaminantes o fabricar, por ejemplo, productos defectuosos peligrosos para la salud humana. Y ello porque la opinión doctrinal y jurisprudencial generalizada (con alguna excepción) es que la causa de justificación de la obediencia debida (no recogida expresamente en el CP 1995, pero reconducible al cumplimiento de un deber o a otra causa de justificación) no es de aplicación en las relaciones laborales (ni en las familiares); tal postura tal vez deba ser matizada, pero no es éste el lugar adecuado para hacerlo. Sin embargo, téngase en cuenta que el cumplimiento de estas órdenes o encargos puede estar originado por el temor de un sujeto a perder su trabajo o a sufrir represalias en el mismo (empeoramiento del puesto, de las condiciones de trabajo, del salario, etc.), lo cual, en determinadas circunstancias, podría fundamentar la autoría mediata del su-

jeto de atrás, si se cumple el resto de los requisitos típicos (objetivos y subjetivos). Todo ello sin entrar a analizar otros posibles mecanismos psicológicos en los integrantes de estas organizaciones complejas que, en su caso, pudieran influir en la capacidad de motivación o inhibición de los mismos (estos mecanismos resultan muy interesantes, sobre todo en algunas organizaciones que basan su eficacia en la creación de un sentimiento profundo de fidelidad a la empresa por parte de los empleados, y utilizan técnicas psicológicas, a veces cuestionables, para conseguirlo).

En cuanto a la autoría mediata por provocación o aprovechamiento de un error, al margen de los casos seguramente excepcionales de engaño puro y simple de uno o varios miembros de la empresa por otros, es posible que la misma pueda tener lugar en bastantes supuestos, dado que es fácil pensar que algunos de los miembros que ocupan la parte más elevada (al menos en la dirección técnica) de la pirámide empresarial tendrán a menudo como mínimo una más completa percepción de la real situación fáctica que algunos otros, como los operarios, que puede que se limiten a abrir una compuerta, sin saber que lo que sale por ella es un vertido tóxico, o a fabricar una pieza unos o a ensamblarla otros, pieza cuya peligrosidad sólo se advierte teniendo una visión sobre el conjunto del proceso productivo. Cabe desde que esos trabajadores actúen sin dolo ni imprudencia, hasta que lo hagan imprudentemente (inconsciente o conscientemente) o incluso que lo hagan con dolo, pero que éste por ejemplo no abarque la magnitud real de la catástrofe ecológica que puede producirse o del peligro para la salud humana que implica el producto defectuoso (error sobre el significado concreto de la acción), situaciones todas que podrían implicar una instrumentalización de estos trabajadores por los sujetos de atrás, que, de cumplir el resto de los requisitos típicos, serían autores mediatos de los concretos delitos, al margen de que los propios trabajadores pudieran en ciertos casos responder por delitos dolosos o imprudentes (supuestos de autor tras el autor). Tampoco cabe descartar la creación o aprovechamiento por parte de los sujetos de atrás de errores de prohibición en los de delante.

Más difícil me parece construir supuestos de autoría mediata de los sujetos de atrás, si los de delante son autores libres, responsables y dolosos, con plena visión de la situación fáctica (y jurídica); estos casos son de todas formas menos problemáticos, pues en ellos será posible con frecuencia el castigo de los sujetos de atrás como inductores o cooperadores en los delitos que los de delante cometen como autores (siempre, claro está, que no exista alguna dificultad en el tipo de que se trate —por ejemplo, que estemos ante un delito especial— para que estos últimos puedan ser autores responsables del mismo —por ejemplo no podrán serlo si en ellos no concurre la cualificación exigida por ese delito especial—). Naturalmente, sería seguramente más fácil admitir la autoría mediata de algunos sujetos de detrás incluso en algu-

nos de estos supuestos, con la fundamentación de la fungibilidad del «instrumento», pues se podría trasladar, quizá con algunas modificaciones, la construcción de Roxín de la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder a la estructura empresarial; pero ya hemos visto que, aun con dudas, estimo insuficiente esa construcción para sustentar la autoría mediata de quien da órdenes o instrucciones en la cadena. Por fin, en estos últimos casos podría encontrar aplicación la propuesta recientemente realizada entre nosotros por Mir Puig de utilizar la autoría mediata como traducción de la idea de los distintos ámbitos de competencia en las organizaciones complejas, aplicando esa figura para caracterizar al superior incluso cuando el subalterno o subordinado actúe sin error; para la cuestión, más discutible según Mir, de si y cómo debe responder penalmente este subalterno que actúa sin error (y, añadido yo, del que en principio se podría decir que es autor inmediato), Mir pretende distinguir (aunque señala que debe profundizarse en el estudio de la posibilidad de la distinción) según la clase de delito de que se trate: en determinados delitos, como los dolosos contra la vida u otros bienes jurídicos altamente personales, toda intervención sería relevante y por tanto el subalterno debería responder penalmente (aunque no señala expresamente MIR si como autor inmediato —produciéndose entonces un supuesto de autor tras el autor— o como partícipe); sin embargo, en otros delitos, como los delitos contra el honor o las falsedades documentales, pero también en la mayoría de los delitos que se producen en el ámbito de la criminalidad económica, la realización personal en la última fase no tendría relevancia y permitiría castigar al superior como autor mediato y, al menos en algunos casos (esto no lo deja del todo claro Mir), relevar de pena al (autor inmediato) inferior; a esta última categoría de delitos la caracteriza Mir como opuestos a los de propia mano y yo creo que, al menos en parte, podría relacionarse con los que Roxín llama delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), si bien la categoría que MIR propone se extiende a otros ámbitos distintos de los la infracción de deberes extrapenales a que aluden Roxín y sus seguidores (por tanto la propuesta por Mir parece una categoría más amplia). La propuesta de Mir me parece interesante, pero, si bien no es éste el lugar para valorarla en profundidad ni seguramente está lo suficientemente desarrollada por su autor para poder hacerlo, creo que puede someterse a críticas similares a las que se oponen a la pretensión de validez *generalizada* y de *lege lata* de la idea de los delitos de infracción de deber; además, aun pudiendo comprender (y compartir, al menos, de *lege ferenda*) la idea de MIR de que lo relevante en determinados delitos es algo muy distinto (y por concreto, por cierto) de la realización de propia mano, y de que por tanto el verdadero autor es el superior (autor al que ni siquiera sería necesario llamar autor *mediato* probablemente, en mi opinión), pienso sin embargo que lo anterior no excluiría la responsabilidad del ejecutor de propia mano al menos como partícipe del hecho injusto del superior (siempre y cuando en el inferior se dieran los demás requisitos de la responsabilidad penal).

En cualquier caso, en el ámbito de la delincuencia en estas organizaciones complejas, debe huirse tanto del automatismo de considerar que autor sólo puede ser el último eslabón de la cadena, el operario que actúa inmediatamente (lo cual contradice la propia configuración y principios que rigen esas organizaciones, y frecuentemente aparece como injusto), como del automatismo de creer que no lo será nunca y que la responsabilidad (además a título de autoría siempre) sólo haya de recaer en los directores de la organización. Precisamente la complejidad de estas estructuras (que, por cierto, no se configuran exclusivamente por “los de arriba y los de debajo”, sino que en ellas se encuentran multitud de situaciones intermedias) obliga a un análisis pormenorizado de los repartos de responsabilidad (aquí me he referido sólo a algunos problemas de autoría), aplicando las categorías dogmáticas elaboradas y teniendo siempre en cuenta las peculiaridades de estas organizaciones. Así, por ejemplo, su estructura y principios rectores podrían hacer que la existencia de una influencia que no llega a la coacción o de órdenes no estrictamente vinculantes, que por sí sola no fundamenta normalmente una autoría mediata, unida al mejor conocimiento de la situación por el sujeto de atrás (aun sin existir errores de tipo o de prohibición en el sujeto de delante) e incluso el dato de la fungibilidad de quienes actúan delante, sea capaz de fundamentar la autoría mediata en este ámbito. Y no debe olvidarse la idea de la posibilidad de existencia de un “autor tras el autor”, y que, quizá, la figura de la coautoría (con algunos matices respecto de los casos más habituales de la misma) o algo que se le parece mucho (que a veces estaría entre el “autor tras el autor” y la coautoría “clásica”) puede también ser adecuada para la calificación de fenómenos de codelincuencia en este ámbito.

En resumen, ante la complejidad del fenómeno, creo que hay que realizar un especial esfuerzo de argumentación en la aplicación de las categorías dogmáticas y no caer en la tentación de soluciones aparentemente fáciles, pero poco precisas y fundamentadas y, a menudo, también sólo aparentemente justas.

Recuerdo que me he centrado básicamente en las posibilidades de autoría mediata dolosa de los sujetos de atrás. La posible responsabilidad por hechos imprudentes de éstos (a menudo omisiones) sobrepasa los límites de la parte de la exposición que se me ha encomendado.



# Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados

M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Montañés  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

## I. Introducción

1. La cuestión de la responsabilidad penal derivada de la toma de decisiones o adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados no es en absoluto novedosa en la dogmática penal, pero sí puede afirmarse que en los últimos años ha recobrado actualidad. El origen de la moderna discusión sobre el tema se encuentra estrechamente vinculado con la problemática de la responsabilidad penal por el producto y muy especialmente con la sentencia del BGH en el “Caso Erdal” o de los sprays para cuero (*Ledersprays*)<sup>1</sup>.

No obstante, la relevancia (penal) de la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados trasciende el ámbito de la responsabilidad penal por el producto e incluso el de la responsabilidad empresarial en otros sectores (delitos societarios, medioambientales, urbanísticos ...), planteándose también, por ejemplo, en el ámbito funcional o de la Administración pública.

2. Los problemas dogmáticos fundamentales que han de abordarse a la hora de establecer la responsabilidad penal del miembro del órgano colegiado se derivan fundamentalmente del hecho de que las estructuras clásicas de la imputación penal están inspiradas en el principio de responsabilidad individual de la persona física que con su actuación causa resultados infringiendo deberes, y en estos casos la situación es muy diferente, como veremos a continuación.

El primero de esos problemas es el de la constatación de la relación causal y de imputación objetiva entre la conducta activa u omisiva de quien participa en la adopción de un acuerdo por el colegio (el comportamiento

---

<sup>1</sup> BGHSt 37, 106.

individual de cada uno) y las eventuales consecuencias lesivas que se derivan de ese acuerdo.

El segundo grupo de problemas sería el de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad individual dentro del colectivo: ¿Cuál es el deber que infringe el sujeto? ¿qué le es exigible al sujeto individual? ¿cuándo responde?

Intimamente conectado con ello se plantea la cuestión de la delimitación de las posiciones de autoría y participación, con especial consideración de las estructuras de la coautoría y la coautoría mediata, la coautoría imprudente, la coautoría en los delitos de omisión.... y de los supuestos en que la adopción del acuerdo no es (co)autoría, sino participación en el hecho de otro.

Por último, también hay que analizar cuestiones relacionadas con el *iter criminis*.

3. Toda esta problemática no pueden abordarse sin realizar previamente una serie de precisiones, que serían fundamentalmente las siguientes:

1° La valoración de la responsabilidad penal del miembro del órgano colegiado no puede hacerse sin tener en cuenta las peculiaridades de éstos y del proceso de adopción de acuerdos en los mismos. Fundamentalmente hay que destacar que el deber y la capacidad de cumplirlo atañen o se refieren al colectivo (y sólo a través de él a cada uno de sus miembros), es decir, que a diferencia de los supuestos normales de codelincuencia —en que la actuación conjunta hubiera podido llevarse a acabo también individualmente— en estos casos (por definición, por la propia esencia de la actuación colegial) cada uno de los miembros del colegio, individualmente considerado, no tiene la competencia ni la capacidad de actuar; sólo el órgano (el colectivo) la tiene; sólo él puede adoptar acuerdos.

Por otra parte, la pertenencia al gremio implica el sometimiento a la decisión mayoritaria y esa decisión aparece al mundo como obra del colectivo y, por tanto, de cada uno de sus miembros. Si tal decisión tiene relevancia penal, se plantea la cuestión de si responden por igual todos los miembros del órgano. La responsabilidad penal es estrictamente personal y, deben aplicarse aquí las reglas generales que regulan la intervención de varias personas en un delito y, con base en las mismas, determinar cuál es la contribución de cada uno al hecho y, por tanto, su nivel de responsabilidad.

2° La valoración de si la conducta del sujeto individual es o no causal, es una conducta de autoría o de participación, ha comenzado o no la tentativa, en definitiva, el planteamiento y resolución de los problemas dogmáticos no puede referirse sólo al momento de la emisión del voto, sino que ha de tener en cuenta el acuerdo ya existente.

Y creo que este punto de partida lo impone la consideración de la propia esencia del acuerdo colegial: el acuerdo existe sólo una vez recontados todos los votos y constatada la mayoría, tiene un carácter formal (a dife-

rencia de otros casos de acuerdos no institucionalizados, como en la conspiración o en la coautoría), y ello tiene relevancia, como veremos, a efectos de imputación penal.

3° La intervención en una votación y la adopción de un acuerdo tienen distinta significación y relevancia a nivel de imputación penal en función del concreto tipo delictivo al que el acuerdo se refiera. Por ello, creo que deben distinguirse dos grupos de casos:

- a) casos en que la adopción del acuerdo sea ya ejecución, porque el núcleo del injusto del tipo consista precisamente en la adopción del acuerdo.
- b) casos en que la adopción del acuerdo sea sólo intervención durante la preparación de un hecho que posteriormente ha de ser ejecutado.

Esta distinción tiene consecuencias muy importantes en materia de *iter criminis* y de determinación de las posiciones de autoría y participación, como veremos.

- 4º. El análisis de los problemas de imputación debe efectuarse partiendo de la siguiente distinción: Por un lado, se analizará la responsabilidad penal que pueda derivarse de la conducta de votar a favor de un acuerdo antijurídico. En estos casos existe una conducta activa o positiva (lo que no prejuzga la responsabilidad por comisión o por omisión, pues ello depende de la naturaleza del acuerdo que se adopte) que puede valorarse como la infracción del deber penalmente relevante, suficiente para defender la imputación penal —ya se verá a título de qué—; por tanto, en estos casos no se discute acerca de la infracción del deber, sino acerca del título de imputación por el que hacer responder a estos sujetos. En los otros casos, no existe una conducta activa respecto del acuerdo antijurídico, sino —a lo sumo— una conducta omisiva de actuaciones que lo impidan. Por ello, la cuestión clave es analizar si existe o no una infracción de deber penalmente relevante (si existe un deber de impedir o de dificultar el hecho y cómo ha de concretarse el mismo, qué le es exigible al sujeto individual) y si tal infracción puede ser equivalente (comisión por omisión) a la conducta de quien vota a favor y, por tanto, suficiente para imponerle la misma responsabilidad que a éste (sea la que fuere), o si no lo es, pero genera otro tipo de responsabilidad.

De toda esta amplísima problemática, cuyo análisis es el objeto de una investigación monográfica que se encuentra en curso, abordaré a continuación algunas cuestiones relativas a la causalidad y a la autoría en los supuestos de voto a favor de la adopción del acuerdo antijurídico.

## II. El presunto problema causal en los supuestos de voto favorable a la adopción del acuerdo antijurídico

1. El primer problema dogmático importante que plantean los supuestos de adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados es el de la constatación de la relación de causalidad entre la conducta individual de cada uno de los miembros del órgano (el voto) y el hecho delictivo que se deriva del acuerdo finalmente adoptado.

En una primera aproximación intuitiva o prejurídica parece evidente que si en el seno de un órgano colegiado se adopta un acuerdo que, en sí mismo o en su ejecución posterior, determina la producción de un hecho delictivo, al menos todos aquellos que han votado a favor han contribuido causalmente al mismo. Desde consideraciones jurídico-penales, sin embargo, las cosas no parecen tan sencillas, al menos cuando estamos antes supuestos de resultados sobrecondicionados (en la terminología de JAKOBS<sup>2</sup>, adoptada también por RÖH<sup>3</sup>) o de causalidad múltiple, esto es, cuando el resultado de la votación se produce con más condiciones (votos) de las necesarias. Y es que en estos casos, si aplicamos la teoría de la condición (teoría causal absolutamente mayoritaria en la doctrina) con la denominada fórmula hipotética<sup>4</sup>, habría que afirmar que ninguno de los votos individualmente considerado ha sido causal para el resultado, pues éste se hubiera producido igualmente sin su concurrencia.

- a) *La fórmula de la conditio sine qua non*: Como es sabido, la fórmula hipotética o de la *conditio sine qua non*, como método auxiliar de la teoría de la condición, afirma que es condición, y por tanto causa, todo factor que suprimido mentalmente da lugar a que deje de producirse el resultado. Y, *sensu contrario*, no es causal todo aquel factor sin el cual se sigue produciendo igualmente el resultado.

Aplicando esta fórmula a los casos que nos ocupan, habría que negar la causalidad entre cada uno de los votos individuales y la decisión colectiva, pues al producirse ésta con más votos de los necesarios para la configuración de una mayoría suficiente, la supresión de cada uno de los votos individualmente considerado no implica que el acuerdo deje de adoptarse, pues la mayoría se sigue alcanzando con los demás votos. Por ello, de

<sup>2</sup> Jakobs/Lackner-FS, 1987, 53 ss., 63 ss.; Strafrecht AT, 2ª ed., 1991, 7/83 a; Miyazawa-FS., 1995, 422 ss.; en: Mir/Luzón (coord.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 80 ss..

<sup>3</sup> Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht, 1993, passim.

<sup>4</sup> Cfr., entre otros, Luzón Peña PG I, 1996, 365s., 371s.; Roxin Strafrecht AT 1, 3ª., 1997, § 11 Rn. 5 ss.; Schönke/Schröder/Lenckner 25ª. 1997, vor § 13, Rn. 73; Tröndle/Fischer 49ª., 1999, vor § 13, Rn. 16.

aplicarse estrictamente esta teoría y el principio *in dubio pro reo*, habría que negar la relación de causalidad entre la conducta de cada uno de los que votan a favor y el acuerdo adoptado precisamente con sus votos, lo que parece una solución inaceptable, sobre todo teniendo en cuenta que si el acuerdo se adopta por mayoría mínima ya no se plantea problema causal alguno.

Tal vez se podría llegar a soluciones satisfactorias aplicando una variación de la teoría de la condición, que exige la consideración del resultado en su concreta configuración. Sin embargo, es dudoso que para la concreta configuración haya de tenerse en cuenta el número de votos, pues —a diferencia de otros casos de causalidad cumulativa, en que normalmente la concurrencia de causas modificará de alguna manera el resultado en su concreta configuración “ya sea por adelantarlo al suponer una mayor intensidad del ataque, ya sea sencillamente, porque va a cambiar la forma concreta de aparición del resultado”.<sup>5</sup>—, en los casos de adopción de acuerdos con mayorías sobrecondicionadas el que haya más votos de los necesarios no modifica en absoluto la concreta configuración del hecho. Otra variación de la teoría de la condición propone la supresión cumulativa de todos los factores: Cuando varios factores pueden suprimirse mentalmente de forma alternativa, pero no acumulativa, sin que el resultado resulte afectado, todos ellos son causa del mismo<sup>6</sup>. Según Cerezo esta fórmula permite resolver “las dificultades que se plantean en los acuerdos ilícitos adoptados por votación en órganos colegiados, cuando la mayoría alcanzada es superior a la imprescindible, cabe hacer abstracción, alternativamente, de todos y cada uno de los votos favorables emitidos, pero no de todos ellos conjuntamente”<sup>7</sup>.

Esta variación de la fórmula resuelve aparentemente el problema, pero la cuestión es que, así planteado, no es posible distinguir la causa de otros factores que no lo son. En definitiva, con dicha fórmula hemos de tener preconstituido el concepto de causa (y son aquellos factores que responden a este concepto los que se acumulan y suprimen mentalmente), pues de otro modo no habría forma de diferenciar entre factores causales y los que claramente no lo son y, por eso mismo, no se toman en cuenta. ¿Por qué incluimos entre los factores que suprimimos cumulativamente todos los votos (y sólo los votos) y no otras circunstancias, como el que el presidente del órgano llevara un traje gris o el que la votación comenzara a las 13, 30 h., o que el día fuese soleado? Evidentemente porque estamos partiendo de que los votos (todos los votos) son causa de la adopción del acuerdo y el color del traje del presidente del órgano no; pero a esta con-

<sup>5</sup> *Mir Puig*, PG 5<sup>a</sup>, 1998, 224 (nº 27 y 28).

<sup>6</sup> Cfr. *Tarnowsky*, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriff, 1927 ; *Welzel* Lehrbuch, 11<sup>a</sup>, 1969., 45; *Cerezo* PG II, 6.<sup>a</sup>, 1998, p. 57; *Mir DP* PG 5<sup>a</sup>, 1998, 225.

<sup>7</sup> *Cerezo* PG II, 6.<sup>a</sup>, 1998, 57 n. 24.

clusión no nos permite llegar la fórmula propuesta, por ello creo que la misma no es un método válido de resolución del problema causal en estos casos.

- b) *La teoría de la condición conforme a las leyes de la naturaleza* (fórmula de Engisch): esta teoría se ocupa del mecanismo causal realmente dado, sustituyendo la fórmula hipotética “por una comprobación positiva de la causalidad conforme al conocimiento humano de las leyes causales”<sup>8</sup>. En concreto, la fórmula propuesta por Engisch en 1931 es la siguiente: una conducta es causal para un resultado cuando a esa conducta se han encajado subsiguientemente en el tiempo, modificaciones en el mundo exterior que en su sucesión estuvieron unidas con la conducta y entre sí según las leyes (naturales) y que han desembocado en algún componente del supuesto de hecho concreto delimitado como resultado por la ley penal<sup>9</sup>.

Con esta fórmula —según Weiber—<sup>10</sup> puede afirmarse la relación causal entre cada voto individual y el resultado: “La contribución individual de cada uno de los que votan (a favor) fue causal para el resultado de la votación como parte de la mayoría necesaria para ello” ... “El voto individual está en conexión conforme a la ley con el resultado lesivo”, pues cada voto lleva, junto con los demás, al resultado de la votación contrario a derecho, que es el fundamento para la producción del resultado lesivo” o, en general, del hecho delictivo”.

- c) *La teoría de la condición mínima suficiente*: Puppe<sup>11</sup> propone un nuevo concepto de causa, conforme al cual puede afirmarse ya la causalidad, cuando un factor es parte constitutiva necesaria de una condición mínima suficiente del resultado. “Una causa individual es sólo una parte constitutiva necesaria de una condición real y suficiente conforme a las leyes empíricas generales”... “Parte constitutiva necesaria de una condición suficiente significa, por tanto, que la condición ya no es suficiente, si se suprime de ella la parte constitutiva referida, con otras palabras, debe tratarse de una parte constitutiva necesaria de una condición mínima suficiente conforme a las leyes de la”<sup>12</sup>. Definición que, según esta autora, responde a un entendimiento intuitivo de la causalidad.

Con esta teoría se soluciona el problema de la causalidad del voto individual a favor de una decisión antijurídica con más votos de los necesarios,

<sup>8</sup> Luzón Peña, PG I, 1996, 366.

<sup>9</sup> Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, 21 ss..

<sup>10</sup> Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidung, 1996, 116.

<sup>11</sup> ZStW 92 (1980), 863, 875 ss.; JR 1992, 32; ADPCP 1992, 681 ss.; NK I AT, 1995, vor § 13 Rn. 96; a favor, Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, 83 ss.; Neudecker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, 1995, 224 s.; crítico Toepel, JuS 1994, 1011 s.

<sup>12</sup> Puppe, NK I AT, 1995, vor § 13 Rn 96.

pues se puede afirmar que la emisión del voto de cada uno de los miembros es una causa individual para que se produzca la decisión, ya que ese voto, en conexión con tantos otros votos a favor como sean necesarios para la formación de la mayoría, es un componente necesario de una de las varias condiciones mínimas suficientes (las diversas combinaciones de votos con que se podría configurar la mayoría mínima suficiente) para que se produzca la decisión antijurídica. Presupuesto para la causalidad del voto individual es que la mayoría no se haya formado aún.

Esta teoría de Puppe constituye en realidad una reelaboración de la teoría de la condición (la propia autora habla de condición mínima suficiente), aunque abandonando la fórmula hipotética<sup>13</sup> y tratando de ahondar en la esencia de la explicación causal de los resultados. Sin entrar aquí en más detalles, la teoría de PUPPE me parece muy sugerente y creo que llega a resultados correctos en los casos problemáticos.

d) *La teoría de Jakobs y Röh*

Jakobs<sup>14</sup> afirma la responsabilidad de todos los que votan a favor de la decisión antijurídica, pero plantea el problema en el plano causal, sino en el de la imputación<sup>15</sup>, en concreto, en el momento en que debe realizarse la imputación, que para él es el momento de la ejecución, y como la ejecución es simultánea para todos los que dieron su conformidad, todos responden. Veamos más detenidamente la argumentación de Jakobs.

Este autor parte de la base de que la intervención en una votación, la emisión del voto individual, no es ejecución, sino una mera conducta preparatoria de la ejecución o de participación en la misma. En ese momento no hay aún infracción perfecta de la norma y lo decisivo para la imputación es cuándo sucede esa infracción perfecta de la norma: "Sucede lo mismo que en la participación en la tentativa: la división del trabajo no conduce a una determinación individualizada del estadio del delito, sino que el momento de la exteriorización se determina como si una única persona, el colectivo, hubiera realizado toda la conducta"<sup>16</sup>.

"Independientemente del momento en que se lleve a la práctica, lo decisivo para la infracción de la norma es la conducta de ejecución. Esta conducta de ejecución será puesta en práctica por regla general por el último responsable, o sea, como muy pronto, por el miembro que dirige la votación que constata la mayoría, y generalmente más bien después, concretamente, por el gestor del negocio competente en el ámbito de que se trate. Como estas personas constatan la mayoría o ejecutan el acuerdo

<sup>13</sup> Cfr. *WeiBer*, *Kollegialentscheidung*, 1996, 118 s.; *Cerezo*, PG II, 1998, 57, n.24.

<sup>14</sup> *Miyazawa-FS*, 1995, 425; en: *Mir/Luzón* (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 78 ss.

<sup>15</sup> *Jakobs* *Miyazawa-FS*, 1995, 421; en: *Mir/Luzón* (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 78.

<sup>16</sup> *Miyazawa-FS*, 1995, 425; en: *Mir/Luzón* (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 84.

como mandatarios de todos los que han consentido, la conducta negocial preparada mediante la emisión de votos se ejecuta en estos actos, o sea simultáneamente para todos los que dieron su conformidad, lo que significa: todos responden<sup>17</sup>.

Lo decisivo es únicamente el momento de la exteriorización, y en ese momento coexisten todos los votos simultáneamente, con independencia del orden en que fueron emitidos o conocidos, con tal de que lo hayan sido. “Los votos a favor son buenos fundamentos; cuántos votos a favor se precisan se regula mediante el establecimiento del *quorum*. Si votan a favor más personas que las necesarias para la aprobación de la propuesta, los reglamentos empresariales no prevén casi nunca que deba hacerse recuento sólo hasta la mayoría y hacer caso omiso del resto —en tal caso las personas de cuya emisión de voto se hace caso omiso habrían intentado sin éxito colaborar en la formación de la mayoría—, sino que todos los votos deben ser recontados y la mayoría constatarse como una *mayoría sobrecondicionada*; estos votos se exteriorizan por tanto todos simultáneamente en la conducta negocial acordada.” .... “En sentido jurídico, un suceso sobrecondicionante también causa, presupuesto que la exteriorización se produzca al menos simultáneamente a (en cualquier caso no después de) otras condiciones. Un buen fundamento no pierde su cualidad por el hecho de que otros fundamentos sean también buenos<sup>18</sup>. En conclusión, afirma Jakobs, “quien vota a favor de una conducta negocial antijurídica responde por esta conducta negocial, cuando se recuenta su voto y tiene lugar la mayoría —incluso innecesariamente alta—, siendo indiferente cuándo haya emitido su voto<sup>19</sup>”.

Desarrollando ideas de Jakobs, su discípulo Röh<sup>20</sup> aborda también este problema —llegando a las mismas conclusiones, aunque con una fundamentación ligeramente diferente—, en el marco mucho más amplio de una reconstrucción de las reglas de imputación penal con un esquema lógico, que él denomina “explicación causal”, que parte de la asunción del modelo standard de explicación científica en la teoría de la ciencia desarrollado por Hempel y Oppenheim<sup>21</sup> y cuya coincidencia con la teoría causal de Engisch reconoce el propio autor<sup>22</sup>. Afirma —frente a Jakobs— que ya hay exteriorización de la infracción de la norma en el momento de la emisión del voto, pero entiende que la “competencia colectiva” impone la

<sup>17</sup> Jakobs, Miyazawa-Fs., 1995, 425, y en: Mir/Luzón (coord.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 84s.

<sup>18</sup> Jakobs, Miyazawa-Fs., 1995, 426, y en: Mir/Luzón (coord.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 86.

<sup>19</sup> Jakobs, Miyazawa-Fs., 1995, 427, y en: Mir/Luzón (coord.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 86 s.

<sup>20</sup> Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge, 1995. Cfr. sobre ello Hilgendorf GA 1997, 491 ss.

<sup>21</sup> Cfr. Röh Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge, 1995, 53 ss..

<sup>22</sup> Röh Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge, 1995, 57.



consideración de la conducta individual como parte de la del colectivo y, por tanto, como si el riesgo se hubiera perfeccionado para todos en el mismo momento.

- e) *Conclusiones*: En mi opinión, tal vez se esté otorgando excesiva importancia al problema causal, que no es el decisivo en estos casos y puede resolverse sin demasiada dificultad.

Creo que los criterios para determinar la existencia o no de relación causal no han de aplicarse en las relaciones internas o en el momento de la emisión del voto, sino respecto del acuerdo ya existente, siendo irrelevante la configuración interna de las mayorías.

Con esta premisa, todos los que votan a favor de la decisión antijurídica o en contra de que se adopte un acuerdo debido contribuyen causalmente del mismo modo a dar vida al mismo, a que el acuerdo esté en el mundo, por la propia dinámica de la toma de decisiones en el seno de órganos colegiados, y con independencia de la concreta configuración de la mayoría y del momento en que fue emitido el voto. Aun cuando el acuerdo hubiera podido adoptarse con menos votos de los que se han emitido, lo cierto es que en el mundo real —realidad que no puede ignorarse y que se impone sobre las hipótesis— lo que existe es un acuerdo que se ha adoptado con ese concreto número de votos y que todos ellos han hecho posible su existencia, es decir, han contribuido causalmente a su producción. Y ello porque, como pone de relieve también Jakobs<sup>23</sup>, el acuerdo sólo existe una vez que se recuentan todos los votos y se constata la mayoría (lo que diferencia estos supuestos de otros supuestos de acuerdo, por ejemplo en la conspiración o en la coautoría, en que el acuerdo no tiene un sentido institucional o no tiene carácter formal) y no antes. Y en ese momento —que es el relevante, pues antes no existe acuerdo, en cuanto expresión de la voluntad del órgano— cada uno de los votos favorables emitidos ha de ser tenido en cuenta, no sólo a efectos de imputación como parece deducirse de la tesis de Jakobs, sino ya antes como contribución causal al mismo.

A esta conclusión puede llegarse desde un entendimiento intuitivo de la causalidad, que creo que se corresponde al concepto de causa defendido por la teoría de la condición o equivalencia de condiciones (toda condición de un resultado es causa del mismo), prescindiendo de la fórmula hipotética. Pero también desde la teoría de la condición conforme a las leyes de la naturaleza (teoría de Engisch) o con la fórmula propuesta por Puppe, que me parece un intento muy serio y bien fundamentado de ofrecer la explicación causal de los resultados a los efectos penalmente relevantes. Las anteriores consideraciones han de ser tenidas en cuenta también a efectos de imputación objetiva: cada uno de los votos que forman una

---

<sup>23</sup> en: Mir/Luzón (coord.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 86.

mayoría sobrecondicionada crea un riesgo penalmente relevante de producción del acuerdo y cuando el acuerdo antijurídico finalmente se adopta supone la realización del riesgo inherente a la acción de votar de forma contraria a deber: el que se pueda adoptar el acuerdo antijurídico.

¿Resulta de aplicación aquí el criterio del incremento riesgo formulado por Roxín<sup>24</sup>? Efectivamente cada voto incrementa el riesgo, pero, tal vez — como afirma Luzón<sup>25</sup> — el criterio es innecesario y este caso — como otros de cursos causales hipotéticos y conductas alternativas conforme a deber — pueden resolverse con ayuda del criterio de la realización del riesgo y del fin de protección de la norma.

De nuevo aquí es trascendental el hecho de que el acuerdo sólo existe una vez recontados los votos y constatada la mayoría. En ese momento, el acuerdo se produce con todos los votos a favor y este dato (el acuerdo tal como es en el mundo real) es absolutamente relevante para la imputación penal. Cada voto a favor crea un riesgo que se realiza en la adopción del acuerdo antijurídico, que es imputable a todos. Estoy de acuerdo esencialmente con la argumentación de Jakobs.

### III. Problemas de autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos

Tanto la Jurisprudencia (alemana, especialmente al ocuparse del caso Erdal) como la doctrina, al abordar la cuestión del título por el que hacer responder a los miembros de un órgano colegiado que adopta una decisión delictiva suelen acudir directamente al expediente de la coautoría, analizando si en cada uno de los sujetos que votan a favor del acuerdo se cumplen los requisitos necesarios para poder considerarlos coautores.

Evidentemente la coautoría parece el modelo de imputación más adecuado para hacer responder a un grupo de sujetos que actúan conjuntamente de forma institucionalizada (la propia esencia de la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados así lo impone) aportando contribuciones idénticas al hecho (el voto), en principio, al mismo nivel (aunque ello no sea así en los supuestos de derecho de veto o voto de calidad). No obstante, este planteamiento de la cuestión olvida varios datos. En primer lugar, que en muchos casos — la mayoría — la adopción del acuerdo no supone la consumación del hecho delictivo, ni siquiera comienzo de ejecución, sino que es tan solo un acto preparatorio de la posterior ejecución, que llevarán a cabo otros<sup>26</sup>. De modo que comenzar a hablar aquí sin más de coautoría y de si concurren o

<sup>24</sup> Cfr. Roxin ZStW 74 (1962), 41 ss.; ZStW 78 (1966), 214 ss.; Strafrecht AT 1, 3<sup>a</sup>, 1997, § 11 Rn. 76 ss.

<sup>25</sup> PG I, 1996, 386.

<sup>26</sup> Jakobs Miyazawa-FS, 1995, 419; en: Mir/Luzón (coord.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 75 s. De acuerdo, Suárez González Participación en las deci-

no los requisitos de la misma, sin plantearse la responsabilidad del ejecutor inmediato, resulta, cuando menos, sorprendente. No siempre la adopción de un acuerdo va a poder ser valorada como autoría, sino que habrá casos en que sea mera participación en el hecho de otro. Por tanto, la cuestión no es tan sencilla como examinar si se cumplen o no los requisitos de la coautoría, sino que requiere el análisis por separado de grupos de casos y de las figuras de la (co)autoría mediata, de la (co)inducción y de la (co)complicidad necesaria o no. En definitiva, habrá que aplicar las reglas generales que regulan la intervención de varias personas en el delito y averiguar, con base en las mismas, cuál es la contribución real a la ejecución del hecho delictivo<sup>27</sup>

Por otra parte, como trataré de ir demostrando en el análisis de los grupos de casos y como sucedía respecto de la cuestión causal, creo que los criterios para determinar la autoría no han de aplicarse en las relaciones internas o en el momento de la emisión del voto, sino respecto del acuerdo ya existente, siendo irrelevante la configuración interna de las mayorías. Todos los que votan a favor de la decisión antijurídica o en contra de que se adopte un acuerdo debido “intervienen” del mismo modo en el delito, por la propia dinámica de la toma de decisiones en el seno de órganos colegiados, pero la valoración de si esa “intervención” es autoría o participación es algo que ha de realizarse después teniendo en cuenta la concreta redacción del tipo (la acción ejecutiva que exija y la relevancia que, respecto de ella, tenga el acuerdo) y las relaciones con los otros sujetos intervinientes en el hecho distintos de los miembros del órgano colegiado.

Con este punto de partida —que me parece una cuestión clave, aunque no suele mencionarse al analizar la responsabilidad penal por la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados— creo que deben distinguirse los siguientes grupos de casos:

- 1º. Por un lado, aquellos en que la adopción del acuerdo es ya ejecución (e incluso consumación del hecho), y en los que la afirmación de la coautoría de los que votan favor de la decisión delictiva no plantea, como veremos, mayores problemas
- 2º. Por otro, casos en que la adopción del acuerdo no es aún ejecución, sino —como señala Jakobs<sup>28</sup>— preparación de un hecho, intervención durante la planificación de un hecho que posteriormente ha de ejecutarse por otros —que serán habitualmente sujetos u órganos subordinados al que toma

---

siones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal, en: La responsabilidad penal de las sociedades, CGPJ, 1994, 51; *Cuadrado Ruiz* La responsabilidad por omisión de deberes del empresario, 1998, 121.

<sup>27</sup> En este sentido también, *Martínez Buján Pérez* DP Económico PE, 1999, 183.

<sup>28</sup> Miyazawa-FS, 1995, 419; en: *Mir/Luzón* (Hrsg.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 75 s..

la decisión— y sólo la posterior ejecución del acuerdo puede valorarse como ejecución del hecho delictivo. En estos casos no creo que pueda hablarse sin más de coautoría, sino tal vez de coautoría mediata, cuando se den los presupuestos para poder afirmar que esta figura existe<sup>29</sup>. De lo contrario, estaremos ante supuestos de participación en el hecho de otro.

3º. Por último, habrá casos en que claramente y desde el principio la adopción del acuerdo no pueda valorarse como autoría (coautoría), sino que es participación en el hecho de otro (u otros) que es (son) quien(es) ejecuta(n) y que responde(n) como (co)autor(es): aquí queda excluida la coautoría y habrá que analizar si nos encontramos ante supuestos de inducción, de cooperación necesaria o de complicidad. Por ejemplo, respecto de la emisión de informes por un órgano colegiado, que posibilitan o facilitan la actuación delictiva de otro (ello, de momento, al margen de la específica regulación que para alguno de estos supuestos hace el CP español en los arts. 320, 322 y 329).

Y dentro de estos tres grandes bloques habrá que establecer distinciones entre conductas dolosas e imprudentes, comisivas y omisivas. El análisis se efectuará partiendo de la igualdad de rango de todas las contribuciones (votos), prescindiendo de los supuestos en que existe derecho de veto o voto de calidad.

## 1. Primer grupo: Acuerdos antijurídicos directamente ejecutivos

1.1. En principio este grupo de casos será el que menos problemas plantee, pues precisamente con la adopción del acuerdo (y no con la posterior ejecución del mismo por otros) se realiza la conducta exigida por el tipo. Además, *a priori* parecen cumplirse los requisitos exigidos para la afirmación de la coautoría en los delitos comisivos dolosos<sup>30</sup>: plan común, actuación conjunta con división del trabajo y dominio del hecho.

No obstante, cuando se analiza cada uno de estos requisitos en los casos que nos ocupan, pueden surgir cuestiones dudosas, especialmente en los acuerdos adoptados por mayoría sobrecondicionada.

a) Así, por ejemplo, al analizar la cuestión del dominio del hecho, parece que de adoptarse la teoría del dominio del hecho funcional —criterio propuesto inicialmente por Roxin<sup>31</sup> y que hoy se ha convertido en mayoritario tanto

---

<sup>29</sup> De acuerdo *Suárez González* en: La responsabilidad penal de las sociedades, CGPJ, 1994, 58; *Cuadrado Ruiz* Responsabilidad por omisión, 1998, 122.

<sup>30</sup> Cfr., *Roxin* JA 1979, 519; LK 11ª, 1993, § 25 Rn. 154, 173; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, 30 ss.

<sup>31</sup> *Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft, 1ª, 1963, 275 ss.

en Alemania como en España—<sup>32</sup> (esencialidad de la contribución al plan común; codominio en cuanto cada interviniente está ligado a la colaboración del otro de modo que si éste suprime su contribución hace fracasar el plan; necesidad de la función de cada uno dentro del plan global) habría que negar la coautoría, pues individualmente consideradas ninguna de las aportaciones (votos) es decisiva, ya que la mayoría se habría configurado igualmente con las restantes. Sin embargo, esta conclusión —la negación de la coautoría— parece insatisfactoria, pues se está haciendo depender del “casual reparto de votos al final de la votación”<sup>33</sup> la responsabilidad penal del sujeto individual por una conducta producida antes de la constatación del resultado de la votación. En efecto, para los defensores del dominio funcional la misma conducta (emisión del voto a favor de la decisión antijurídica) en un supuesto de mayoría mínima, sí representaría una contribución esencial al plan común y, por tanto, podría afirmarse la coautoría. Y, en palabras de Weiber, atenta contra el sentido común y contra una interpretación de la realización del tipo en sentido objetivo, el que en una configuración de la mayoría superior (con un mayor grado cuantitativo de infracción de deber) lleve a negar la coautoría, mientras que en una decisión con “menor contrariedad a deber” sí se pueda afirmar la responsabilidad penal como coautor del sujeto<sup>34</sup>.

No obstante, podría aplicarse a estos casos la solución propuesta por Roxín<sup>35</sup> para los casos de coautoría aditiva desde el dominio funcional, afirmando que el dominio no ha de ser considerado *ex post* sino *ex ante*; hay que preguntarse por la relevancia de la contribución individual para el plan común *ex ante*, (prescindiendo de la teoría de la necesidad) y *ex ante* cada contribución tiene la misma importancia para el resultado conforme al plan elaborado (de ella podría depender todo) y, por tanto, es una contribución esencial. Próximos a la construcción de Roxín, están Bloy<sup>36</sup> (especialmente en lo que se refiere a la igual importancia *ex ante* de todas las contribuciones) y Bottke<sup>37</sup> (quien considera decisivo para la coautoría el “dominio configurativo de igual rango concertado”: *abgestimmt gleichgeordnete Gestaltungsherrschaft*)<sup>38</sup>. Aplicando este criterio a los casos que nos ocupan también habría que afirmar la coautoría, pues cada

---

<sup>32</sup> Véase al respecto Pérez Alonso, La coautoría y la cooperación (necesaria) en Derecho penal, 1998, 206 ss.; Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, 20 ss., con más citas. Crítico, Díaz y García Conlledo, La autoría en Derecho penal, 1991, 596 ss, 651 ss.

<sup>33</sup> Weiber Kollegialentscheidungen, 1996, 104.

<sup>34</sup> Weiber Kollegialentscheidungen, 1996, 104.

<sup>35</sup> JA 1979, 524; LK 11<sup>a</sup>, 1993, § 25 Rn. 159; Täterschaft und Tatherrschaft, 6<sup>a</sup>, 1994, 660 s.

<sup>36</sup> Die Beteiligungformen als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, 372 ss., especialmente 375.

<sup>37</sup> Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, 87ss..

<sup>38</sup> Cfr. al respecto Díaz y García Conlledo, en: Silva (ed.), Política criminal, 1997., 301.

uno de los votos, *ex ante* considerado, hubiera podido ser el voto decisivo para la configuración de la mayoría<sup>39</sup>.

Otro intento de solución viene dado por los defensores del *dominio colectivo del hecho* como criterio de dominio en la coautoría. Esta idea aparece ya en Stratrenwerth<sup>40</sup> y en el manual de Maurach/Gössel/Zipf<sup>41</sup>. Conforme a esta construcción, ni siquiera sería necesaria la esencialidad de la contribución para el éxito del plan común, sino que para el dominio de uno bastaría participar en el dominio común del colectivo. El dominio del hecho en la coautoría existe cuando la contribución de cada uno en conexión con la de los demás proporciona el dominio conjunto al colectivo (*Verband*) de coautores sobre el curso del hecho. "Dominio del hecho del individuo significa, por tanto, tomar parte en el dominio conjunto del colectivo"<sup>42</sup>. Partiendo de la asunción del criterio del dominio colectivo del hecho, Weiber<sup>43</sup> afirma que para analizar el dominio hay que referirse al momento de la prestación de la contribución (el voto) y no al posterior en que ya está formada la mayoría. Y en ese momento existe dominio y conciencia del mismo. El dominio de la coautoría no puede ser entendido como dominio de dirección sobre los otros coautores. "En la coautoría basta con que los coautores dominen el curso de los hechos en su conjunción (*Verbundenheit*) como coautores, con que produzcan el resultado lesivo mediante su acción conjunta. Maurach/Gössel/Zipf llaman a esto dominio colectivo de los coautores"<sup>44</sup>. La esencialidad de la contribución para el hecho conjunto no puede valorarse *ex post*, sino *ex ante*, teniendo en cuenta la posición dada al sujeto en el plan dentro de la realización típica. Y la totalidad de las contribuciones lleva en su actuación común al dominio del gremio sobre el curso de los hechos que produce el resultado y, así, a la conjunción como coautores del autor mediante la adopción del acuerdo común. A estas razones, añade esta autora un argumento adicional para afirmar la coautoría en estos supuestos de resultados sobrecondicionados: la casual configuración de la mayoría al final de la votación no puede decidir acerca de la responsabilidad de cada sujeto

¿Qué valoración merecen las tesis anteriormente expuestas? En mi opinión, y siguiendo a Luzón Peña<sup>45</sup> y a Díaz y García Conlledo<sup>46</sup>, debe

---

<sup>39</sup> En el mismo sentido Weiber, *Kollegialentscheidungen*, 1996, 95 s.

<sup>40</sup> AT I, 3<sup>a</sup> 1981, Rn. 807 (p. 230).

<sup>41</sup> AT II, 7<sup>a</sup>.1989, § 49 II, Rn. 26.

<sup>42</sup> Weiber *Kollegialentscheidungen*, 1996, 99.

<sup>43</sup> *Kollegialentscheidungen*, 1996, 101 s..

<sup>44</sup> Weiber, *Kollegialentscheidungen*, 1996, 102.

<sup>45</sup> La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, en: *Estudios penales*, 1991, 199 ss., 202 ss.

<sup>46</sup> La autoría en Derecho penal, 1991, 675 ss.; "Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria", en: *EJB Civitas*, 1995, 707 s.; "Coautoría alternativa y coautoría aditiva: ¿Autoría o participación?", en: Silva Sánchez (eds.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, 311 ss..

rechazarse la teoría del dominio funcional como criterio determinante del dominio del hecho en la coautoría, pues es sólo dominio negativo (puede decidir la no producción del resultado, pero no su producción) e implica una inaceptable ampliación del concepto de autor. Por otra parte, el criterio de la consideración *ex ante* de la relevancia de la contribución individual al plan común (que permite afirmar la coautoría en estos casos) tampoco me parece correcto, por una parte, porque lo que debe valorarse a efectos de imputación penal son los hechos tal y como han sucedido y no meras hipótesis y, por otra, porque no es un auténtico criterio de dominio, a lo sumo de dominio potencial, pero no real, que es el que creo debe exigirse en la coautoría.

En cuanto a la tesis del dominio colectivo, considero metodológicamente incorrecto y dudosamente admisible, si se tiene en cuenta el principio de responsabilidad personal, afirmar la imputación —como autor— del colectivo y de ahí derivar el carácter de coautor de cada uno de los miembros que, perteneciendo a ese colectivo, votan a favor de la decisión antijurídica. Por otra parte, tampoco comparto la tesis de Weiber de que el dominio haya de referirse al momento de la prestación de la contribución (voto) y no al posterior en que ya está formada la mayoría.

En mi opinión, y partiendo de la corrección del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho propuesto por Luzón y Díaz y García Conlledo<sup>47</sup>, en la coautoría lo relevante es la codeterminación objetiva y positiva del hecho por parte de todos y cada uno de los coautores. Sólo la actuación conjunta (con acuerdo y división de funciones) es la que determina la producción del hecho de modo positivo, la que decide sobre el si y el como del hecho, no pudiendo afirmarse esto de la actuación de ninguno individualmente considerada. Pero este criterio debe aplicarse no en el momento de la emisión del voto, sino en el momento en que el acuerdo ya existe. Pues bien, en estos casos (siempre que se parta de la igualdad de rango de las contribuciones, es decir, del igual valor de cada voto) creo que puede afirmarse que todos los sujetos que votan codeterminan objetiva y positivamente la adopción del acuerdo y que, por tanto, dado que en el grupo de casos que ahora analizamos precisamente la adopción del acuerdo es el hecho relevante típicamente, codeterminan el hecho, cumpliéndose por tanto este primer requisito para poder afirmar la coautoría. Esa codeterminación es real y no potencial; quiero decir con ello que para poder afirmarla no necesitamos la formulación de hipótesis sobre la eventual relevancia *ex ante* del voto individual, que podría haber sido el decisivo. Al igual que al afirmar la causalidad sosteníamos que todos los votos son causales porque todos ellos han contribuido a que el acuerdo se produzca (con independencia de que hubiera podido producirse también con menos votos).

---

<sup>47</sup> Vgl. supra n. 45 y 46.

b) Otros requisitos de la coautoría: actuación conjunta, división del trabajo, plan común, intervención en fase ejecutiva.

b.1. Como afirma Neudecker<sup>48</sup>, una de las diferencias entre los casos de decisiones colegiales y los supuestos típicos de coautoría radica en que en éstos cada uno de los coautores podría básicamente realizar el hecho por sí solo, y la actuación conjunta con otros sirve sólo para facilitar esa ejecución mediante la división del trabajo. En los órganos colegiados, por el contrario, lo único que puede hacer cada uno de los miembros para la realización del plan común es emitir su voto y, aunque quisiera, no podría realizar el hecho solo. A partir de esta observación —que es correcta— deduce esta autora que estamos ante un supuesto de imputación de conductas ajenas y que se trata de un caso especial de coautoría sin división del trabajo, como ocurre en los delitos de convergencia o en los casos de coautoría aditiva, lo que no es obstáculo alguno para afirmar la coautoría, pues la división del trabajo no es requisito de la misma, ni lo exige el § 25 I StGB, sino tan solo la forma más habitual<sup>49</sup>.

Pues bien, en mi opinión, en los casos de adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados sí puede afirmarse la actuación conjunta y la división del trabajo (entendida esta en un sentido amplio, como división de esfuerzos o de las funciones) La diferencia con los otros casos radica en que aquí es forzosa, está institucionalizada por las normas que rigen respecto de la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados. Pero el que algo sea obligatoriamente de una determinada manera no nos puede llevar a la conclusión de que no existe, sino de que existe necesariamente. Es decir, que en el seno de los órganos colegiados todos los que votan en un determinado sentido a la hora de tomar una decisión actúan conjuntamente, codeciden. Pero ello, no lo olvidemos, no nos lleva automáticamente a la afirmación de la coautoría, sino tan solo de que todos los sujetos realizan conjuntamente una intervención en el hecho al mismo nivel, que sólo posteriormente, una vez que existe el acuerdo, habrá que valorar.

b.2. ¿Intervención en fase ejecutiva? Aunque la mayoría de los defensores de la teoría del dominio del hecho no exigen este requisito, Roxín<sup>50</sup> y algunos otros autores, desde la tesis del dominio funcional, sí exigen la intervención en fase ejecutiva, precisamente para limitar la excesiva amplitud de su concepto de dominio funcional<sup>51</sup>. Si se exigiera la intervención en fase ejecutiva —como creo que debe hacerse con el concepto mucho más restrictivo de coautoría que aquí se defiende y hace también la teoría

<sup>48</sup> Kollegialorganen, 1995, 209.

<sup>49</sup> Neudecker, Kollegialorganen, 1995, 210.

<sup>50</sup> Täterschaft und Tatherrschaft, 6.ª 1994, 294.

<sup>51</sup> Cfr. al respecto Díaz y García Conlledo, La autoría en Derecho penal, 1991, 672 ss.; Pérez Alonso, La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal, 1998, 220 ss., 236.



objetivo formal— en estos casos sí se cumpliría el requisito, pero no en otros en que la votación y el acuerdo no pueden considerarse aún ejecución, sino preparación.

b.3. También se plantea Neudecker si existe aquí decisión conjunta o plan común, lo que considera especialmente problemático en las decisiones colegiales no seguidas de ejecución.

Realmente la cuestión problemática es que en estos casos coinciden la decisión conjunta y la contribución objetiva al hecho en la única conducta que realizan los que votan: la emisión del voto<sup>52</sup>. En el fondo lo que se está planteando es la necesidad de un acuerdo previo y distinto a la contribución al hecho (que es lo que sucede en los casos normales de coautoría), pues el que existe la decisión conjunta es algo en sí mismo no problemático<sup>53</sup>. Considero innecesario el acuerdo previo y distinto; basta acuerdo mínimo que puede ser tácito y simultáneo, que creo que ese mínimo se cumple con la emisión del voto en el mismo sentido que otros.

En conclusión, puede afirmarse la coautoría de los que votan a favor del acuerdo en los casos de mayoría sobrecondicionada. En los acuerdos adoptados por mayoría mínima: los problemas para la afirmación de la coautoría se ven simplificados para la mayoría de las teorías por la esencialidad de la contribución individual para que el acuerdo llegue a adoptarse. Pero de nuevo aquí lo relevante para determinar la coautoría no es la esencialidad de la contribución de cada voto individual para la adopción del acuerdo, sino la eficacia o la relevancia que éste (el acuerdo) tiene respecto del concreto tipo delictivo al que se refiere, esto es, si constituye o no realización típica y si se puede afirmar que existe dominio del hecho (del hecho típico) de los que adoptan el mismo, una vez que está ya adoptado, y no cuando emiten el voto.

1.2 Las anteriores consideraciones acerca de la coautoría se refieren a los tipos comisivos dolosos. ¿Es aplicable también la figura de la coautoría a los delitos imprudentes y a los omisivos? Ante la imposibilidad de abordar aquí la cuestión en profundidad, me limitaré a reseñar el estado de la cuestión y a manifestar mi opinión al respecto.

En cuanto a la coautoría imprudente, la doctrina alemana mayoritaria tradicionalmente ha venido rechazando esta estructura<sup>54</sup>, con el argumento de que en el ámbito de la imprudencia, por definición, no puede darse la decisión conjunta del hecho o plan común y, puesto que el elemento del plan

---

<sup>52</sup> Así también *Franke*, JZ 1982, 582.

<sup>53</sup> En este sentido también *Samson StV* 1991, 184; *Weißer Kollegialentscheidungen*, 1996, 91.

<sup>54</sup> Cfr. al respecto, *Weißer*, Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?, JZ 1998, 230ss., 231 y n. 9; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, 70 ss.

común es irrenunciable en la coautoría, ésta no es conceptualmente posible. Otros argumentos son que no hay —ni puede haber— dominio del hecho común y la falta de previsión legal de esta figura. Sin embargo, un sector minoritario, pero creciente en la doctrina la admite<sup>55</sup>. En mi opinión, debe aceptarse la estructura de la coautoría imprudente, que exigirá una actuación conjunta y codeterminación objetiva del hecho —como el criterio es objetivo no se le plantean los problemas que surgen con el del dominio del hecho— con acuerdo, que ha de referirse no al resultado típico, sino a la realización de la conducta peligrosa o descuidada que los causa; si no hay acuerdo, estaríamos ante supuestos de autoría accesoria. Es dudosa la necesidad de la infracción del deber común.

Por lo que respecta a la posibilidad de coautoría en los delitos omisivos, y especialmente en los casos de comisión por omisión, el tema ha sido muy poco tratado. Me limitaré a señalar al respecto, que la coautoría es conceptualmente posible, pero existirá sólo excepcionalmente<sup>56</sup>. En cuanto a los requisitos para su concurrencia, no considero suficiente —en contra de la posición de la doctrina mayoritaria— la exigencia de posición de garante para que la comisión por omisión, sino que ha de darse una equivalencia material con la conducta activa<sup>57</sup> y esa equivalencia determinará siempre la autoría<sup>58</sup>. Lo que quiero decir con ello es que los criterios de equivalencia que se manejan plantean la misma respecto de la conducta activa del autor, por lo tanto, su concurrencia determina no sólo la existencia de un delito de resultado en comisión por omisión, sino también la autoría, pues lo que se busca precisamente es una fórmula que permita afirmar que la omisión equivale a la realización activa del tipo por el autor; por ello, es innecesario añadir la exigencia del dominio del hecho o de la determinación objetiva del hecho. Junto a esa equivalencia o identidad estructural entre la conducta omisiva y la del autor de la conducta activa, ya específicamente para la coautoría creo que es necesario un mínimo acuerdo de omitir, pero éste no ha de adoptarse formalmente en una reunión del órgano colegiado constituido como tal. Bastaría

---

<sup>55</sup> Cfr., *Brindokat* JZ 1979, 434 ss.; *Otto* Jura, 1990, 47 ss.; *Spendel-FS* 1992, 281 ss.; *Dencker* Kausalität und Gesamttat, 1996, 174 ss.; *Weißer* Kollegialentscheidungen, 1996, 146ss.; JZ 1998, 230ss.; *Renzikowski* Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, 261, 282 ss.; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, 174 ss.

<sup>56</sup> Cfr. *Roxin*, LK 11<sup>a</sup> 1993, § 25 Rn. 215; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6<sup>a</sup> 1994, 469.

<sup>57</sup> Me sumo a la tesis de *Luzón Peña* D<sup>o</sup> Penal de la Circulación, 2<sup>a</sup> 1990, 175; *Estudios penales*, 1991, 237 ss., quien habla de la creación o el incremento del riesgo como criterio de equivalencia. Próximo a esta tesis, *Silva Sánchez* El delito de omisión, 1986, 369 ss.; *Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención*. El ejemplo del funcionario penitenciario, CPC 38 (1989), 367 ss. Cfr. también *Schunemann* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, 231 ss. y *passim*; *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, 84 ss.: "Dominio del garante sobre la causa del resultado".

<sup>58</sup> En este sentido también *Silva Sánchez*, CPC 38 (1989), 388.

con un acuerdo informal, es decir, que los sujetos se hayan puesto de acuerdo en no adoptar la medida o la decisión debida y que sólo puede adoptarse en el seno del órgano colegiado. Si no hay acuerdo alguno (ni expreso, ni tácito; ni formal, ni informal), sino que simplemente no se adoptan (por el órgano) las medidas debidas para evitar el eventual resultado lesivo, desde luego no se podría hablar de coautoría. Por último, resulta imprescindible la existencia de un deber común de actuar que sólo pueda cumplirse actuando conjuntamente. Sólo en esos casos tiene sentido hablar de coautoría<sup>59</sup>. En otros casos, por mucho que haya acuerdo de omitir, estaremos ante supuestos de autoría unipersonal. Es decir, el acuerdo de omitir por sí solo no convierte en coautores a los que lo adoptan<sup>60</sup>.

Desde luego, en los casos de decisiones de órganos colegiados se da *per definitionem* esta circunstancia: dado que es el órgano como tal —y no sus miembros individualmente considerados— el único con capacidad para adoptar acuerdos, el deber de actuar es común y sólo puede cumplirse con una actuación conjunta, por tanto, si acuerdan omitir una conducta debida y dicha omisión puede valorarse como comisión por omisión de un delito, todos los que votan a favor del acuerdo de omitir serán coautores del delito.

Otra cuestión que cabría plantearse es la de si, además del deber de actuación que compete a cada sujeto en cuanto miembro del órgano colegiado, existen otros deberes de actuación (deber de obligar a sus colegas a actuar con el fin de impedir el delito; deber de denunciar la situación; deber de articular mecanismos que obliguen a que se tome la decisión ....), que sí podrían cumplirse a título individual. Respecto de estos otros deberes, creo que estamos ante supuestos de autoría unipersonal, pero de delitos de omisión pura, en su caso (omisión del deber de impedir o denunciar delitos, omisión del deber de socorro ...).

## **2. Segundo Grupo: Acuerdos antijurídicos necesitados de posterior ejecución**

2.1. Partiendo de un concepto restrictivo de autoría y de la necesidad de intervención del coautor en la fase ejecutiva, es estos supuestos cobran especial relevancia las reflexiones iniciales: el que una serie de sujetos, miembros de un órgano colegiados, adopten un acuerdo cuya posterior ejecución es delictiva no los convierte sin más en coautores. En ese momento (el de la adopción del acuerdo) estamos aún en la fase preparatoria del delito. Si la

<sup>59</sup> Cfr., *Roxin* LK 11<sup>a</sup>, 1993, § 25 Rn.162, 215; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6<sup>a</sup>, 1994, 469 f.

<sup>60</sup> Cfr., *Jakobs* en: *Mir/Luzón* (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 93 s.

ejecución —como será lo habitual— corresponde a otros, pueden plantearse como posibles vías de articulación de la responsabilidad penal las siguientes:

La primera hipótesis es la de la coautoría mediata de los miembros del órgano colegiado: Quienes toman la decisión no ejecutan por sí mismos el hecho, sino a través de otros (la estructura empresarial en los casos de órganos colegiados de empresas, o la estructura administrativa en el caso de decisiones colegiales tomadas en el ámbito de la Administración pública), a través de los que determinan (o dominan) la producción del hecho típico<sup>61</sup>.

En principio la (co)autoría mediata será bastante fácil de fundamentar en los casos en que exista coacción o error de tipo en los ejecutores materiales, casos estos últimos que serán bastante frecuentes, sobre todo en los eslabones inferiores tanto de la estructura empresarial, como de la administrativa, cuyo conocimiento de conocimiento de la situación fáctica y jurídica es parcial.- También podría afirmarse la autoría mediata en los casos en que el sujeto “de delante” obra justificadamente, o en situación de inexigibilidad o de error de prohibición, aunque aquí la doctrina ya no es unánime.

Más problemática es la admisibilidad de esta figura en los supuestos en que el ejecutor inmediato, o su superior jerárquico subordinado a quien toma la decisión, obran dolosamente y son plenamente responsables<sup>62</sup>. Aquí, parece que —aplicando el principio de autorresponsabilidad— habría que afirmar la autoría (directa o mediata) de éstos y considerar meros partícipes (inductores o cooperadores necesarios) a quienes toman la decisión. Ahora bien, esa solución —correcta en algunos casos en que realmente el “dominio organizatorio”<sup>63</sup> no sea tan intenso y no pueda hablarse de instrumentalización alguna, porque exista una plena visión de la situación fáctica y jurídica por parte del sujeto de delante— resulta insatisfactoria en muchos otros, en los que es realmente discutible hablar de autorresponsabilidad ¿Son los eslabones intermedios realmente “plenamente responsables” y libres, cuando se

---

<sup>61</sup> Sobre la autoría mediata, cfr., entre otros, *Roxin* LK 11<sup>a</sup>, 1993, § 25 Rn. 53 ss.; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6<sup>a</sup> 1994, 141 ss., 638 ss.; *Huber*, *Die mittelbarer Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt*, 1995, passim; *Hernández Plasencia* *La autoría mediata en Derecho penal*, 1996, passim; *Schönke/Schröder/Cramer* 25<sup>a</sup> 1997, § 25 Rn. 6 ss.;

<sup>62</sup> En este sentido también, *Silva Sánchez* *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español*, en: *Silva/Figueiredo/Schünemann* (coord): *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, 1995, 369 s.; *Díaz y García Conlledo*, *Autoría mediata*, Ponencia presentada al III Congreso de estudiantes de Derecho penal, Universidad de Barcelona, 1996, 30.

<sup>63</sup> *Silva Sánchez*, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español*, en: *Silva/Figueiredo/Schünemann* (coord): *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, 1995, 371.

hallan integrados, por ejemplo, en una estructura empresarial que los somete a todo tipo de presiones, donde rige el principio de jerarquía y existe un alto grado de fungibilidad, mayor cuanto más bajo es el rango del sujeto?<sup>64</sup> Tal vez en ciertos casos podría aplicarse de la construcción del “autor detrás del autor” en el seno de aparatos organizados de poder propuesta en su día por Roxín<sup>65</sup> o una construcción similar, basada no tanto en la idea de la fungibilidad del instrumento (que es un dato más, pero no el único ni el más relevante), sino fundamentalmente en el mejor conocimiento y en el dominio y control de la organización, a través de su poder legal de mando. Ello con independencia de la responsabilidad del ejecutor inmediato<sup>66</sup>.

No obstante, ninguna de estas construcciones puede aplicarse con carácter general y al margen del caso concreto, pues dependerá de las circunstancias de éste el que podamos hablar o no de instrumentalización de otro y de dominio o determinación del hecho a través de la estructura empresarial, requisitos imprescindibles para poder hablar de autoría mediata.

2.2. Por último, quisiera tan solo apuntar que en este ámbito no podemos olvidar que la estructura de la comisión por omisión puede resultar especialmente operativa como criterio de imputación del hecho (como coautores) a los sujetos que adoptan las decisiones sin participar posteriormente en la ejecución del hecho desde una posición de superioridad jerárquica y división funcional del trabajo. Al respecto resultan especialmente esclarecedoras las aportaciones de Schünemann<sup>67</sup>, que esencialmente comparto.

Ahora bien, esto no significa aceptar la existencia de un genérico deber de garantía del empresario o del superior jerárquico, que considero inadmisibles en un Derecho penal en el que siga rigiendo el principio de responsabilidad personal y por hechos propios. La equivalencia de la omisión con la conducta activa sólo podrá afirmarse si el competente para tomar la decisión posee un efectivo dominio sobre la fuente del peligro, dominio que surge precisamente

---

<sup>64</sup> Cfr.. *Schünemann* wistra 1982, 41 ss. (= ADPCP 1988, 529ss.,533).

<sup>65</sup> GA 1963, 193 ss.; Lange-FS, 1976, 192 ss.; *Täterschaft und Taherrschaft*, 6ª 1994, .242 ss..

<sup>66</sup> En la misma línea, *Schünemann* Unternehmenskriminalität 1979, 103; *Silva Sánchez* Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español, en: *Silva/Figueiredo/Schünemann* (eds.): *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, 1995, 370 s.; *Díaz y García Conlledo*, *Autoría mediata*, Ponencia presentada al III Congreso de estudiantes de Derecho penal, Universidad de Barcelona, 1996, p. 30.

<sup>67</sup> *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, 89 ss.; 95 ss.; wistra 1982, 42 ss.. (= ADPCP 1988, 533 ss.). En el mismo sentido también *Silva Sánchez* Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español, en: *Silva/Figueiredo/Schünemann* (eds.): *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, 1995, 371 s.

de la esfera de competencia del sujeto, lo que determina que su omisión cree o incremente el riesgo del resultado en sentido normativo-social. Esto puede suceder en muchos supuestos, pero quisiera destacar, de nuevo, que habrá que comprobarlo en el caso concreto, teniendo en cuenta las competencias del sujeto, sus posibilidades de actuación y el significado material que tiene la omisión de su deber de actuación y no de forma automática, estableciendo una especie de responsabilidad objetiva de los órganos de decisión competentes para tomar las decisiones en una estructura (empresarial o administrativa) más o menos compleja.

# Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»: el caso de los delitos contra el medio ambiente<sup>1</sup>

José Manuel Paredes Castañón

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de León

## I. Introducción: los «nuevos riesgos»

1. Afirma Denninger que entre los diversos rasgos que caracterizan a la que podría llamarse «visión postmoderna del Derecho», frente a la visión clásica sobre el mismo, uno de los más llamativos es el de la «crisis generalizada de la razón práctica»<sup>2</sup>. Dicha crisis se manifiesta en la existencia de serias dudas acerca de si resulta posible establecer de forma general (como se había venido asumiendo sin discusión desde el triunfo del optimismo racionalista de la Ilustración) una coordinación adecuada entre racionalidad técnico-científica, responsabilidad ético-social y decisiones jurídicas. Concretamente, cada vez resulta más patente la discrepancia entre aquellas prestaciones que se esperan del Estado desarrollado moderno —y de su Ordenamiento jurídico— y las capacidades que dicho Estado y dicho Ordenamiento tienen realmente para satisfacerlas<sup>3</sup>.

El fenómeno tiene, ciertamente, muy diversas causas. No obstante, me interesa ahora destacar una de ellas: que, tal y como U. Beck ha puesto de manifiesto<sup>4</sup>, las sociedades capitalistas desarrolladas se configuran cada vez más como auténticas «sociedades del riesgo», en las que las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo cobran entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Texto revisado y con unas mínimas referencias bibliográficas de mi intervención en el Congreso de Alumnos de Derecho Penal de Barcelona, el día 5 de abril de 1995.

<sup>2</sup> DENNINGER, Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho postmoderno, *Doxa* 14 (1993), p. 367.

<sup>3</sup> DENNINGER, *Doxa* 14 (1993), p. 365. En el mismo sentido, HEINE, *Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente*, trad. P. M. de la Cuesta Aguado, ADPCP 1993, pp. 291-292.

<sup>4</sup> BECK, *Risikogesellschaft*, 1986.

<sup>5</sup> Sobre las implicaciones de esta concepción para el Derecho Penal, vid., fundamentalmente, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1992; el mismo, *Límites al control general de los riesgos socia-*

Piénsese tan sólo en lo que sucede ya o puede llegar a suceder en materia de tráfico rodado, consumo de productos peligrosos, biotecnología... o degradación ambiental.

Frente a esta situación, la reacción del Derecho —y también la del Derecho Penal— resulta, cuando menos, de dudosa eficacia. En concreto, los instrumentos jurídicos tradicionales (el Derecho Penal, el Derecho de la responsabilidad civil, el Derecho Administrativo sancionador) están contruidos sobre la ignorancia de datos fundamentales de esos «nuevos riesgos» a los que tienen que enfrentarse. Destacaré tan sólo los siguientes<sup>6</sup>:

- a) En primer lugar, la imposibilidad de dominar por completo en toda su dimensión espacio-temporal las consecuencias de la técnica: piénsese, si no, en los efectos de Chernobyl, o de los pesticidas químicos sobre generaciones futuras o sobre poblaciones muy distantes del lugar de los hechos.
- b) En segundo lugar, se habla ya de una auténtica «explosión de ignorancia», unida al progreso científico: cada avance técnico-científico nos descubre más aún cuánto ignoramos de los procesos naturales que cuánto hemos conseguido conocer adicionalmente.
- c) En tercer lugar, dicho progreso técnico tiene lugar en el seno de una estructura social que lo canaliza principalmente a través de organizaciones altamente especializadas, complejas y jerarquizadas: la empresa capitalista, el Estado intervencionista,... Un efecto colateral de esta característica es, por cierto, el de que el Estado no permanece ya como observador imparcial de los fenómenos sociales peligrosos, sino que toma una postura activa ante ellos, sea para reprimirlos o para fomentarlos.
- d) Todo lo anterior produce, finalmente, un efecto de ruido —en el sentido de la Teoría de la Comunicación: esto es, de obstáculo en la comunicación— que dificulta el proceso de decisión de los casos concretos, por un exceso de intereses, factores y argumentos que pretenden ser tomados en cuenta. Exceso al menos respecto a lo que la persona moral corriente (y, consiguientemente, también el juez) está acostumbrado a ponderar y a analizar en sus decisiones.

2. Los rasgos expuestos tienen, evidentemente, consecuencias importantes sobre el tratamiento jurídico de estos casos. Piénsese, en efecto, en las difi-

---

les, trad. E. Larrauri Pijoan/F. Pérez Alvarez, ADPCP 1993, 317 ss.; HILGENDORF, Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft?, NSTz 1992, pp. 10 ss.; PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, 1993; KUHLEN, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, pp. 347 ss.

<sup>6</sup> Vid. DENNINGER, Doxa 14 (1993), pp. 368-372.



cultades que ello plantea para un Derecho Penal apegado a principios de imputación tales como la limitación de la responsabilidad a lo normalmente previsible, la relevancia de los conocimientos del sujeto individual, la prueba de la relación causal, la toma en consideración de los intereses concurrentes en el caso concreto o la individualización de la responsabilidad de cada persona interviniente.

Ante esta situación, el jurista se encuentra ante el dilema de aplicar instrumentos dogmáticamente acuñados y aquilatados que aprehenden dificultosamente las nuevas realidades (con lo insatisfactorio que ello suele resultar desde el punto de vista político-criminal y de las convicciones jurídicas de la comunidad); o, por el contrario, renunciar a una aplicación estricta de los mismos, «flexibilizándolos» en beneficio de un resultado socialmente aceptable, por más que ello pueda mermar derechos fundamentales, quebrantar las reglas generales de atribución de responsabilidad y resultar de dudosa justificación desde el punto de vista de la función preventiva de las penas<sup>7</sup>.

**3.** Salir de este dilema no es, desde luego, una tarea fácil. Además, en mi opinión, ello no puede lograrse por ninguna de las dos vías extremas: porque ello sería, en la primera de las alternativas, de imposible mantenimiento en el tiempo si los «nuevos riesgos» van provocando más y más consecuencias lesivas (tristemente, las sociedades suelen preferir, como Goethe, la injusticia al desorden, y ahí están muchos ejemplos de aplicación del Derecho Penal para recordárnoslo: políticas de «seguridad ciudadana», legislaciones antiterroristas, pena de muerte,...)<sup>8</sup>; y porque, en la segunda de las alternativas, la solución se aproxima mucho a una puesta en solfa de derechos fundamentales y a una política criminal de «chivos expiatorios», que hoy debe resultarnos inaceptable.

Por ello, una solución satisfactoria y a la vez respetuosa del marco del Estado de Derecho exige más bien una combinación de viejas y de nuevas técnicas: de un lado, una aplicación ajustada pero que no se desvíe de su esencia de las reglas generales de la imputación jurídico-penal; de otro, la utilización de nuevas —y no tan nuevas— figuras delictivas (como son los delitos de omisión propia, los delitos de peligro, los delitos especiales...).

**4.** Veremos a continuación un ejemplo concreto, muy significativo y muy práctico al tiempo, de los desafíos que los «nuevos riesgos» plantean al Derecho Penal. Se trata, en concreto, del caso de la delincuencia medioambiental, tan

---

<sup>7</sup> Vid., en el mismo sentido, HASSEMER, Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno (trad. E. Larrauri), ADP 1992, pp. 244-246.

<sup>8</sup> SCHÜNEMANN, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, pp. 207-210.

importante hoy desde el punto de vista de su frecuencia criminológica y en vista de la creciente alarma social que genera<sup>9</sup>. Y lo veremos, precisamente, considerando cómo están resolviendo de hecho hasta ahora tanto el legislador como los jueces españoles los problemas y desafíos a los que antes he hecho referencia. En este sentido, consideraré tan sólo, junto con el tenor literal de los arts. 325-331 CP, las cinco sentencias que el TS ha dictado en materia de delincuencia medioambiental hasta la fecha: a saber, las STS 30-11-1990 (A. 9269), 11-3-1992 (A. 4319), 5-10-1993 (A. 7694), 26-9-1994 (A. 7194) y 3-4-1995 (A. 2808)<sup>10</sup>.

## II. Ejemplificación: los delitos contra el medio ambiente

1. Un primer punto problemático resulta ser en esta materia el de la caracterización del resultado lesivo (y, en definitiva, de la lesión del bien jurídico protegido). En efecto, a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos de realización de «nuevos riesgos», aquí —pero no sólo aquí— aquello que se lesiona resulta ser de difícil tangibilidad y perceptibilidad: el «medio ambiente», como la «seguridad del tráfico» o la «salud pública», y tal vez más que ellos, es un bien jurídico eminentemente «funcional», en el sentido de que posee sentido tan sólo por referencia a otros bienes e intereses (la vida, la salud, las condiciones higiénicas de vida, la preservación de los bienes,...)<sup>11</sup>. Este hecho condiciona en buena medida la forma en que puede tipificarse una conducta atentatoria al bien jurídico «medio ambiente». Así, dicho bien se configura como un núcleo de protección previo al de otros bienes jurídicos individuales o colectivos de valor intrínseco: en definitiva, como una fórmula de tutela anticipada (la lesión del equilibrio ambiental pone ya en peligro la vida, la salud,...) o como una fórmula de tutela oblicua la lesión del equilibrio ambiental afecta sustancialmente a la higiene, a la calidad de los bienes,...)<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Vid. BACIGALUPO, La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente, EPenCr V (1980-1981), pp. 191 ss.

<sup>10</sup> Para la jurisprudencia de los tribunales inferiores, vid. VERCHER NOGUERA, Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente, APen 1995-I, pp. 35 ss.; PEREZ DE-GREGORIO, Jurisprudencia penal medioambiental, LL 1995-IV, pp. 965 ss.; el mismo, Jurisprudencia penal medioambiental (II), LL 1996-II, pp. 1678 ss.

<sup>11</sup> Se sigue aquí una línea similar a la de JAKOBS, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, ZStW 97 (1985), pp. 773-783; el mismo, Derecho Penal. Parte General, trad. J. Cuello Contreras/J. L. Serrano González de Murillo, 1995, pp. 58-59; KINDHÄUSER, Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal económico, trad. F. Molina Fernández, en VV.AA., Hacia un Derecho Penal económico europeo, 1995, pp. 444-451, que pretenden conectar la protección a través de bienes jurídicos «funcionales» con la propia de los bienes jurídicos básicos, vinculados a derechos subjetivos.

<sup>12</sup> Por otra parte, esta condición «funcional» del bien jurídico medio ambiente viene determinada en buena medida por la base constitucional del mismo (el art. 45 CE recoge también una visión señaladamente antropocéntrica del medio ambiente:

Dicha configuración plantea al menos dos problemas de importancia. En primer lugar, el de la conexión entre bien jurídico «funcional» y bienes jurídicos de referencia: en nuestro caso, la condición «funcional» del bien jurídico medio ambiente deberá llevar a contemplar el mismo esencialmente desde una perspectiva netamente antropocéntrica, y no biocéntrica<sup>13</sup>; y, por ello, en tal sentido habrá de ser interpretado el tipo.

En segundo lugar, esa naturaleza del bien jurídico protegido plantea ciertos problemas a la hora de caracterizar el resultado del delito. En efecto, en el caso de nuestros arts. 325, 328 CP parece que el resultado tipificado en el mismo («*que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*», «*que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas*») se balancea indeciso entre el delito de peligro y el delito de lesión. Es cierto que tanto la

---

RODRIGUEZ RAMOS, Protección penal del ambiente, en COBO DEL ROSAL (dtor.), Comentarios a la legislación penal, I, 1982, pp. 261-262; DE VEGA RUIZ, El presente y futuro del delito ecológico, LL 1992-I, p. 1037; RODAS MONSALVE, Protección penal y medio ambiente, 1993, pp. 38-39); y, en definitiva, por lo que constituye hasta ahora el consenso social sobre el tema (consenso sin duda dinámico y que, como consecuencia del influjo de las ideas y de los debates ecologistas, cada vez avanza más claramente hacia otra visión más biocéntrica). Así, por ejemplo, difícilmente podría sostenerse hoy en nuestra sociedad que la destrucción de determinadas especies vegetales, cuando ello sólo afecte a la biodiversidad, pero no al equilibrio de los ecosistemas o a la calidad de vida, deba constituir un delito; lo que, desde luego, no significa que en un futuro no muy lejano ello no deba llegar a suceder.

<sup>13</sup> BACIGALUPO, EPenCr V (1980-1981), p. 200; R. RAMOS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, I, 1982, p. 273; el mismo, Alternativas de la protección penal del medio ambiente, CPC 1983, pp. 138-139; el mismo, Delitos contra el medio ambiente, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, V, 1985, pp. 829-830; DE LA CUESTA ARZAMENDI, Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente, DJ 37-40 (1983), pp. 882-883; PRATS CANUT, Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980, LH-Pérez-Vitoria, 1983, pp. 751, 752-753; PERIS RIERA, La primera sentencia por delito ecológico, PJ 11 (1988), p. 96; BUSTOS RAMIREZ, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 2ª ed., 1991, p. 260; MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Derecho Penal y protección del medio ambiente, 1992, p. 45 (cfr., sin embargo, pp. 54-55); RODAS MONSALVE, Protección penal, 1993, pp. 97-101; RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, Derecho Penal español, Parte Especial, 17ª ed., 1994, pp. 1104-1105; BOIX, en ORTS BERENQUER (coord.), Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, 1994, p. 159; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en VIVES ANTON (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, II, 1996, pp. 1592-1593; CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL (dtor.), Manual de Derecho Penal (Parte Especial), IV, 1994, pp. 179-180; DE VEGA RUIZ, El delito ecológico, 2ª ed., 1994, p. 32; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 11ª ed., 1996, p. 502.

doctrina<sup>14</sup> como la jurisprudencia<sup>15</sup> vienen entendiendo (ya con la regulación anterior, del art. 347 bis CP-1944) que se trata más bien de un delito de peligro —de peligro concreto—. No obstante, dicha caracterización no deja de tener sus problemas: de legitimidad, en cuanto a la conveniencia de anticipar, a través de la técnica de los delitos de peligro, aún más —respecto de la anticipación presupuesta por el propio bien jurídico «funcional»— y de forma indiscriminada la intervención penal<sup>16</sup>; pero también de aplicabilidad dogmática, puesto que dificulta una configuración más clara de la relación de imputación entre resultado —de peligro— y acción típica, así como la cuestión concursal (en el caso de que se produzcan muertes o lesiones, ¿debería seguirse castigando por los arts. 325, 328 CP? ¿violaría o no esta solución el principio *non bis in idem*?)<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> R. RAMOS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, V, 1985, p. 837; el mismo, en LOPEZ BARJA DE QUIROGA/R. RAMOS (coords.), Código Penal, 1990, p. 653; BELTRAN BALLESTER, El delito ecológico, PJ esp. IV (1988), p. 97; PERIS RIERA, PJ 11 (1988), p. 97; VERCHER NOGUERA, El delito ecológico: aplicación y problemas prácticos, LL 1989-IV, p. 967; el mismo, APen 1995-I, p. 42; BUSTOS RAMIREZ, PE, 1991, pp. 261-262; MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Medio ambiente, 1992, pp. 256-257; QUERALT I JIMENEZ, Derecho Penal español, Parte Especial, 2ª ed., 1992, p. 481; DE VEGA RUIZ, LL 1992-I, p. 1037; el mismo, Delito ecológico, 1994, p. 23; RODAS MONSALVE, Protección penal, 1993, pp. 238-240; R. DEVESA/SERRANO GOMEZ, PE, 1994, p. 1108 (aunque sólo respecto de lo que consideran como primera modalidad típica, y no respecto de la segunda —así, p. 1109—); BOIX, en ORTOS BERENGUER (coord.), PE, 1994, pp. 162-163; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en VIVES ANTON (coord.), Comentarios, II, 1996, p. 1598; CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL (dtor.), PE, IV, 1994, p. 191; DE LA CUESTA AGUADO, Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, 1995, pp. 110-111 (combinación de delito de peligro concreto y delito de peligro abstracto); LUZON CUESTA, Delitos de riesgo en general, EJBCiv, 1995, p. 2083; PEREZ DE-GREGORIO, LL 1995-IV, p. 966 (al tiempo, delito de peligro concreto y abstracto); LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN, El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, 1996, p. 159 (que lo interpretan, incluso, como un delito de peligro abstracto); MUÑOZ CONDE, PE, 1996, p. 505 («delito de peligro hipotético», entre el peligro abstracto y el concreto); PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 1996, p. 874 (delito de peligro abstracto y concreto).

<sup>15</sup> Así, expresamente, las STS 5-10-1993, 3-4-1995.

<sup>16</sup> Así, JAKOBS, PG, 1995, pp. 58-59: aquella anticipación de la tutela que resulta ilegítima para los bienes jurídicos de referencia lo es igualmente para el bien jurídico funcional.

<sup>17</sup> Vid., al respecto, la posición negativa de PERIS RIERA, Delitos contra el medio ambiente, 1984, p. 33; R. RAMOS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, V, 1985, p. 842; BELTRAN BALLESTER, PJ esp. IV (1988), pp. 102-103; TERRADILLOS BASOCO, El ilícito ecológico: sanción penal y sanción administrativa, en el mismo (ed.), El delito ecológico, 1992, p. 96; RODAS MONSALVE, Protección penal, 1993, pp. 345-348. Afirma existencia de un concurso de leyes, para evitar la violación del principio *non bis in idem*, MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Medio ambiente, 1992, pp. 284-285.

En este sentido, probablemente la solución más adecuada sería la de reconocer plenamente la entidad propia que han alcanzado ya hoy los bienes jurídicos que antes denominé «funcionales», y tipificar como auténticos delitos de lesión los más graves atentados a los mismos<sup>18</sup>. Reservando, por lo tanto, la técnica de los delitos de peligro, concreto o abstracto, para lo que fueron concebidos, esto es, para anticipar aún más la protección: por ejemplo, parece que ciertas conductas contaminantes deberán ser castigadas autónomamente (y con independencia de que concorra dolo en ellas) incluso cuando no lleguen a generar daño ambiental alguno (emisión de sustancias radioactivas, de gases altamente tóxicos,...). Para el resto de los casos, la punición conforme a las reglas generales de los delitos de resultado de lesión (exigencia de afectación real del bien jurídico, limitación de la punición a la tentativa dolosa,...) parece suficiente.

2. En segundo lugar, aparece también en el caso de los delitos contra el medio ambiente un problema común a muchos de los «nuevos riesgos»: el de la prueba de la relación de causalidad entre acción típica y resultado lesivo<sup>19</sup>. Efectivamente, en la medida en que en muchos de estos «nuevos riesgos» se actúa bajo condiciones de elevada incertidumbre la aplicación de los principios probatorios habituales en el proceso penal resulta problemática<sup>20</sup>. De otra parte, parece (aunque ello es aún objeto de debate) que muchos de los procesos desarrollados en el seno de los ecosistemas no responden a los modelos causales tradicionales, de signo mecanicista, que nos han venido sirviendo para conectar, por ejemplo, el disparo o la puñalada con la muerte; al contrario, se diría que en dichos procesos se producen fenómenos de acumulación, adición y sinergia causal difícilmente explicables en términos mecanicistas<sup>21</sup>.

Ambos datos crean, naturalmente, dificultades importantes a la práctica del proceso penal. Los tribunales han optado en muchas ocasiones por

---

<sup>18</sup> Vid. así ya PAREDES CASTAÑÓN, Sobre algunos problemas dogmáticos que plantea la punición de los delitos contra el medio ambiente, en VV.AA., La protección penal del medio ambiente, 1990, pp. 146-147. En el mismo sentido, R. RAMOS, en LOPEZ BARJA DE QUIROGA/R. RAMOS (coords.), Código Penal, 1990, p. 654.

<sup>19</sup> Vid., sobre todo lo que sigue, PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRIGUEZ MONTAÑES, El «caso de la colza», 1995, pp. 49 ss., con ulteriores referencias. Cfr. igualmente SAMSON, Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht, ZStW 99 (1987), pp. 617 ss.; KLEINE-KOSACK, Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht, 1988, passim; DE LA CUESTA AGUADO, Causalidad, 1995, passim.

<sup>20</sup> Cfr., desde la perspectiva práctica, VERCHER NOGUERA, LL 1989-IV, pp. 967, 968-969; el mismo, APen 1995-I, p. 40.

<sup>21</sup> VERCHER NOGUERA, LL 1989-IV, p. 969. Vid. al respecto, introductoriamente, SAMSON, ZStW 99 (1987), p. 618; DE LA CUESTA AGUADO, Causalidad, 1995, pp. 88-89.

«flexibilizar» los criterios de prueba de la causalidad, acudiendo a lo que —en otro contexto— Hassemer ha denominado fórmula de la *black box*<sup>22</sup>: a saber, determínese la existencia de *inputs* en el curso fáctico que sean procedentes de una acción humana, y también la existencia de un *output* lesivo para el bien jurídico; entonces, déjese a un lado la cuestión de qué sucedió realmente entre ambos hechos y, si no se posee otra explicación más plausible, afirmese sin más la existencia de relación de causalidad entre el *input* y el *output*.

Se ve en esto de nuevo con claridad el dilema entre necesidades político-criminales y criterios dogmáticos (y, aquí, también la salvaguardia de los derechos fundamentales). Al respecto, opino que el dilema no posee más que una solución legítima: la compatibilización del desarrollo de investigaciones acerca de este nuevo tipo de fenómenos causales (en la medida en que los intereses en juego lo hagan deseable, jugando aquí, pues, un importante papel el principio de oportunidad), con un respeto estricto tanto a las exigencias epistemológicas para el establecimiento de relaciones causales como a las condiciones procesales para su prueba (rechazando, por lo tanto, la fórmula de la *black box* en todas sus manifestaciones).

Ahora bien, hay que admitir que, pese a todo, es perfectamente imaginable que algunos casos queden sin aclaración desde el punto de vista causal. Y entonces habrá que plantearse la posibilidad de crear para ellos otras figuras delictivas (y no la de desvirtuar las ya existentes): delitos de peligro, como antes indiqué, pero también delitos de mera actividad, en los que no se exija un resultado lesivo para la plena punición<sup>23</sup>. En este sentido, de especial importancia pueden resultar los delitos de omisión propia: en concreto, parece muy conveniente convertir en delictivas las conductas de determinados sujetos (básicamente, directores de organizaciones o técnicos de las mismas) que incumplan flagrantemente sus deberes de control y dirección en relación con actividades potencialmente peligrosas para el medio ambiente.

Finalmente, algún sector doctrinal —voces aisladas, hasta ahora<sup>24</sup>— han planteado ya la idea de que en ciertos ámbitos (y el que ahora nos ocupa sería

---

<sup>22</sup> HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, p. 38; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, 1995, p. 144.

<sup>23</sup> HEINE, *ADPCP* 1993, p. 298.

<sup>24</sup> OTTO, *Kausal diagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht*, *Maurach-Fest.*, 1972, pp. 91 ss., *passim*; el mismo, *Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten*, *NJW* 1980, pp. 417 ss., *passim*; PUPPE, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit*, *ZStW* 95 (1983), pp. 286 ss., *passim*; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, 2ª ed., 1984, p. 95; LAMPE, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion*, *Armin Kaufmann-Gs.*, 1989, pp. 189 ss., *passim*; BUSTOS RAMIREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., 1994, pp. 243-245.

uno de ellos) tal vez haya que dar paso a nuevas formas de imputación de resultados, alejadas de la tradicional basada en la relación de causalidad. Antes que nada, y frente al posible escándalo que estas ideas pueden generar en el pensamiento jurídico tradicional, hay que advertir que tales formas novedosas de imputación no lo son tanto: en la Dogmática penal imperante, se admite ya al menos una, la correspondiente a la comisión por omisión. Más discutible es, por supuesto, si dichas formas de imputación (sobre la base del incremento del riesgo o fórmulas similares) deben generalizarse o, al menos, extenderse a grupos enteros de delitos. Sobre ello falta, desde luego, un debate suficiente, de legitimidad, de conveniencia político-criminal y de aplicabilidad dogmática.

3. Otro problema que se plantea también en los delitos contra el medio ambiente es el de la determinación de las posiciones de autoría<sup>25</sup>. En efecto, como antes indicaba, es corriente que esta especie de delitos sea realizada a través de organizaciones —Estado, empresa—; y en ellas la delimitación de las esferas de responsabilidad individual (esto es, de los ámbitos a los que afecta el deber individual de control de riesgos de un sujeto concreto) suele resultar problemática, puesto que todas las intervenciones humanas están programadas como un sistema interrelacionado.

No voy a profundizar más en este tema, porque no es un problema específico de los delitos derivados de «nuevos riesgos», sino al menos de toda la delincuencia empresarial. No obstante, sí que deseo hacer al menos dos observaciones. En primer lugar, que como ya he afirmado en otro lugar, creo que es posible conjugar en muchos casos las peculiaridades de las realidades criminales organizadas (lo que Lampe ha denominado recientemente «sistemas de injusto»)<sup>26</sup> con las reglas normales de delimitación de la responsabilidad entre autores, partícipes e intervinientes que obran atípicamente, sin necesidad de crear nuevas figuras delictivas (que, sin embargo, a veces son totalmente inevitables). Y, en segundo lugar, que la aplicación automática del art. 31 CP para hacer «único responsable» de lo sucedido en la organización (así, la STS 30-11-1990)<sup>27</sup>, descartando con ello la aplicación de las reglas generales sobre autoría y participación, significa una solución que, al tiempo, es simplista, político-criminalmente contraproducente (al no investigar la posible responsabilidad penal de otros sujetos integrados en la estructura organizativa) y, sobre todo, contraria al tenor literal de dicha disposición legal<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Sobre lo que sigue, vid. PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/R. MONTAÑÉS, Colza, 1995, pp. 133 ss.

<sup>26</sup> LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, ZStW 106 (1994), pp. 683 ss., passim.

<sup>27</sup> Afirma, sin embargo, VERCHER NOGUERA, APen 1995-I, pp. 42-43, que tal aplicación automática no es la regla general en la jurisprudencia de los tribunales inferiores.

<sup>28</sup> Vid., por todos, GRACIA MARTIN, El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, II, 1986, p. 106. En el mismo sentido, PRATS CANUT, LH-Pérez-Vitoria, 1983, p. 759.

4. Me interesa más ahora, por el contrario, detenerme en una última cuestión: a saber, la de la relación entre tipo penal y normativa administrativa; o, más en general, entre tipificación penal de conductas y los límites a la misma a través de la institución —sin duda polémica en cuanto a su naturaleza dogmática<sup>29</sup>— del riesgo permitido. Pues, en efecto, tal y como antes indiqué, uno de los rasgos más característicos de los «nuevos riesgos» es el de la falta de neutralidad del Estado (concretamente, de la Administración) ante los mismos: al contrario, existe casi siempre una amplia panoplia de normativa administrativa reguladora de la materia, que pretende discriminar entre conductas aceptables y aquellas otras que deben ser consideradas ilícitas<sup>30</sup>.

Pues bien, este hecho plantea varios problemas adicionales a la intervención del Derecho Penal en estos ámbitos. En primer lugar, la existencia de esta normativa administrativa hace casi imposible, en muchas ocasiones, describir la conducta penalmente típica sin referirse a la consideración que la misma le merezca al Derecho Administrativo. Así lo hacen, por ejemplo, en materia de medio ambiente, los arts. 325, 333, 334 CP. Pero es que, aunque no existiese una referencia expresa, la toma en consideración sería ineludible. Por esta vía, por lo tanto, penetran en este campo los arduos problemas de las normas penales en blanco (acrecentados en un campo en el que se entrecruzan las normas y actuaciones de diversas administraciones), en relación con el respeto al principio de legalidad penal (¿qué ocurre cuando las normas de referencia, como sucede en nuestro caso, son con frecuencia meramente reglamentarias?)<sup>31</sup> y con el grado de conocimiento que debe poseer el sujeto actuante para que no haya que considerar que obraba en error (y después habrá que decidir ante qué clase de error nos encontramos)<sup>32</sup>.

En segundo lugar, otro problema que se plantea —y que aparecía precisamente en el caso al que vengo haciendo referencia— es el de la discrepancia entre normas y actos administrativos de autorización, o entre las normativa administrativa y la penal, o entre la normativa administrativa y las exigencias de protección del bien jurídico<sup>33</sup>. De hecho, estas posibles discrepancias no

<sup>29</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, 1995, *passim*.

<sup>30</sup> Vid. HEINE, *ADPCP* 1993, pp. 292-293.

<sup>31</sup> Vid. GONZALEZ GUITIAN, *Sobre la accesoriedad del Derecho Penal en la protección del ambiente*, *EPenCr XIV* (1989-1990), pp. 124-125; COLAS TUREGANO, Art. 347 bis. *¿Ruptura con el principio de legalidad?*, *PJ* 26 (1992), pp. 213 ss., *passim*; RODAS MONSALVE, *Protección penal*, 1993, pp. 216 ss.; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en VIVES ANTON (coord.), *Comentarios*, II, 1996, pp. 1594-1595; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *Comentarios*, 1996, pp. 868-871. Y, muy especialmente, la STC 127/1990, de 5 de julio (B.O.E. núm. 121, de 30-7-1990).

<sup>32</sup> Vid., por todos, LUZON PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, 1996, pp. 355-356, 447-450, con ulteriores referencias.

<sup>33</sup> Sobre lo que sigue, vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del «caso de la colza»*, *PJ* 33 (1994), pp. 421 ss., *passim*.



son un simple problema teórico, sino que marcan profundamente la realidad práctica de la delincuencia ambiental. Y ello, porque la Administración ya no puede seguir siendo considerada como el tradicional «Estado gendarme» del liberalismo, sino que es un actor social más, con sus propios intereses y pretensiones. Y, en esta medida, sus disposiciones no siempre cumplen acertadamente con las condiciones indispensables para la protección de un bien constitucionalmente reconocido, como es el del medio ambiente<sup>34</sup>. En este sentido, me parece ejemplar (por respetuosa con la prioridad del principio de constitucionalidad sobre los intereses administrativos y sobre otros principios formales de interpretación del Ordenamiento) la decisión de la STS 30-11-1990: en efecto, en materia penal la normativa administrativa —y más aún los meros actos de la Administración— es tan sólo una normativa de referencia, pero la prioridad ha de ser dada a la protección del bien jurídico; de modo que, allí donde el Derecho Administrativo, por las razones que sea (negligencia o interesado abandono), incumpla con las exigencias de protección antes mentadas, ello no podrá ser óbice para que la intervención penal sea legítima<sup>35</sup>.

En el caso de las normas administrativas (no en el de los meros actos, a los que sí que les es aplicable<sup>36</sup>, como ocurrió en la sentencia comentada), esta solución choca hoy, sin embargo, con la realidad de la expresa disposición del art. 325 CP de que las conductas de emisiones o vertidos sólo serán típicas cuando se realicen «*contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*». Por ello, me parece que la existencia de este elemento penal en blanco provoca más bien un efecto distorsionante sobre el proceso de determinación de lo que debe ser el riesgo permitido en este ámbito, al vincularlo a normas que no siempre son legítimas ni adecuadas<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> VERCHER NOGUERA, LL 1989-IV, p. 969; el mismo, APen 1995-I, pp. 37-40; HEINE, ADPCP 1993, pp. 303-304, 311-312; PEREZ DE-GREGORIO, LL 1995-IV, p. 968; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), Comentarios, 1996, pp. 880-882.

<sup>35</sup> En el mismo sentido, PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), Comentarios, 1996, p. 877. Dicha intervención podrá llegar incluso, en ocasiones, hasta la atribución de responsabilidad penal al funcionario(s) responsable(s) de la negligencia u omisión que ha hecho posible el acto lesivo para el medio ambiente: cfr., al respecto, MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Medio ambiente, 1992, pp. 223-227; DE VICENTE MARTINEZ, Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente, 1993, passim.

<sup>36</sup> GONZALEZ GUITIAN, EPenCr XIV (1989-1990), pp. 121-123; MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Medio ambiente, 1992, p. 133.

<sup>37</sup> De otra opinión, en principio, GONZALEZ GUITIAN, EPenCr XIV (1989-1990), p. 118; MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Medio ambiente, 1992, pp. 130-135 (con reparos de orden práctico); HEINE, ADPCP 1993, pp. 308-309; DE LA CUESTA AGUADO, Causalidad, 1995, pp. 132-134 (aunque reconociendo la ineficacia práctica del sistema adoptado legalmente). Expresa sus dudas al respecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI, La ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente, CPC 1982, pp. 660-661.

Opino, por el contrario, que la solución correcta al problema del riesgo permitido en ámbitos en los que, como el que examinamos, concurren muy diversos intereses contrapuestos (de modo que no es posible afirmar sin más que toda conducta peligrosa o lesiva para el medio ambiente resulta antijurídica), estriba más bien en la realización por parte de los jueces de procesos de ponderación de todos los intereses, conforme a criterios racionales de ponderación. Concretamente, en otro lugar me he pronunciado en el sentido de propugnar que en esa ponderación se tengan muy en cuenta, una vez salvaguardados ya unos núcleos mínimos de protección de todos los intereses contrapuestos (la esencia del bien jurídico medio ambiente —art. 45 CE—, pero también el «contenido esencial» —art. 53.1 CE— del derecho a la propiedad privada —art. 33 CE— y de la libertad de empresa —art. 38 CE—), criterios de racionalidad práctica, esto es, de eficiencia (a través de análisis coste/beneficio y coste/eficiencia)<sup>38</sup>. Pues, a mi entender, una vez preservada la esencia de cada uno de los intereses en juego, estimables todos ellos desde la perspectiva constitucional, el problema de decidir si una actividad o una conducta concretas deben entrar dentro de lo que el art. 325 CP ha descrito como «*posibilidad de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*» no puede depender sólo del grado de probabilidad de la lesión<sup>39</sup>, ya que la protección del medio ambiente no puede ser ilimitada, sino también —y muy especialmente— del grado de aceptación en la conciencia jurídica de la comunidad de tales hechos; grado de aceptación que sin duda tiene mucho que ver con la utilidad social de los mismos, esto es, con sus costes y con sus beneficios<sup>40</sup>.

Lo dicho no significa, naturalmente, que la legislación administrativa no pueda tener ningún papel en la materia. Posee, desde luego, al menos una función esencial, la de promover la seguridad jurídica (valor esencial de nuestro Ordenamiento, a tenor del art. 9.3 CE): en la medida en la que las conductas permitidas y no permitidas están expresamente definidas en normas administrativas, el ciudadano tiene menos dificultades para reconocer sus deberes y sus facultades; y, *a contrario*, cuando tal regulación administrativa no existe puede ser frecuente que el ciudadano —aunque ello no será igual para todos: el peón o el director— se encuentre prácticamente incapacitado para reconocerlos (surgiendo por lo tanto problemas de error, de tipo o de prohibi-

<sup>38</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN, El límite entre la imprudencia y el riesgo permitido: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?, ADP 1995 (en prensa).

<sup>39</sup> Cfr., sin embargo, PEREZ DE-GREGORIO, LL 1996-II, p. 1678; LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN, Voluntad del legislador, 1996, p. 159.

<sup>40</sup> Por esta vía es posible resolver también mejor (más flexiblemente), a mi entender, el problema (destacado por HEINE, ADPCP 1993, p. 299) de la adaptación del Derecho Penal al cambiante curso de las regulaciones jurídicas y de las concepciones sociales sobre el tema.

ción según los casos, y a veces de franca ausencia de cognoscibilidad, del riesgo y/o de la prohibición del mismo)<sup>41</sup>. Pero lo que pretendo poner de manifiesto es que, contra lo que sucede hoy en el caso de nuestro art. 325 CP, dicha función debería ser meramente indicativa, no vinculando absolutamente la tipicidad penal a normas administrativas que no siempre resultan ser tan irreprochables en sus objetivos y en su contenido como en un principio se podría suponer. Una ponderación autónoma realizada por los jueces penales tiene, en este sentido, innegables ventajas<sup>42 43</sup>.

5. No quiero acabar sin decir siquiera una palabra más, acerca del dolo: creo que puede imaginarse sin mucha dificultad lo problemática que resulta la aplicación del concepto tradicional de dolo (en cualquiera de sus formulaciones, volitiva o meramente cognoscitiva) a tipos penales como los descritos<sup>44</sup>. Con

<sup>41</sup> GONZALEZ GUITIAN, EPenCr XIV (1989-1990), p. 132; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), Comentarios, 1996, p. 877.

<sup>42</sup> Vid., ya en el mismo sentido, PAREDES CASTAÑÓN, en VV.AA., Protección penal, 1990, p. 147. En sentido similar, MESTRE DELGADO, Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal, ADPCP 1988, pp. 523-527; PRATS CANUT, Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente, en VV.AA., Protección penal, 1990, pp. 70-71; el mismo, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), Comentarios, 1996, pp. 872-873; PEREZ DE-GREGORIO, LL 1995-IV, p. 968; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en VIVES ANTON (coord.), Comentarios, II, 1996, pp. 1598-1599.

<sup>43</sup> Por otra parte, la solución legislativa adoptada no afecta tan sólo a la propia valoración de la conducta en sede de injusto, sino que incide necesariamente también en la propia relación procesal entre proceso penal y expediente sancionador administrativo. Desde este punto de vista, me parece que R. RAMOS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, V, 1985, pp. 842-843; PEREZ DE-GREGORIO, LL 1995-IV, pp. 968-969, han apuntado muy bien cuál es la solución más correcta: en efecto, es preciso hacer efectiva la teórica preeminencia de la vía jurisdiccional penal sobre los restantes mecanismos sancionadores y rechazar la existencia de un *bis in idem* en aquellos casos en los que no sea posible afirmar una identidad absoluta (de objeto y de *ratio* teleológica) entre las pretensiones penales y administrativas al respecto, que obviamente impediría proseguir con la persecución penal. Lo cual no es óbice para que, como apunta R. RAMOS, *ibid.*, el juez penal no tenga en cuenta, en sede de determinación de la pena (lo que significa: tomando en consideración las necesidades preventivas existentes en el caso concreto), el hecho de que haya recaído ya por el mismo hecho una sanción administrativa.

<sup>44</sup> De cualquier forma, me he pronunciado ya a favor de la punición de la comisión imprudente en estos delitos en PAREDES CASTAÑÓN, en VV.AA., Protección penal, 1990, p. 149. En el mismo sentido, R. RAMOS, Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente (Arts. 323 a 325 del Proyecto), en VV.AA., La reforma penal y penitenciaria, 1980, p. 481; el mismo, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, I, 1982, p. 277; el mismo, CPC 1983, pp. 146-147; el mismo, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, V, 1985, pp. 838-839; MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Medio ambiente, 1992, p. 280; RODAS MONSALVE, Protección penal, 1993, p. 343; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en VIVES ANTON (coord.), Comentarios, II, 1996, p. 1599; LOPEZ GARRIDO/G. ARAN, Voluntad del legislador, 1996, p. 159.

dificultades para determinar el momento de la lesión del bien jurídico, con falta de claridad en cuanto a los procesos causales, con fragmentación de funciones y de responsabilidades entre múltiples sujetos, con concurrencia de intereses contrapuestos que dificultan la determinación de lo penalmente típico; con todo ello, en muchas ocasiones resulta altamente improbable poder determinar, y además probarlo, en qué consiste el dolo. En este sentido, las nuevas tendencias dogmáticas se orientan a restringir, de una parte, el objeto del mismo, reduciendo con ello aquello que el sujeto ha de conocer para ser sancionado a título de dolo<sup>45</sup>; y, de otra, a limitar la relevancia de ciertos errores, considerados «irracionales», cuando el sujeto no tuviese motivo racional alguno para confiar en que su conducta no iba a resultar peligrosa<sup>46</sup>. No obstante, la discusión acerca de las auténticas consecuencias de estas tendencias está aún en sus comienzos.

### III. Conclusión

Con lo dicho hasta aquí creo que será suficiente para comprender la amplitud de los problemas a los que se enfrentan el legislador, el juez y el intérprete en el ámbito de casos que al comienzo calificué como de «nuevos riesgos». En este sentido, debemos reconocer, para terminar, que ciertamente la construcción de la responsabilidad penal por imprudencia o por actividades peligrosas no fue pensada en principio para este tipo de fenómenos. Y, sin embargo, como ya dije en un principio, me parece que no tenemos alternativa: entre la injusticia (pérdida de garantías formales, injusticia en la imputación) y el desorden (impunidad de conductas altamente peligrosas o lesivas), tenemos que optar por la tercera vía, una combinación de sabios principios tradicionales de nuestra Dogmática penal y de figuras delictivas novedosas.

---

<sup>45</sup> Ejemplar al respecto es el trabajo de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983. Me adhiero a esta tendencia en PAREDES CASTAÑÓN/DE VICENTE REMESAL/DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Argumentación y prueba en la determinación del dolo*, PJ 1995 (en prensa). En materia de medio ambiente, realiza alguna sugerencia en este sentido, R. RAMOS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *ComLP*, V, 1985, p. 838.

<sup>46</sup> Vid., por ejemplo, RODRIGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, pp. 62-64.

# **Algunas consideraciones sobre Informática y Derecho penal. El caso de la estafa informática**

Ricardo M. Mata y Martín  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid

## **I. Introducción**

### **1. Objeto de este trabajo**

Con las palabras que siguen únicamente se pretende un acercamiento general a aquellas conductas, relacionadas con la informática, que desde la óptica penal poseen significación. Algunas de ellas ya se encontraban en la regulación penal con anterioridad al nuevo CP español (en adelante CPE. Otras se han introducido con el CP de 1995, que sobretodo ha venido a precisar las conductas objeto de atención jurídico-penal, refiriéndose expresamente el nuevo texto legal en distintas ocasiones a los medios informáticos y sus aplicaciones a lo largo de su articulado.

La ocasión que amablemente se me brinda para participar en la Revista “Documentos penales y criminológicos”, hace conveniente también tratar de referirnos igualmente al Proyecto de Código penal de la República Nicaragüense (en los sucesivos PCPRN), en este momento en proceso de tramitación parlamentaria, pues en definitiva esta realidad —aparte diferencias no sustanciales de derecho positivo— es la misma “allende y aquende el Océano”, como decía Miguel de UNAMUNO<sup>1</sup> para el caso de la república de nuestras letras.

### **2. Cara y cruz de la informática**

- a) Los cambios sociales provocados por las tecnologías de la información resultan decisivos en todos los ámbitos y por supuestos también tienen su

---

<sup>1</sup> *Algunas consideraciones sobre la literatura hispanoamericana*, Colección Austral, Espasa-Calpe, Madrid 1968, p. 73. Como se puede apreciar el comienzo del título de la obra de UNAMUNO sirve también como inspiración del de este trabajo.

repercusión en el campo del Derecho penal. Las inmensas posibilidades que abren las nuevas tecnologías, evitando al ser humano cierto tipo de tareas más mecánicas<sup>2</sup>, supone como señala SIEBER<sup>3</sup> unos cambios más radicales que los que introdujo la revolución industrial del siglo XIX con la sustitución del trabajo físico de los hombres por el de las máquinas. Los avances de la informática sitúan al Derecho penal ante problemas nuevos, o ante problemas que debe abordar con una nueva visión de los mismos.

Las enormes potencialidades que se abren para el tratamiento automatizado de datos, tienen un reverso que son los riesgos que se introducen para facilitar la realización de hechos que afecten a los intereses fundamentales de las personas. Es decir la informática o, en general, el tratamiento automatizado de datos se presenta como factor criminógeno, pues permite el acceso y el manejo de bases de datos, programas de cualquier género, en ocasiones de forma lesiva para intereses básicos de las personas y de la sociedad, siendo más costosa la averiguación del autor y la prueba de los hechos debido a la naturaleza del procedimiento informático.

- b) Naturalmente aquí vamos a prestar atención a los aspectos más gravosos para el hombre derivados del uso de la informática. Tan gravosos que forman parte del catálogo de hechos a los que la ley vincula la aplicación de una sanción criminal o, incluso, debido a la novedad de estos comportamientos, se plantea si deben tener cabida entre lo mismo cuando el legislador todavía no ha tomado una decisión sobre la trascendencia jurídica de los mismos. Por ello debemos hacer referencia a los presupuestos necesarios para que estas conductas irregulares e ilícitas relacionadas con la informática alcancen la calificación de merecedoras de sanción penal. Es decir conviene abordar en este momento también el tratamiento y la consideración, desde el punto de vista del derecho penal, de aquellas conductas que emergen de la realidad social vinculadas a la informática y que plantean serios interrogantes sobre su trascendencia penal. Los perfiles de mayor contribución a la vida del ser humano se corresponden con el buen uso de las potencialidades que encierra la informática<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Así MARIAS, J. *Cara y cruz de la electrónica*, Colección Austral, 1985, p. 98.

<sup>3</sup> SIEBER, U. *Computerkriminalität und Strafrecht*, München, 1977, p. 23.

<sup>4</sup> Puede verse al respecto el ensayo de J. MARIAS *Cara y Cruz de la Electrónica*, Colección Austral, Espasa-Calpe, 1985, quien pone de relieve cómo el ser humano se ve liberado con estas nuevas técnicas de tareas puramente mecánicas, lo que le permite dedicarse con mayor plenitud a la reflexión y el pensamiento. "Los computadores... eliminan el pensamiento bruto y nos dejan en franquía para pensar, pare ejecutar el pensamiento lúcido, inteligente". "La más prodigiosa hazaña de la Electrónica consiste en la eliminación de todo aquello que es mecánico e inercial en el pensamiento... para dejar libre el ejercicio de la razón" (p. 98-99). En este sentido GARCIA CAMARERO señala como la segunda revolución industrial (la revolución informática) significa un desplazamiento masivo de mano de obra de trabajos tradi-

- c) Sin embargo conviene dejar sentado desde el principio que no todos los hechos socialmente reprochables e incluso ilícitos resultan jurídico—penalmente relevantes, pues el Derecho penal únicamente se legitima cuando la conducta afecte a intereses fundamentales de la persona o la sociedad (principio de lesividad) y, además, las medidas disponibles desde otros sectores y disciplinas del ordenamiento jurídico no resulten adecuadas para su tutela (principio de subsidiariedad o intervención mínima).

Para que se pueda apreciar la presencia de un interés merecedor de protección jurídico-penal no es suficiente que estemos ante un bien jurídico, en el sentido de una entidad reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico. Las especiales exigencias propias del Derecho penal hacen que no baste la conculcación de un interés jurídico para que el legislador penal intervenga creando una figura delictiva, sino que la agresión a tal interés deberá verse rodeada de ulteriores requisitos para que pueda alcanzar la tutela mediante los recursos propio del Derecho penal. Estas ulteriores exigencias en las que se muestra la naturaleza y autonomía del Derecho penal, se manifiesta en el principio de subsidiariedad y en el de fragmentariedad de la protección penal<sup>5</sup>. Estamos en definitiva ante principios relativos al sentido y alcance del Derecho penal como protector de bienes jurídicos. En ambos, aunque de diferente manera, puede verse la especial significación que representan los medios de reacción del Derecho penal frente a los comportamientos punibles, pues inciden de manera decisiva en la persona a la que se aplica.

El principio de subsidiariedad hace referencia al momento de intervención del Derecho penal en la perspectiva de la actuación coordinada de los distintos sectores de la regulación jurídica. Este sólo deberá incriminar una conducta lesiva para un determinado interés jurídico cuando, reconocido previamente el interés como merecedor de protección penal, el resto de los medios de que dispone el ordenamiento jurídico se hayan mostrado

---

cionales hacia otra forma de actividad y para la que se requerirá el empleo de las potencialidades más propias del hombre. *La revolución informática*, Cuadernos Historia 16, Madrid 1997, p. 31. Este autor indica también como esta segunda revolución industrial la liberación total del trabajo con la posibilidad de que los sistemas productivos, el control de los transportes, los procesos administrativos y otros servicios puedan funcionar completamente sin la participación directa del hombre, de forma automática. Por otra parte la misma produce un gran impacto en los procesos cognitivos y culturales facilitando el acceso a grandes yacimientos de información. (p. 31).

<sup>5</sup> Sobre estos principios, KAUFMANN, Arthur. «Subsidiaritätssprinzip und Strafrecht», *Festschrift für HENKEL*, 1974, p. 89 y ss. MIR PUIG, S. «Sobre el principio de intervención mínima», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 12/1987 (publicado en 1989), p. 243 y ss. MARTOS NUÑEZ, J.A. «El principio de intervención penal mínima», *ADPCP* 1987, p. 99 y ss. NIGGLI, M.A. «Ultima ratio?», *ZStrR*, 111 (1993), p. 236 y ss.

ineficaces e incapaces de tutelar adecuadamente el mismo. El principio de subsidiariedad, el carácter de última ratio o el principio de intervención mínima vendrían a representar esta posición del Derecho penal respecto a los instrumentos propios de otras disciplinas jurídicas. La mayoría de los intereses penalmente tutelados tienen su ámbito de regulación y protección en otros sectores normativos: propiedad o medio ambiente como intereses jurídicos están presentes en plurales disciplinas jurídicas. Únicamente deberán alcanzar configuración en un tipo penal aquellos comportamientos que escapen a un adecuado control y protección de las regulaciones extrapenales. De manera que como señala ROXIN<sup>6</sup> «el bien jurídico recibe una doble protección: *del* Derecho penal y *antes* del Derecho penal».

El principio de fragmentariedad, por su parte, viene a señalar el carácter no completo o absoluto de la protección otorgada a los bienes jurídicos penales. Una vez ingresado un bien en el ámbito jurídico penal no resulta, sin embargo, protegido frente a cualquier tipo de agresión. Únicamente frente a aquellos supuestos en los que se aprecie la necesidad de la tutela intensificada mediante la pena criminal el hecho será punible. El tipo penal determina las modalidades de agresión que resultan abarcadas por el Derecho penal y, negativa e implícitamente, excluye el resto de modalidades en las que el bien puede ser objeto de transgresión. En definitiva desde ambos ángulos, el del principio de subsidiariedad y el del principio de fragmentariedad del Derecho penal, se produce una selectiva protección de bienes jurídicos.

### 3. El Delito informático no existe en cuanto tal

- a) En ocasiones la referencia a los hechos delictivos relacionados con la informática se realiza mediante la expresión o denominación de «delito informático». En realidad se trata de un concepto ambiguo que no se corresponde en sentido estricto con ninguna categoría jurídico-penal, con un exclusivo hecho punible de los previstos en el Código penal.
- b) La polimórfica realidad de la criminalidad informática, se refleja y manifiesta en los intentos de definición o conceptualización de la misma, así como en las clasificaciones de los hechos a las que da lugar el estudio de este fenómeno. Así la aproximación a un concepto genérico, omnicompreensivo del hecho informático penalmente relevante da lugar necesariamente a definiciones muy amplias. Por ello el grupo de expertos convocado por la OCDE en el año 1985 para el análisis de este tipo de delincuencia habla de «delitos relacionados con los ordenadores» (*computer-related crime*), en el que se integra «cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no

---

<sup>6</sup> «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. D.M. LUZON PEÑA, Madrid 1976, p. 22.



autorizado, relacionado con el procesamiento automatizado de datos"<sup>7</sup>. Igualmente la definición del delito informático como "Toda acción dolosa que provoca un perjuicio a personas o entidades, en cuya comisión intervienen dispositivos habitualmente utilizados en las actividades informáticas"<sup>8</sup>, deja ver la carga de generalización que la acompaña. Por los mismos motivos el sistema de codificación de delitos informáticos de la Secretaría General de Interpol cuenta con una treintena de tipos delictivos relacionados con estos medios, lo que da nuevamente idea de la heterogeneidad y extensión de los campos a los que afecta<sup>9</sup>.

Si se quiere optar por un cierto criterio restrictivo a la hora de establecer una noción general, habría que incluir exclusivamente los supuestos en los que el ordenador representa el medio de ejecución<sup>10</sup>, pues sólo en estos se aprecian las peculiaridades y características de los sistemas informáticos o del procesamiento electrónico de datos que convierte estos hechos en algo novedoso, diverso, al menos desde el punto de vista criminológico. Pero incluso en esta aproximación más restrictiva a una comprensión global de este género de delincuencia se deja notar la mencionada heterogeneidad y considerable amplitud.

Esta multiformidad y pluralidad se acredita nuevamente a la hora de clasificar y organizar las conductas incluidas en este grupo. SIEBER<sup>11</sup> trazó un esquema de las distintas conductas según la forma de aparición o realización del hecho que, en buena medida, puede considerarse todavía válido. En primer lugar se sitúa la alteración o manipulación de datos (*Computer manipulationen*), que puede tener lugar en cualquiera de los momentos a lo largo de los cuales discurre el procesamiento automatizado de datos o en el programa, e incluso sobre los elementos mecánicos de servicio en la instalación del proceso de datos, con una modificación no autorizada del resultado final del procesamiento. La destrucción de datos (*Computer sabotage*) hace referencia a los distintos medios y mecanismos a través de los cuales se logra la destrucción o inutilización de los datos almacena-

---

<sup>7</sup> Cfr. SIEBER, U. "Documentación para una aproximación al delito informático". *Delincuencia económica*. MIR PUIG, S. (Comp.). PPU, Barcelona 1992, p. 66.

<sup>8</sup> Definición que aparece en las conclusiones del Congreso celebrado en Zaragoza en el año 1989 sobre el "delito informático". Véase CONSENTINO, G. Y otros. "Tras los pasos de la seguridad perdida. Delitos informáticos". *Informática y Derecho* 23,26 (1998), p. 1199.

<sup>9</sup> SCHREIBER, W. "La delincuencia asistida por ordenador", *Interpol* 464 (1997), p. 9. Quien indica al mismo tiempo las dificultades que esta misma amplitud origina a la hora de lograr un intercambio internacional de información para actuar cohesionadamente frente a este tipo de comportamientos desde la perspectiva supranacional.

<sup>10</sup> En este sentido MILITELLO, V. "Nueove esigenze de tutela penale e trattamento elettronico della informazione", *Verso un nuovo Codice penale*, Giuffrè, Milano 1993, p. 476.

<sup>11</sup> *ComputerKriminalität und Strafrecht*, München 1977, p. 39 y ss.

dos o en procesamiento electrónico. La obtención no autorizada de datos (*Computerspionage*) toma en consideración el acceso in consentido y apropiación de datos significativos contenidos en un sistema informático, con especial relevancia en el ámbito del espionaje económico. Finalmente se incluyen las distintas formas de agresión al Hardware (*Angriffe auf die Computere-Hardware*), es decir, cualquier forma de ataque a los elementos materiales constitutivos del sistema informático. Quizá hoy el desarrollo espectacular y la expansión en la aplicación a múltiples campos —si no a casi todos— hace que las formas de aparición de estos hechos y el ámbito de aplicación resulte casi ilimitado, como se podrá ver en los particulares comportamientos punibles que se expondrán a lo largo de este trabajo.

- c) En realidad legislativamente existe una diversidad de conductas típicas en distintos ámbitos y formuladas con distinta óptica. Precisamente esto refleja las plurales manifestaciones e implicaciones del fenómeno informático en el ámbito penal, así como la técnica seleccionada por el legislador penal para incorporar estos hechos a la regulación positiva, especificando y concretando las modalidades delictivas ya existentes en las que el ordenador y sus aplicaciones pueden tener cabida.

En unos casos el ordenador y sus aplicaciones constituyen el objeto material del delito (sobre el que recae físicamente la acción) y en otros un mero instrumento para cometer hechos generalmente tipificados en los CP. Por eso la doctrina alemana define estos supuestos como el conjunto de actos (punibles ò dignos de incriminación) en los cuales el ordenador (o el procesamiento automatizado de datos) es el instrumento o el objeto de la comisión<sup>12</sup>.

Por tanto podemos encontrar supuestos delictivos que recaen sobre *objetos pertenecientes al mundo de la informática* destrucción o sustracción de programas o material (alteración, destrucción o reproducción de datos almacenados) y también comisión de delitos variados (contra la intimidad, administración pública, patrimonio, seguridad nacional) en los que la informática representa sobre todo el *medio de comisión o ejecución del hecho*.

Entre la regulación legal española (CPE) en la que se menciona expresamente los objetos o medios informáticos, podemos destacar: estafa informática (art. 248.2), supuesto específico de daños informáticos (art. 264.2), hechos relativos a la propiedad intelectual sobre obras en soporte informático (art. 270), descubrimiento de secretos de empresa en soporte informático (art. 278.1), descubrimiento, modificación o revelación de secretos personales y familiares (art. 197), uso indebido de terminales de telecomunicación (art. 256), fabricación o tenencia de programas o aparatos destinados a la falsificación (art. 400) e interceptación de las teleco-

<sup>12</sup> ROMEO CASABONA, C.M. *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, Madrid 1987, p. 22.

municaciones y su divulgación por autoridad o funcionario público (art. 536). En el caso del texto propuesto en la legislación nicaragüense (PCPRN): Descubrimiento o revelación de comunicaciones de naturaleza electrónica (art. 195), ingreso o inutilización de los archivos o datos electrónicos (art. 202), uso de instrumentos electrónicos de apertura a distancia para el apoderamiento de cosas (art. 224), alteración o inutilización de programas para computadoras (art. 246), distribución de programas destructivos para programas o equipos de computación (art. 245), manipulación de la información patrimonial, comercial u oficial mediante registro informáticos o programas de computación (art. 247), copia y comercialización fraudulenta de programas de ordenador (art. 249), descubrimiento y revelación de secretos de empresa contenidos en documentos electrónicos o registros informáticos (art. 267).

## II. El caso de la estafa informática

Con la estafa se viene a castigar la causación de un perjuicio patrimonial cometido mediante engaño. Tan acrisolado delito, que se remonta al *Stellionatus* romano, ha ido perfilando a lo largo del tiempo los elementos constitutivos del mismo, y a los que nos vamos a referir a continuación de manera breve y sintética para dar una imagen suficiente del delito que nos ocupa y así, posteriormente, poder abordar las novedades que supone la estafa informática.

### 1. Elementos clásicos del delito de estafa<sup>13</sup>

- a) El primero de los elementos del delito de estafa es el engaño o conducta engañosa. Tal elemento según la conocida formulación de ANTON consiste en la simulación o disimulación capaz o apta para inducir a una o varias personas a error.

Las formas de engaño que aparecen en la práctica son de lo más variado, suponiendo siempre algún tipo de maniobras fraudulentas o puesta en escena, con atribución de cualidades falsas, uso de nombre o representación no veraz, simulación de hechos falsos, deformación u ocultación de hechos verdaderos, etc. Según la fórmula legal el engaño debe ser bastante, es decir, que tanto desde la perspectiva objetiva como de la subjetiva debe resultar idóneo para conducir a error a otra u otras personas.

- b) El Error se presenta como el segundo requisito, en cuanto situación de error de quien sufre el engaño, es decir, consecuencia a la que conduce el previo comportamiento engañoso o fraudulento.

---

<sup>13</sup> Sobre ellos puede verse ANTON ONECA, J. *Las estafas y otros engaños*, Seix, Barcelona 1957, p. 4-14. También PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 443 y ss.

Error es el conocimiento viciado de la realidad. Consiste en la situación intelectual provocada por el engaño que supone una discordancia entre la representación de la realidad por el engañado y la realidad.

- c) Posteriormente se debe producir un acto de disposición consecuencia de la situación de error. El engañado pues, a raíz de su error al que le induce el sujeto activo, lleva a cabo un comportamiento que implique algún tipo de disposición patrimonial. El mismo puede afectar a cualquier elemento patrimonial, de manera que puede concretarse en la entrega de una cosa (material o dineraria), en la realización de un acto documental con trascendencia económica (gravamen de un bien), o la prestación de cualquier tipo de servicio, todo ello siempre cuantificable económicamente. En este momento se exige identidad entre engañado y disponente, es decir, resulta necesario que quien lleva a cabo este acto con contenido patrimonial sea la misma persona que la que ha sufrido el engaño, pues sino no estaría presente la relación medial necesaria entre ambos elementos.
- d) El conjunto de hechos anteriores van a producir un *perjuicio propio (de quien recibe directamente el comportamiento engañoso) o de un tercero*. Al tratarse de un perjuicio propio o de tercero ya no es preciso la coincidencia entre ambos sujetos, quien recibe directamente el previo comportamiento y quien finalmente ve alterado su saldo patrimonial. Pueden ser distintos el engañado y el perjudicado en su patrimonio. Este perjuicio patrimonial constituye el auténtico resultado del delito, como consecuencia derivada del comportamiento del sujeto activo del delito que el legislador selecciona y exige para que el delito pueda entenderse consumado. Perjuicio patrimonial de la víctima, en el sentido de una saldo patrimonial negativo, debiendo haber sufrido su patrimonio una disminución comparado el mismo antes y después del hecho.
- e) El Animo de lucro<sup>14</sup> forma parte también de los elementos necesarios en la ejecución del delito de estafa. El ánimo de lucro concebido como la pretensión del autor del hecho de conseguir, derivado del mismo, un beneficio patrimonial para si mismo o para un tercero, informa también el hecho punible aunque ahora desde la esfera interna del autor, como elemento que exige también el delito pero desde la vertiente subjetiva, la propia del sujeto activo.
- f) Todos estos elementos que acabamos de ir exponiendo como los que dan origen al delito de estafa, se encuentran encadenados en una relación de progresión, de manera que el anterior siempre debe ser causante del posterior. Es decir se precisa sucesivamente entre ellos una relación causal en cadena.

---

<sup>14</sup> Sobre el concepto de ánimo de lucro en general, con la pugna entre el concepto amplio manejado generalmente por los Tribunales y el concepto restrictivo de sentido exclusivamente patrimonial, puede verse MATA y MARTIN, R.M. *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 1995, p.

La Tipicidad del delito depende de la afirmación de la relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto activo y el resultado patrimonial desfavorable, por una parte, y, por otra, de la imputación objetiva del hecho a su autor. Relación de causalidad entendiendo la jurisprudencia el engaño como condición cuantitativamente dominante en la producción del resultado (s. TS 22-5-97<sup>15</sup> -FJ 4º-), según la fórmula procedente de ANTON.

La Imputación objetiva reclama tanto la efectiva peligrosidad del comportamiento engañoso en la causación del perjuicio patrimonial como la superación del riesgo permitido con el mismo<sup>16</sup>. La peligrosidad objetiva del comportamiento necesaria para inducir a error a la víctima y producir el consiguiente menoscabo patrimonial fruto de la previa disposición sobre alguno de los elementos constitutivos de su propia masa patrimonial. También resulta exigible desde esta perspectiva que el riesgo creado mediante el engaño constituya un riesgo no permitido, excluyéndose del ámbito de la tipicidad de la estafa todas aquellas exageraciones o inexactitudes que son práctica habitual en el tráfico jurídico.

Estos elementos del delitos de estafa acuñados en la legislación y doctrina española podemos entenderlos perfectamente asimilables a la legislación penal nicaragüense, cuyo PCPRN dispone en el art. 230 que comete estafa "Quien con ánimo de lucro para obtener provecho ilícito para si o para un tercero, mediante ardid o engaño, induzca o mantenga a otro en error para que realice una disposición patrimonial perjudicial para ella misma o para un tercero, siempre que el valor del perjuicio patrimonial fuera mayor a la suma resultante de dos salarios mínimos de la escala menor salarial autorizada por la autoridad respectiva, será penado con prisión de uno a tres años y multa de cien a doscientos días". Respecto a la estructura del tipo de la estafa, como se ha dicho, mantienen ambas legislaciones una gran proximidad, aparte de pequeñas diferencias, como la inclusión explícita en el PCPRN junto a la inducción al error del supuesto en el cual el sujeto activo no crea el error pero mantiene en el mismo a la víctima.

## 2. El problema del engaño como elemento de la estafa

- a) El comportamiento nuclear de la estafa gira en torno al engaño, a la acción fraudulenta. El engaño constituye el específico desvalor de acción de la estafa. Ahora bien en el ámbito de la estafa ha existido tradicionalmente el problema de no admitirse los engaños a las máquinas o instrumentos automáticos.

---

<sup>15</sup> (A. 4435). Caso en el que no media manipulación informática alguna, pero que en fecha reciente nos recuerda esta construcción sobre la relación de causalidad en el ámbito del delito de estafa que mantiene la jurisprudencia.

<sup>16</sup> véase PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNADEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 453.

La Postura tradicional<sup>17</sup> sobre este aspecto del delito ha mantenido claramente que no se puede engañar a las máquinas. Entre los argumentos esgrimidos en apoyo de esta tesis pueden mencionarse los siguientes: Si la estafa requiere que el engaño produzca un error en otro, una máquina no puede ser ese «otro», sino que ese otro sólo puede ser una persona física, ya que sólo la persona física podría tener una falsa representación de la realidad<sup>18</sup>. Es decir vendría a afirmarse la «exigencia de que la estafa se desarrolle en el marco de una relación *intuitu personae*. Es decir la necesidad de que el engaño se dirija directamente a una persona física, a que ésta debe captar el contenido del engaño y, por lo tanto, debe darse el error como estado psicológico»<sup>19</sup>. En este sentido se llega a señalar que, de evitarse esta concepción del engaño, la aplicación de la norma de la estafa supondría analogía prohibida contra reo<sup>20</sup>.

Sin embargo sobre este mismo problema no ha dejado de suscitar una nueva postura doctrinal, incluso antes de la aprobación del CP de 1995), de acuerdo a la cual el engaño no comporta necesariamente una relación directa y personal entre dos seres humanos, defendida por autores como Gutiérrez o De la Mata<sup>21</sup>. Para estos autores en realidad las máquinas o los ordenadores no sufren engaño alguno ni realizan por error acto de disposición, sino que se limitan a ejecutar el traspaso patrimonial ordenado y dispuesto por quien ha efectuado la programación (engaño al programador o a la institución)<sup>22</sup>. Puede entenderse que, con mayor o menor distancia temporal y física, al final sufre engaño una persona, aun cuando no sea personal ni directo.

La posición de la jurisprudencia sobre el problema aludido, como consecuencia de la primera de las opiniones antes expuesta, ha sido la negativa a admitir el engaño sobre máquinas o aparatos automáticos. Antes del CP 1995 se niegan por los Tribunales la posibilidad de entender realizado el delito de estafa en los fraudes informáticos, como resultado de la aplicación de la concepción del engaño que se ha mencionado. Así la sentencia

---

<sup>17</sup> Por todos véase ANTON ONECA, J. *Las estafas y otros engaños*, Seix, Barcelona 1957, p. 10.

<sup>18</sup> Véase al respecto, BAJO/PEREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, Ceura 1993, p. 299-300.

<sup>19</sup> PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455.

<sup>20</sup> VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi 1999, p. 522, citando a GUTIERREZ FRANCES

<sup>21</sup> GUTIERREZ FRANCES, M.L. "Los fraudes informáticos en el Derecho español". *Actualidad Informática Aranzadi*, 11 (1994), p. 11. También DE LA MATA BARRANCO, N. "Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante la tarjeta sustraída a su titular", *Poder Judicial* número especial IX (nuevas formas de delincuencia) (1988), p. 172 y ss.

<sup>22</sup> GUTIERREZ FRANCES, M. L. "Los fraudes informáticos en el Derecho español", *Actualidad Informática Aranzadi* 11 (1994), p. 11.

del TS de 19-4-91<sup>23</sup>, en relación al apoderado de un banco que haciendo apuntes falsos vía ordenador consigue un enriquecimiento ilícito, excluye la aplicación del delito de estafa.

### 3. La estafa informática en general

- a) El legislador de 1995 (CPE) zanja el tema al admitir un supuesto específico de estafa informática donde se sustituye el término engaño por el de manipulación informática. De este modo el legislador prevé un supuesto específico de estafa informática (art. 248.2), de modo paralelo al tipo básico de la misma —en un segundo párrafo del mismo precepto—, en la que se castiga la manipulación de datos almacenados en sistemas informáticos para lograr una transferencia no consentida de activos patrimoniales. También el PCPRN da el paso de incorporar un supuesto entre las defraudaciones relativo a la estafa informática, aunque éste entre los supuestos agravados (art.321, f) que se comete “Cuando con ánimo de lucro, valiéndose de tarjetas de crédito o débito, o con abuso de firma en blanco o de medios electrónicos o de alguna manipulación informática o artificio semejante obtenga la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”. Se trata de una fórmula que sin duda recuerda a la del CPE pero que a la vez recoge una pluralidad de medios comisivos no del todo homogéneos. A su vez al referirse a que el sujeto activo actúe “en perjuicio de tercero” está sin duda ampliando el ámbito de aplicación del supuesto, pues se tome este elemento en sentido subjetivo —ánimo que debe guiar al autor junto al de lucro—, como en sentido objetivo —como tendencia o idoneidad de la acción para producir el resultado— lo cierto es que no resulta necesario que se llegue a producir un efectivo perjuicio patrimonial para la víctima, lo que ensancha el campo propio de la figura el imponer menores exigencias.
- b) Con el cambio mencionado se plantea inmediatamente la relación que guarda este nuevo supuesto con el tipo básico de estafa. En la discusión dentro de la dogmática española sobre esta relación de la estafa informática con la estafa genérica, surgen enseguida dos alternativas:  
Por una parte, quienes entienden que los elementos de la estafa informática siguen manteniendo los de la estafa genérica<sup>24</sup>, es decir que en realidad se trata de una mera adaptación legislativa a las necesidades que

<sup>23</sup> *Actualidad Penal* 541/1991, p. 1194, condenando por la condición de apoderado del Banco Hispano Americano con lo que se entendía que los fondos le habían sido entregados para su administración. La sentencia procede de la AP de Granada que inicialmente consideró probado un delito de estafa y que como señalamos corrige el TS al entender inaplicable la figura de acuerdo a la comprensión del elemento del engaño.

<sup>24</sup> Así GONZALEZ RUS, J.J. *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial I*, Marcial Pons, Madrid 1996, p. 687.

incorpora la estafa informática, pero siempre dentro de la dogmática y criterios interpretativos propios de este delito. Con ello resultaría perfectamente válido todo lo señalado por doctrina y jurisprudencia para la estafa genérica, pues el nuevo precepto no representa sino una especificación del legislador para evitar dudas sobre la aplicación del delito a estas recientes realidades.

De otra manera nos encontramos con quienes entienden que el concepto general de estafa no ejerce como criterio interpretativo, pues no comparte la dinámica de la estafa tradicional, ya que estas nuevas modalidades son ajenas al engaño<sup>25</sup>. Desde este punto de vista en realidad la nueva estafa informática sólo presenta afinidades con escasos elementos de la estafa en su configuración tradicional y por tanto no sirve como referencia.

Como apoyo a esta posición se señala que "Quienes realizan la conducta descrita en esta disposición no cometen estafa, si no que "se consideran" (como dice la redacción del art. 248.2) legalmente reos de estafa. De esta manera con esta fórmula se pretendería colmar una posible laguna de punición, que había sido observada por la doctrina, sin desvirtuar el contenido dogmático de los elementos de la estafa ni las relaciones entre ellos", según PEREZ MANZANO<sup>26</sup>. Con ello esta autora entiende la declaración legal en el sentido de que precisamente al decir "se consideran" está señalando que realmente no lo son, pero también puede tratarse de una mera fórmula lingüística para reforzar la idea de que debe incluirse este tipo de comportamientos en el ámbito de la estafa y por tanto resultar punibles estos hechos, frente a las dudas que siempre suscitan las nuevas realidades<sup>27</sup>.

Esta problemática parece de forma más clara en el PCPRN pues, como se ha mencionado la estafa informática se incorpora al texto como supuesto agravado (art. 231) del tipo básico (art. 230). Con ello, por expresa declaración legal, queda evidenciada la relación de dependencia de la estafa electrónica o informática del supuesto general de estafa. Es decir necesariamente se debe partir o tomar como modelo la estructura del tipo básico a la hora de interpretar y aplicar el nuevo supuesto, salvo los aspectos expresamente incorporados a esta modalidad agravada, que sería el elemento de la manipulación informática y que el autor actúe "en perjuicio de

---

<sup>25</sup> VALLE MUÑIZ, J.M. en QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Aranzadi 1999, p. 521). También CHOCLAN MONTALVO, J.A. "Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática", *Actualidad Penal* 1997, p. 1079.

<sup>26</sup> BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p.454).

<sup>27</sup> Argumento que recuerda las viejas disquisiciones sobre el antiguo artículo 14 que comenzaba "Se consideran autores..."y que se remonta al menos a PACHECO. Cfr. CORDOBA/RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal, T.I*, Barcelona 1976, p. 801.



tercero”, esto es, sin que necesariamente llegue a producirse un menoscabo patrimonial efectivo.

En todo caso la relación de sustento que desempeña el tipo básico permite una mayor claridad en la aplicación de un nuevo supuesto, evitando dudas y aplicaciones diferenciadas sin suficiente motivación, pues excluidos los elementos que singularizan la estafa informática el resto resultan coherentes con los de la estafa tradicional. Naturalmente, además, la presencia de un tipo agravada produce el efecto de elevación de la pena. De la pena de prisión de uno a tres años y multa de cien a doscientos días del tipo básico se transita a la prisión de tres a cinco años para las estafas agravadas del art. 321.

- c) Con estos pasos previos podemos ya abordar la estructura de la estafa informática, en la que se reúnen los elementos que deben concurrir para poder apreciar este nuevo supuesto. Para ello, vamos a tomar como referencia, pues entendemos que nada se opone pese a lo anteriormente señalado, la estructura de la estafa genérica. Nada se opone y, al contrario, permite sin duda una mayor claridad y precisión en la determinación del comportamiento típico.

En primer lugar se sitúa el elemento que más caracteriza esta nueva modalidad: la manipulación informática. Manipulación informática o artificio semejante, que equivale al engaño bastante y el error al que debe conducir al sujeto pasivo o tercero. Puede entenderse también que el error de la estafa genérica se ve sustituido en la fórmula legal por la falta de consentimiento, según entiende PEREZ MANZANO<sup>28</sup>.

La redacción legal se refiere al logro mediante la manipulación informática una transferencia no consentida de algún tipo de activo patrimonial. Transferencia de cualquier activo patrimonial, en el sentido de cambio fáctico de adscripción del elemento patrimonial, como transmisión de bienes o servicios que tienen valoración económica<sup>29</sup>. Pese a esta visión tan amplia, que abarca no sólo la transmisión de bienes sino también prestación de servicios —como sucede en el acto de disposición patrimonial de la estafa genérica—, sin embargo, la s. AP de Madrid de 21-4-99<sup>30</sup> entiende que

<sup>28</sup> BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455.

<sup>29</sup> PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 456-7.

<sup>30</sup> (A. 2047). Acordando el Tribunal la absolución. Realmente esta sentencia introduce no pocos elementos de debate. No está tan claro que el comportamiento no implique la transferencia de un activo patrimonial en el sentido señalado, que incluye la prestación de servicios. La negación de la manipulación informática también resulta dudosa, pues no queda determinado en la descripción de hechos probados el modo de funcionamiento del torniquete. En todo caso la solución de no condenar deja pendiente la posible aplicación de la estafa propia, pues lo normal en este caso es la existencia de una relación personal más o menos inmediata, y los presupuestos

pasar con el cupón de abono del que no se es titular para franquear el torniquete de entrada a un transporte público no supone la existencia de transferencia de activo patrimonial alguno (tampoco manipulación informática).

Parece que la referencia legal a los activos patrimoniales tiene como clara finalidad justamente comprender como objeto de la acción valores patrimoniales sin correspondencia con un objeto material (dinero contable o escritural)<sup>31</sup>, evitando lagunas de punibilidad con relación a los modernos tipos de operaciones patrimoniales.

La transferencia lograda a través de la manipulación informática finalmente va a provocar el perjuicio patrimonial para el tercero, como elemento requerido en todos los supuestos de estafa. Este también debe concebirse en los mismos términos que en el ámbito de la estafa genérica, pues no existe razón que oponer a ello, en el sentido de resultado final de desbalance patrimonial, creándose con el comportamiento fraudulento un déficit patrimonial para el titular de los bienes comparando el estado del mismo antes y después de los hechos. Igualmente a la estafa del número primero del art. 248 el autor debe obrar guiado por el ánimo de lucro, como elemento subjetivo que completa desde la perspectiva del autor el conjunto de rasgos objetivos del hecho punible.

#### 4. La manipulación informática

- a) El elemento que por tanto presenta mayor novedad e interés es el de la manipulación informática, mediante el que se logra la transferencia patrimonial no consentida, de forma que se hace necesario abordar el contenido de este requisito.
- b) La manipulación a que hace referencia el precepto parece que implica la actuación del sujeto activo sobre un sistema informático de manera que este altere, de modos muy diversos, el resultado a que habría de conducir el normal procesamiento automatizado de datos. Manipulación consiste, según ROMEO<sup>32</sup>, en la incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado en cualquiera de las fases de procesamiento o tratamiento informático con ánimo de lucro y perjuicio de tercero.

Se puede entender de otra manera tal manipulación como alteración del software, tal como lo hace PEREZ MANZANO<sup>33</sup>. Esto, si lo entendemos de

---

de hecho del caso no contradicen la doctrina que permitía incluir los supuestos de polizonaje, salvo que llevara á cabo una conducta puramente pasiva —y por tanto si crear error en otro—, lo que realmente no puede entenderse para este hecho.

<sup>31</sup> Así CHOCLAN MONTALVO, J.A. "Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática", *Actualidad Penal* 1997, p. 1083.

<sup>32</sup> ROMEO CASABONA, C.M. *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid 1987, p. 47)

<sup>33</sup> en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455. Aunque realmente la propia autora no utiliza un

manera estricta, tiene un efecto muy restrictivo a la hora de señalar las conductas abarcadas, pues solamente se incluiría la manipulación del programa y no otras, generalmente aceptadas, que supongan la alteración de los datos sobre los que opera el sistema e incluso sobre elementos materiales del mismo.

La referencia legislativa a la conducta punible termina con una cláusula general que se refiere a cualquier otro "Artificio semejante", para evitar algunos problemas de aplicación de esta modalidad delictiva en algunos casos en los que no quepa hablar en sentido estricto de manipulación informática pero esté muy próxima a la misma e incluso para permitir una rápida adaptación de la norma a las nuevas realidades que en el campo de las nuevas tecnologías se suceden a gran velocidad. Ahora bien, para que esa cláusula general no pierda sentido y se convierta en una fórmula vacía en la que quepa cualquier contenido, y por tanto contraria al principio de legalidad, es necesario exigir una relación de semejanza con la manipulación informática. Así ha sucedido que la jurisprudencia ha extendido esta cláusula residual a supuestos de dudoso encaje, como el de la sentencia de la AP Lugo de 9-7-98<sup>34</sup>, en la que ciertos individuos se servían de dos monedas de quinientas pesetas a las que tenían adheridas un hilo de seda y que introducían en máquinas tragaperras en situación de juego, devolviendo la cantidad correspondiente al cambio de ese dinero. Sin embargo la ya mencionada s. de la AP de Madrid de 21-4-99<sup>35</sup>, que entiende que pasar con el cupón de abono del que no se es titular para franquear el torniquete de entrada a un transporte público no supone la existencia de manipulación informática, aparte de otros problemas ya señalados, no contempla la posibilidad de acudir a este inciso incluyendo el paso fraudulento del torniquete entre los artificios semejantes, lo que no podría excluirse fácilmente.

- c) La manipulación puede producirse de cualquier forma, en el mismo programa o en cualquier momento del procesamiento o tratamiento automatizado de datos, o desde cualquier lugar. Desde estos distintos puntos de vista se efectúan clasificaciones sobre las diversas manipulaciones posibles<sup>36</sup>. En este sentido cabe clasificar los distintos tipos de manipulaciones

---

concepto estricto de manipulación del software, pues lo asimila a la definición de manipulación informática de ROMEO que incluye la alteración de datos al introducirlos o los ya incluidos.

<sup>34</sup> (A. 3839). Señala la sentencia que "Esta legislación viene a penalizar como estafa, expresamente, lo que hasta entonces la Jurisprudencia había dicho que no se podía castigar como tal" (en referencia a "artificio semejante").

<sup>35</sup> (A. 2047). Ya hemos indicado como el Tribunal acuerda la absolución y como la negación de la manipulación informática también resulta dudosa, pues .

<sup>36</sup> ROMEO CASABONA, C.M. *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid 1987, p. 47 ss. CORCOY, M./JOSHI, U. "Delitos contra el patrimonio cometidos por medio informáticos". *Revista Jurídica de Cataluña* 3 (1988), p. 135 y ss.

según puntos de vista distintos que nos facilitan la imagen global de las posibilidades plurales de realizar el comportamiento.

Respecto al momento de la manipulación pueden señalarse las alternativas en cuanto a este enfoque temporal de la actuación sobre el sistema informático. Cabe hablar en primer lugar de manipulación previa (en la fase de *input*), cuando se actúa en los datos sobre los que opera el programa. Y esta manipulación de carácter previo puede ser en su ejecución práctica tanto activa, en sentido estricto, como omisiva. Por acción, modificando datos reales o añadiendo otros ficticios. Caso de la s. De la AP de Granada de 23-3-99<sup>37</sup> en el que el empleado del banco mediante apuntes informáticos a través del ordenador detrae dinero de la caja del banco (hasta 18.026.834 ptas.) ingresándolo en cuentas de su titularidad. También la s. TS 30-10-98<sup>38</sup> refleja un caso en el que empleados del INEN introdujeron datos falsos en el sistema informático del mismo haciendo acreedores de prestaciones del Instituto a personas que no reunían los requisitos y con quienes se repartían los ingresos, aun cuando este supuesto concreto el Tribunal se aparta del delito de estafa por razones distintas a las relativas al problema de la manipulación. Por omisión, en el registro de datos, no incorporando al procesamiento de datos los que correspondían tratamiento llevado a cabo, y de esta forma el resultado ordinario al que debía conducir el procesamiento de haberse llevado a cabo correctamente.

En la manipulación del programa se modifican las instrucciones del programa, alterando o eliminando algunos pasos o introduciendo partes nuevas en el mismo. Se incluirían así la llamada técnica del salami (*salami technique*), en la que el autor actúa redondeando céntimos por defecto en determinadas y múltiples operaciones bancarias, que en su conjunto suponen cantidades importantes desviadas hacia cuentas propias. También se presenta en este ámbito la técnica conocida como el Caballo de Troya (*Trojan horse*)<sup>39</sup>, mediante la que se introducen clandestinamente instrucciones en un programa ya activo que permite obtener determinados resultados no previstos en la configuración inicial del mismo. Con cualquiera de estas manipulaciones en el programa se puede lograr resulta-

---

<sup>37</sup> (A. 1382). No cabe la apropiación indebida pues no siendo apoderado no ha tenido el dinero en administración. Hecho enjuiciado en la AP de Granada e igualmente consistente en la realización de apuntes informáticos irregulares, como el de años atrás, en una oficina del Banco Central-Hispano (con independencia de las fusiones ocurridas en el transcurso de estos años).

<sup>38</sup> (A. 8566). En realidad la sentencia condena por delito de Malversación de Caudales, dada la condición funcional de los autores, pues entiende —curiosamente— que la introducción de datos en el sistema informático no puede ser reputado como engaño toda vez que siendo el INEM una persona jurídica y no física no es susceptible de padecerlo.

<sup>39</sup> Ambos ejemplos en CHOCLAN MONTALVO, J.A. "Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática", *Actualidad Penal* 1997, p. 1082.

dos distintos y no previstos en la programación originaria y que puede afectar a cualquier ámbito con trascendencia patrimonial, como por ejemplo, pagos de servicios, prestaciones o bienes inexistentes.

También cabe hablar de manipulaciones posteriores, o en la salida de datos («*output*»), que generan directamente una alteración en el reflejo exterior del resultado del procesamiento automatizado de datos. Como ya se ha señalado en todas las manipulaciones finalmente se producirá una alteración del resultado del procesamiento de datos, pero en este caso la actuación permite la alteración inmediata del resultado, que por tanto ya no es efecto de actuaciones previas en otros momentos del procesamiento (en los datos, en el programa). Como tal manipulación en el resultado, la misma puede llevarse a cabo de distintas maneras: en el reflejo último en la visualización por pantalla, en el papel escrito mediante la impresora o en el registro en banda magnética cuando van a ser transmitidos a otros ordenadores.

En cuanto al lugar desde el que se lleva a cabo la manipulación, como otra forma de conseguir la misma, pueden distinguirse diversas situaciones. En primer lugar la manipulación a distancia o exterior, que a su vez puede entenderse de dos maneras: Con relación al sujeto infractor, se puede hablar de manipulación exterior cuando el mismo es ajeno a la persona o institución de la que depende el sistema informático y por lo tanto cualquier acceso resulta ilegítimo.

Con relación al lugar desde el que se efectúa también cabe referirnos a manipulación a distancia o exterior, pero ahora, por tanto, desde un punto de vista distinto. A través de la telemática (ordenador comunicado con otras terminales por línea telefónica mediante un modem) es posible el acceso al ordenador a distancia sin necesidad de presencia física. Cuando el sistema es accesible por terceros y estos lo manipulan (caso de utilización de internet o autopistas de la información para realizar algún tipo de operación comercial con manipulación informática). Media, entonces, distancia espacial entre el equipo informático en el que opera el sujeto activo y aquél en el que se producen los efectos<sup>40</sup>.

Con relación a la manipulación interna al sistema informático de que se trate, también cabe entenderla relacionada con el autor o con el lugar de realización del hecho. *Con relación al sujeto*: Cuando quien realiza la manipulación es una persona que está autorizada a acceder al sistema y operar con el mismo. En principio los hechos anteriores es posible realizarlos mediante el acceso físico y directo al ordenador por quienes puedan legítimamente hacer uso del mismo. Por ejemplo un apoderado o empleado de una entidad financiera o de una empresa con el sistema informático propio. *Con relación al lugar* se entenderá por manipulación

---

<sup>40</sup> PEREZ MANZANO, M, en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455.

interna la que se lleva a cabo con acceso físico al sistema informático en el que se encuentran los elementos objeto de manipulación.

- d) La manipulación informática desde el punto de vista del contenido se manifiesta en esa transferencia no consentida de activos patrimoniales de la que habla el tipo penal del art. 248 en su número segundo. Se trata de una transferencia patrimonial meramente contable, como pura anotación (que puede concretarse de las formas más variadas: derecho de crédito, prestación o servicios, ingresos ficticios en cuentas corrientes, abono de salarios no debidos, órdenes de pago falsas, etc.).
- e) Naturalmente debe tener una correspondencia en la realidad, de forma que suponga un efectivo incremento patrimonial del sujeto activo. Si no se llegara a reflejar de modo efectivo en el patrimonio del autor y sólo estuviéramos ante una mera anotación contable, el hecho punible no se ha consumado y podría castigarse como tentativa de estafa. Para ello no es óbice que el autor no llegue materialmente a recibir nada o no reciba anotación en su propio patrimonio, como cuando lo que hace es realizar una anotación contable con la que salda una deuda, de forma que en este caso también recibe un beneficio patrimonial y causa el perjuicio correspondiente.
- f) Cabe plantearse con relación a esta manipulación informática como elemento del tipo del art. 248.2, si la misma admite no sólo los supuestos de comisión activa en sentido estricto, sino además supuestos omisivos, es decir, realización de la manipulación mediante un dejar de hacer. Es cierto, como señala VALLE MUÑIZ<sup>41</sup> que “Las dificultades generales con que la doctrina admite en la estafa la comisión por omisión (tan sólo cuando la conducta omisiva puede ser reconducida a un acto concluyente), se ven acrecentadas en el fraude informático por la referencia típica a manipulaciones informáticas. Siendo cierto esto, también lo es que en ocasiones muchos casos que aparecen inicialmente como omisivos, y que por ello resulta dudosa su admisión, sin embargo son realmente comportamientos activos en sentido estricto. Por otra parte, si admitimos como manipulación, como se hace muy habitualmente, el supuesto de no inclusión de los datos reales que deberían ser objeto de procesamiento (en el ámbito de lo que hemos llamado manipulación previa), estamos ya abarcando la omisión. Para rechazar estos casos omisivos habríamos de adoptar un concepto muy restrictivo de manipulación informática que generalmente no se toma en consideración.

---

<sup>41</sup> QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la Parte Especial*, Aranzadi 1999, p. 525.

## 5. El abuso de crédito o de medios de pago mediante manipulación informática

a) La estafa mediante manipulación informática afecta especialmente a los modernos medios de pago. Los medios de pago que puedan hacer referencia a un supuesto de estafa informática parece deben representar una transferencia electrónica de fondos, la cual se puede realizar fundamentalmente de tres formas: cajeros automáticos, terminales en puntos de venta mediante tarjetas de pago, y el llamado Banco en casa<sup>42</sup>.

b) Ahora bien, de acuerdo a los presupuestos generales que se han venido estableciendo en este trabajo, deben estar presentes siempre dos requisitos para que en el ámbito de la transferencia electrónica de fondos podamos hablar de estafa informática:

Por una parte una auténtica Manipulación de un sistema informático, en el sentido de alteración de lo que hubiera sido el normal desarrollo y resultado de un procesamiento automatizado de datos sin algún tipo de intervención fraudulenta. Es decir que no basta con que esté presente sin más una operación informatizada sino que en alguna medida se manipule la misma, de cualquiera de las formas que ya hemos señalado.

Por eso resulta incorrecto calificar como estafa informática la utilización de tarjetas de crédito en comercios por alguien que no es su titular, como si hizo la s. AP Las Palmas de 19-10-98<sup>43</sup>, al entender que en aquellos casos en los que se asegura la operación mediante firma electrónica el engaño de sofisticada. Pero en realidad en todos los casos estaban personalmente presentes sujeto activo y víctima.

Pero además, esta manipulación informática debe producirse en condiciones determinadas, de acuerdo a la concepción general del supuesto y su relación con la estafa genérica. Así debe producirse una manipulación informática sobre sistemas que operen con autonomía, sin intervención de personas físicas. De forma que si pese a emplearse alguna modalidad de manipulación informática, la disposición patrimonial se produce finalmente a consecuencia de la falsa representación mental de alguna persona —con base en la anterior manipulación informática— estaríamos ante el engaño propio del tipo básico de la estafa.

En el sentido indicado Gutiérrez Francés<sup>44</sup> distingue claramente ambos supuestos en los que manipulación e intervención de personas puedan

---

<sup>42</sup> DEL PESO NAVARRO, E. "El pago mediante medios electrónicos". *Actualidad Informática Aranzadi* 5 (1992), p. 2.

<sup>43</sup> (A. 4072). Empleada del hotel que mediante simulacros de incendio consigue despistar al personal del hotel para acceder a las habitaciones y sustraer objetos y tarjetas. En lo referente a la utilización abusiva de tarjetas de crédito en un restaurante y otros comercios, la autora resultó condenada por falsedad en documento mercantil en concurso con el delito de estafa.

<sup>44</sup> "Los fraudes informáticos en el Derecho español", *Actualidad Informática Aranzadi* 11 (1994), p. 11.

simultanearse o no. Por esta razón era ya posible admitir la estafa antes del nuevo Código penal de 1995, «si el ordenador no es más que un medio auxiliar o de ayuda a la toma de decisiones, que acaba adoptando efectivamente una persona, que podría decirse había sido efectivamente engañada»<sup>45</sup>.

También ROMEO<sup>46</sup> señala que para que la manipulación informática fuera admisible como engaño «es preciso que aquella sea captada, percibida, física o visualmente por una persona, una captación del contenido de los datos manipulados, de manera que como consecuencia de la misma se modifique su representación intelectual sobre un suceso, hecho o acontecimiento...». Sólo en los casos en que con carácter previo a la transferencia patrimonial se produce la concurrencia de una persona humana encargada de verificar la realidad de los datos informáticos, podrá considerarse producida la estafa, si el ordenador ha sido medio para el engaño<sup>47</sup>. Por estas consideraciones previas podemos señalar que la asimilación a la estafa informática del supuesto en el que se emplean tarjetas de crédito o débito del PCPRN (art. 231 f) no resulta acertada, pues, como se ha tratado de poner de relieve, la simple presencia de estos medios no elimina por sí mismo la presencia del engaño propio de la estafa genérica.

c) Por exigirse estos requisitos deberán tratarse de la siguiente manera los siguientes casos:

Para los pagos mediante tarjetas de crédito por su titular con abuso del mismo en establecimientos comerciales es necesario hacer algunas consideraciones previas. Con anterioridad a la regulación actual se incluían en el ámbito de la estafa los supuestos de utilización por el titular de la tarjeta en cualquiera de estos tres supuestos: Sobrepasando el límite de crédito de la tarjeta, Utilizando tarjeta caducada o cancelada o, finalmente, la concesión de tarjetas de crédito o de línea de crédito aportando datos falsos.

Se trata, por tanto, de supuestos que ya venían siendo incluidos en el ámbito de la estafa propia y que no podrán serlo en la estafa informática pues el proceso informático de pago se lleva a cabo sin manipulación alguna, sino que el engaño se realiza con la apariencia de crédito que en la relación personal entre cliente y comerciante se crea. Frente a este tratamiento el PCPRN ha dispuesto expresamente la consideración de estafas agravadas asimiladas a la de naturaleza informática el hecho se comente mediante tarjeta de crédito o débito, lo que representa una solución apriorística al no resultar incompatible con el engaño del tipo básico de la

---

<sup>45</sup> GONZALEZ RUS, J.J. *Curso de Derecho penal español, Parte Especial I*, Marcial Pons Madrid 1996, p. 687.

<sup>46</sup> *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco 1987, p. 60)

<sup>47</sup> CHOCLAN MONTALVO, J.A. "Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática", *Actualidad Penal* 1997, p. 1078



estafa y no evidenciarse semejanza necesariamente con la estafa informática.

Otro ámbito diferenciado es el de pago por terceros no titulares de la tarjeta directamente en redes informáticas (internet). En el ámbito de las redes informáticas puede realizarse operaciones comerciales nacionales e internacionales, cuyo pago puede efectuarse mediante la aportación del número de tarjeta de crédito. De manera que obteniendo fraudulentamente el número de la tarjeta pueden realizarse operaciones comerciales usando fraudulentamente el número codificado de tarjetas ajenas.

En principio en estos casos concurre el engaño del tipo básico de la estafa (art. 248.º9 CPE), pues no puede decirse que se produzca manipulación informática, sino el uso fraudulento de tarjeta ajena (el sistema informático funciona correctamente y los datos empleados son ciertos).

Podría ser otra la solución si se efectúa una manipulación informática *strictu sensu*: bien alterando el funcionamiento mismo del sistema informático, bien alterando los datos con que opera el sistema informático (introduciendo datos falsos u ocultando los verdaderos). En este caso, ya si concurre la estafa informática, pues aparece algún tipo de manipulación informática (art. 248.2 CPE). Además para este grupo de supuestos aparecerá el problema del posible concurso con el delito de falsedades.

También cabe considerar El empleo de tarjetas bancarias con banda magnética en los cajeros automáticos para disponer ilegítimamente de cantidades de dinero. En estos casos la disponibilidad se obtiene sin exigirse ningún tipo de manipulación, sino que, al contrario, el procesamiento automatizado de los datos funciona correctamente, lo que sucede es que quien emplea la tarjeta y obtiene el reintegro no es la persona autorizada. Como es sabido, las tarjetas se consideran llaves falsas según lo previsto en el art. 239 CP y, por tanto, el supuesto debe ser tratado como robo con fuerza en las cosas. También el art. 224 del PCPRN considera llaves falsas, a los efectos del robo con fuerza en las cosas, el empleo de tarjetas magnéticas o perforadas. Lo que sucede es que como ya hemos visto que a la vez el art. 231 f estima como estafa agravada la causación de un perjuicio patrimonial mediante empleo de tarjetas de crédito o débito, se plantea un conflicto normativo de difícil solución e innecesario. Aún así sería necesario realizar algunas consideraciones genéricas de acuerdo a los presupuestos del delito de robo con fuerza en las cosas, aunque no directamente dependientes del problema de la manipulación<sup>48</sup>.

En este sentido se viene pronunciando la jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo desde comienzo de los años noventa. Así una última sentencia TS de 29-4-99<sup>49</sup> señala que constituye robo y no estafa

---

<sup>48</sup> Sobre esta materia MATA MARTIN, R.M. *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Tirant lo blanch, Valencia 1995, p. Del mismo autor, "Los modernos sistemas de seguridad en el apoderamiento patrimonial", *Poder Judicial* 49 (1998), p. 346 y ss.

<sup>49</sup> (A. 4127)

(pese al criterio anterior de la AP de Valencia), aunque por lo menos del principio acusatorio no se pueda condenar por este delito. En este caso particular se plantea el problema del número secreto a la vista, es decir, con falta de diligencia por parte de su titular a la hora de ocultarlo, pero en todo caso no afecta al aspecto central de la manipulación. Igualmente s. TS 16-3-99<sup>50</sup> que ofrece una amplia visión retrospectiva de la doctrina jurisprudencial.

Es posible, sin embargo efectuar todavía alguna matización. En los casos anteriores, si la obtención de dinero se realiza sobre la base de la alteración de los datos contenidos en la banda magnética de la tarjeta, cabe hablar de manipulación informática y con ello de estafa informática. En este sentido ya se pronunció ROMEO.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> (A. 1442)

<sup>51</sup> "Delitos cometidos con utilización de tarjeta de crédito, en especial en cajeros automáticos", *Poder Judicial*, número especial IX (1988), p. 128. En contra PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455.

# Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro

Kai Ambos

Research Fellow at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law

## Presentación

El siguiente trabajo fue publicado originalmente en la Revista *Juristische Arbeitsblätter* (JA), vol. 29 (1997), págs 983-990 bajo el título “*Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer*”. Debo agradecimientos a la traductora del original alemán, *Claudia López Díaz*, abogada y investigadora de la Universidad Externado de Colombia. La traducción ha sido revisada y complementada por el autor.

Quiero también agradecer al Prof. Eduardo Montealegre, actualmente Viceprocurador de la Nación, y al Sr. Antonio Milla, director del Dept. de Publicaciones, por la edición del trabajo en su prestigiosa serie “Cuadernos de Conferencia y Artículos” del Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia donde ya me publicó otro trabajo sobre “dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder” (No. 20).

Finalmente agradezco a mis asistentes Thomas Rein, stud. jur., y Jan Woitschnik, assessor jur. e investigador del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional que, como siempre, revisaron cuidadosamente partes del texto.

Kai Ambos, Freiburg im Breisgau, Alemania, febrero de 1999

## I. Introducción<sup>1</sup>

El problema jurídico central acerca de los disparos mortales en el muro, es si el disparo mortal «normal», o sea, el que no corresponde a un exceso<sup>2</sup>, está

---

<sup>1</sup> Abreviaturas: AT : Allgemeiner Teil ( Parte General); BGBl: Bundesgesetzblatt ( Gaceta Federal de Leyes, RFA); BGH: Bundesgerichtshof (Corte Suprema Federal); BGHSt: Entscheidungen des BGH in Strafsachen (Colección de Sentencias de la Corte Su-

cubierto por el § 27 II de la Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana (RDA)<sup>3</sup> y si esa causa de justificación ha de ser también reconocida en razón al Artículo 103 II de la Constitución Federal de Alemania (*Grundgesetz-GG*)<sup>4</sup>. El problema fue resuelto definitivamente al nivel del de-

prema en materia penal); BVerfG : Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional Federal); BVerfGE: Entscheidungen des BVerfG ( Colección de Sentencias de la Corte Constitucional); CEDH : Corte Europea de Derechos Humanos; ComEDH: Comisión Europea de Derechos Humanos; CP: Código Penal; EJIL: European Journal of International Law; EuGRZ: Europäische Grundrechte Zeitschrift; FAZ : Frankfurter Allgemeine Zeitung; FS: Festschrift (Libro Homenaje); GA: Goldammer's Archiv; Gbl: Gesetzblatt (Gaceta de Leyes de la RDA); GG: Grundgesetz (Constitución de la RFA); JA: Juristische Arbeitsblätter; JöR: Jahrbuch des öffentlichen Rechts; JR: Juristische Rundschau; Jura: Juristische Ausbildung; JuS: Juristische Schulung; JZ: Juristenzeitung; KritJ: Kritische Justiz; LG: Landgericht (Corte Provincial del «Land»); NJ: Neue Justiz; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; nm: nota marginal; NSTZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht; NSTZ-RR: Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport; OGHSt: Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs in Strafsachen ( sentencias de la Corte Suprema-de la zona británica-en materia penal); OstEuR: Osteuroparecht PIDCyP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; RDA: República Democrática de Alemania RFA: República Federal de Alemania; ROW: Recht in Ost und West; RuP: Recht und Politik; s.: siguiente; SED: Sozialistische Einheitspartei Deutschlands ( Partido Socialista Unificado de Alemania Oriental); SJZ: Süddeutsche Juristenzeitung; ss.: siguientes; UZwG: Gesetz über die Anwendung des unmittelbaren Zwangs (Ley sobre la aplicación de la coerción inmediata); ZRP: Zeitschrift für Rechtspolitik; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

- <sup>2</sup> Según la opinión de este autor existe un exceso cuando el hecho no se mueve más en el marco típico del § 27 de la Ley de la Frontera. Un caso claro se presentó en BGHSt 39, 353: Un fugitivo a quién ya se le había detenido y se estaba rindiendo fue fusilado. En tales «ejecuciones» falta la situación justificante conforme al § 27 de la Ley de Fronteras, por lo demás puede existir asesinato (aquí con alevosía), ver BGHSt 39, 353, 366 y siguientes. Pero también en casos menos extremos como por ejemplo, el disparar sin prevenir o el disparo de ráfagas en vez del disparos sueltos, se presenta exceso. La punibilidad de estos actos excesivos pueden ser solamente puestos en discusión por quién también ve cubierto por el Art 103 II GG el desistimiento de la persecución en el sentido de un positivismo extremo o de una simple facticidad (cf. ante todo *Jakobs* (1992), pp. 51 y ss; resumido *Zimmermann* JuS 1996, 865, 868 y ss; en cuanto al exceso en relación con los delitos del nazismo; *Jäger* (1967), pág 22 y ss.)
- <sup>3</sup> Según el § 27 II de la Ley de Frontera, el empleo de las armas de fuego estaba justificado para evitar un delito. Como «delito» se clasificaba regularmente el llamado « traspaso ilegal de frontera» (§ 213 del CP de la RDA). De acuerdo con las órdenes que imperaban en ese momento, generalmente se debían impedir traspasos fronterizos ilegales de acuerdo con un esquema fijo de comportamiento consignado en el § 27 de la Ley de Frontera, y en lo posible sin la muerte del fugitivo. Sin embargo, se consideraba válida la siguiente regla empírica: « Es preferible que el fugitivo muera a que la fuga tenga éxito». Ver *infra* lista de normas citadas
- <sup>4</sup> Prohibición de retroactividad. Art 103 (2) «Un hecho solo puede ser castigado, cuando la punibilidad este determinada legalmente antes de que el hecho se cometa».

recho interno con la decisión de la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht-BVerfG*) del año 1997<sup>5</sup>. La Corte sigue en esencia la argumentación de la Corte Suprema Federal (*Bundesgerichtshof-BGH*), la cual —a pesar de que aún falta la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)<sup>6</sup>— es razón suficiente para hacer a continuación una presentación sistemática de dicha argumentación y apreciarla críticamente. Al respecto, se puede diferenciar entre la antijuridicidad del comportamiento del autor inmediato (soldado de frontera) y los autores mediatos (miembros del Consejo Nacional de Defensa, Generales).

## II. La antijuridicidad del comportamiento del soldado de frontera

También la Corte Suprema Federal (BGH) en los casos «normales» de disparos en el muro, parte del supuesto de que en ellos se presentan las condiciones de la Ley de Fronteras y con ello una justificación acorde con el derecho de la República Democrática Alemana (RDA). Contrariamente con las posiciones de los Tribunales inferiores de los Estados Federales, el BGH adopta en este caso una interpretación jurídica de la Ley de Frontera orientada a la práctica estatal de la RDA que no corresponde a la interpretación occidental basado en consideraciones jurídico-estatales. Como ésta práctica estatal ha estado «caracterizada por la preferencia del impedimento de la fuga antes que por la protección de la vida», un homicidio estaría justificado como último medio para impedir una fuga de acuerdo con el § 27 de la Ley de Frontera<sup>7</sup>.

Sin embargo, en el paso siguiente de examen la jurisprudencia sostiene que una causa justificante de este tipo así entendida, no debe ser tenida en cuenta por razones de derecho natural y de derechos humanos (sobre esto ver numeral 1). Tan sólo una interpretación del § 27 II de la Ley de Frontera que esté conforme con los derechos humanos, podría llevar a su aplicabilidad (numeral 2); así la declaración de nulidad del Art. 27 II de la Ley de Frontera (contraria a los derechos humanos), no se presentaría como una violación

---

<sup>5</sup> *Corte Constitucional Federal (BVerfG)* en NJW 1997, pp. 929ss. = EuGRZ 1996, pág. 538 = StV, 1997, pág. 14 = NJ, 1997, pág. 19 = JZ, 1997, pág. 142, con nota de Starck. Más detallado abajo I.3.c.).

<sup>6</sup> El acusado *Streletz* ha presentado un recurso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH), de conformidad con los artículos: 25 I Convención Europea de DDHH (CEDH) en relación con el Art 43 y s. de las reglas de Procedimiento de la Comisión ( Periódico FAZ del 29.11.96.). Si la Comisión considera dicho recurso procedente y fundamentado, entonces el recurso será presentado ante el CEDH (Art. 48 I a CEDH). A cerca de la problemática del derecho internacional penal ver: *Ambos* StV 1997, págs 39, 42; *Kennthner* NJW 1997, pág 2.298, quien considera que se ha superado la concepción restrictiva alemana en cuanto al derecho penal internacional.

<sup>7</sup> Comparar: BGHSt 39,1.14; así mismo, Corte Suprema Federal (BGH) NJW, 1993, 1932, 1935

del Artículo 103 II GG (numeral 3). Estos argumentos provocaron considerables críticas en la doctrina (sobre esto ver también en lo siguiente)

### 1. ¿ No consideración del § 27 de la Ley de Frontera con base en las reglas del derecho natural y derechos humanos ( Fórmula de Radbruch)?

a) Según la opinión del BGH una causa de justificación que otorgue preferencia al impedimento de fuga sobre la vida humana debe permanecer fuera de consideración, «a causa de la lesión de principios jurídicos superiores que también deben ser tenidos en cuenta por la RDA, y a causa de una violación extrema del principio de la proporcionalidad»<sup>8</sup>. En efecto, una no-consideración del artículo debería permanecer limitada a «excepciones extremas»<sup>9</sup>, sin embargo esta no consideración se debería presuponer siempre que en la correspondiente causa justificante se exprese una grave y evidente infracción contra los principios básicos de la justicia y de la humanidad; la infracción debe ser tan grave que lesione las convicciones jurídicas sobre el valor y la dignidad humana que es común a todos los pueblos<sup>10</sup>. La contradicción entre la ley positiva y la justicia, en el sentido de la Fórmula de Radbruch<sup>11</sup>, deberá ser tan intolerable, que la ley positiva como derecho incorrecto, debería ceder el paso a la justicia («Fórmula de la intolerabilidad»-*Unerträglichkeitsformel*). La aplicación de la Fórmula de Radbruch no se limitaría por el hecho de que su creador la concibió únicamente en relación con la injusticia nacional-socialista (y correspondientemente ella habría sido empleada con mayor justificación por la jurisprudencia alemana de la postguerra para fundamentar, basado en el derecho natural, la invalidez de las órdenes hitlerianas<sup>12</sup>). El BGH toma en cuenta la diferencia, bien enfatizada en la doctrina, entre la injus-

<sup>8</sup> BGHSt 39, 1, 15; así mismo BGH NJW 1993, 1932, 1935; 1994, 2703, 2705; 1994, 2708, 2709 y s.; 1995, 2728, 2730 y s. (confirmación explícita en contra de la crítica en la doctrina); BGH NJW 1995, 2732, 2733; dejado abierto por BGH NJW 1997, 1245, 1246 (muerte de un prófugo armado); sobre esto ver la nota de *Ambos*, NSStZ 1997, 492 y s.. Comparar también la clasificación sistemática de la jurisprudencia y la doctrina por *Arnold* (1997), 172 y ss., 227 y s..

<sup>9</sup> Una simple infracción contra el «orden público», por ejemplo, no sería suficiente (BGHSt 39, 1, 15); pero así *Küpper/Wils* ZRP 1992, 91, 93.

<sup>10</sup> BGHSt 39, 1, 15 y s..

<sup>11</sup> *Radbruch* SJZ 1946, 105, 107; « El conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia podría ser solucionado, en cuanto que el derecho.... positivo tiene la prioridad, incluso cuando su contenido es injusto e impropio, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan intolerable y lleve a que la ley como « ley injusta » tiene que ceder terreno a la justicia.» (Subrayado del autor). Para alcanzar una comprensión correcta de la fórmula de Radbruch ver *Arthur Kaufmann* NJW 1995, 81, 83; *Sprenger* NJ 1997, 3, 5 y s..

<sup>12</sup> OGHSt 1, 321, 324; 2, 231, 233; 2, 269, 271 y s.; BGHSt 2, 173, 177; 2, 234, 237 y ss.; 3, 110, 128; 3, 357, 362 y s.

ticia nacional-socialista y la injusticia del régimen del Partido Unitario Socialista (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands-SED*), pero a pesar de ello no se aparta de su jurisprudencia<sup>13</sup>. Como una medida más concreta, la Corte se refiere, concretizando las reglas del derecho natural, a los artículos 6 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP)<sup>14</sup>, por el cual la RDA, a más tardar<sup>15</sup> desde 1974 por medio de su ratificación estaba comprometida<sup>16</sup>; sin que lo haya puesto en práctica dentro de su jurisdicción interna en concordancia con el artículo 51 de su propia Constitución<sup>17</sup>. La lesión de esas normas del Derecho Internacional por parte de la Ley de Frontera y la práctica estatal descrita, «también imposibilitan al Senado a adoptar como causa justificante al § 27 de la Ley de Frontera»<sup>18</sup>.

- b) Esta argumentación se ve enfrentada a varias *objeciones*<sup>19</sup>. Ante todo la misma fórmula de Radbruch es de un valor limitado. En verdad ella posibilita, mediante una *falsificación* en un primer nivel de revisión la comprobación del *injusto legal*, pero no crea, por carencia de una verificación en un segundo nivel, un derecho *supralegal*, el cual debería reemplazarlo<sup>20</sup>. Se origina así un «vacío normativo»<sup>21</sup>, una laguna en la reglamentación<sup>22</sup> que tampoco pueden ser llenadas recurriendo a las reglas del derecho natural<sup>23</sup>. Además, la aplicación de las mismas premisas fundamentales de

<sup>13</sup> BGH NJW 1995, 2728, 2730 y s., con numerosas indicaciones de —innumerable— literatura; parecido: BGH NSTZ-RR 1996, 323, 324.

<sup>14</sup> BGBl 1973 II 1534.

<sup>15</sup> BGHSt 39, 1, 16 parte desde 1974, BGH NJW 1994, 2708, 2709 pero parte desde 8.11.1973 en relación con la entrada en vigencia ambas decisiones parten del 23.03.1976 (Gaceta Oficial II 108)

<sup>16</sup> Gbl RDA 57. Sin embargo, el BGH infiere también de la inoperancia del § 27 de la Ley de Frontera a causa de principios no escritos basados en el Derecho Público Internacional, incluso antes del compromiso de la RDA con el PIDCyP. (BGH NJW 1994, 2708, 2709 y s.).

<sup>17</sup> Para el compromiso con el Derecho Internacional Público no se depende de esto (comparar art. 46 I Tratado de Viena sobre el Derecho de Tratados, BGBl 1985II 926). Atinadamente, aunque sin tener en cuenta la correcta argumentación del Derecho Internacional Público, BGHSt 39, 1, 16 y s., con referencia de autores de la RDA; también BGH NJW 1995, 2728, 2731.

<sup>18</sup> BGHSt 39, 1, 16 y siguientes, 22.

<sup>19</sup> En sentido afirmativo por ejemplo *Eser* (1996), pág. 337, 339 con más referencias en nota a pie de página 13; *Herzog* (1993), pág. 47.

<sup>20</sup> Comparar en especial *Arthur Kaufmann* NJW 1995, 81, 82; también pág 85 clarificando los conceptos «supra-legal» en contraposición con el derecho « supra-positivo» y « derecho natural».

<sup>21</sup> *Jakobs* GA 1994, 1, 12, 13 y s..

<sup>22</sup> *Pawlik* GA 1994, 472, 481 y siguiente.

<sup>23</sup> Comparar en especial *Jakobs* (1993), 5/29, el cual indica que la inoperancia de la prohibición de retroactividad de la orden de disparo, no podría «reconstruir» la punibilidad; similar *H. Dreier* JZ 1997, 421, 428 y s. según lo cual un derecho natural

la Fórmula de Radbruch es muy discutida. Ante todo, es muy cuestionable si las disposiciones respectivas (§ 27 de la Ley de Frontera en concordancia con el §213 del Código Penal de la RDA, traspaso ilegal de la frontera) representan una tal extrema e insoportable injusticia como lo entendió Radbruch. En contra se arguye en primer lugar, como también lo reconoció básicamente el BGH, que la injusticia nacional-socialista no es comparable con la injusticia del SED, pero Radbruch se refirió exclusivamente a la primera<sup>24</sup>; por otra parte, en el § 213 del CP de la RDA, no estaba escrita la mácula del injusto<sup>25</sup>. Así, solamente los graves sucesos ocurridos en el muro, es decir, los actos excesivos, pueden alcanzar el contenido del injusto que Radbruch tuvo ante sus ojos<sup>26</sup>. Según la primera parte de la Fórmula de Radbruch, que no fue citada por la jurisprudencia, un injusto de menos importancia en forma del derecho positivo tiene que ser aceptada<sup>27</sup>.

El renacimiento del derecho natural que acompaña a la Fórmula de Radbruch cae también finalmente en conflicto con el *mandato de certeza (lex scripta)*, ya que no hay un *solo* derecho natural y desde un principio la concepción de un derecho natural socialista se ha diferenciado considerablemente de la concepción occidental de ese derecho<sup>28</sup>.

También la referencia, en principio laudable<sup>29</sup>, a los Derechos Humanos, en especial a los artículos 6 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) no ayuda más. Ya desde la perspectiva del derecho internacional público es muy dudoso si el régimen de fronteras

sustituto no sería deseado. En contra BGH NJW 1995, 2728, 2732: en caso de nulidad de la causa justificante permanece aplicable el tipo penal del homicidio (§112 y s. del CP de la RDA). Pero aquí se trata de la punibilidad como totalidad, no solo la tipicidad. A cerca de la idea del derecho natural en la jurisprudencia desde 1945: Faller JöR 1995, 1.

<sup>24</sup> Cfr. la referencia de Radbruch a las «circunstancias particulares de los 12 años Nazi» (Saliger (1995, pág 34).

<sup>25</sup> Así también Arnold/Kühl JuS, 1991, 993, nota a pie de página 68; similar Dannecker Jura 1994, 585, 589 y s.; Dannecker/Stoffers JZ 1996, 490, 491 y s.; Grünwald StV 1991, 31, 36 y s.; Ott NJ 1993, 337, 339; Arnold JuS 1997, 400, 401 y s.; Roggemann NJ 1997, 226, 231; en el resultado también Mlehe (1995), págs 647, 660. Para extrema injusticia por ejemplo Hruschka JZ 1993, 665,667; Laskowski JA 1994, 151, 162 y s.; probablemente también Arthur Kaufmann NJW 1995, 81, 84, cuando el escribe: «... no sería coherente, el no llamar un injusto grave injusto grave, solamente porque ha habido otro injusto todavía más grave».

<sup>26</sup> Arthur Kaufmann NJW 1995, 81, 83, 84 y s.; R. Dreier (1993), págs. 57, 68; Alexy (1993), pág 22; Frowein/Peukert (1996), Art.7 nm 8.

<sup>27</sup> Cfr supra nota 10.

<sup>28</sup> Comparar por ejemplo Amelung JuS 1993, 637, 640. Más allá crítica Grünwald (1971), pág 14, el punto de vista forma de la Fórmula de Radbruch; similar Pawlik GA 1994, 472, 479 y s.

<sup>29</sup> Así ante todo Fiedler OstEuR 1993, 259, 265; del mismo autor JZ 1993, 206, 207.



representa una infracción contra los preceptos mencionados<sup>30</sup>. El texto del Artículo 12 III PIDCyP, clarifica que a los estados signatarios se les debe permitir un considerable campo de acción discrecional en relación con sus reglamentaciones y seguridades fronterizas<sup>31</sup>. Pero los preceptos mencionados tampoco contienen directamente deberes de castigo del derecho internacional público. Por cierto que tales deberes de castigo se dejarían justificar para determinados delitos internacionales,<sup>32</sup> en especial para los delitos contra la humanidad<sup>33</sup>; sin embargo, los disparos mortales en el muro no se pueden clasificar como delitos contra la humanidad<sup>34</sup> y una tal obligación en el derecho internacional público, tampoco tendría directamente consecuencias estatales internas<sup>35</sup>.

En esto le corresponde también una gran importancia a la (insuficiente) transformación del Pacto Internacional para los Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) en la RDA. El BGH desconoce que solamente el cumplimiento interno por un Estado de un tratado implica también las correspondientes obligaciones estatales internas. Esto también se deduce especialmente del Artículo 103 II GG (Principio de certeza)<sup>36</sup>. Si además, se tiene en cuenta la perspectiva vigente en la RDA, es decir, los principios de la legalidad socialista, no queda muy claro el significado del PIDCyP, porque en la doctrina y en las comunicaciones oficiales de la RDA, se encuentran expresiones contradictorias<sup>37</sup>.

Al fin y al cabo el recurrir al PIDCyP representa solo una «solución provisional»<sup>38</sup>, como lo muestra la jurisprudencia sobre la validez de los principios de los derechos humanos anterior a la entrada en vigor del PIDCyP<sup>39</sup>. De hecho, el BGH quiere asegurar empíricamente las reglas poco claras y concretas del derecho natural por medio de la consideración de los dere-

<sup>30</sup> Recha *Polakiewicz* EuGRZ 1992, 177, 185, 186 y s. Lo aprueba: *Amelung* JuS 1993, 637, 640 y s.; *Ott* NJ 1993, 337, 341 y ss.; *H Dreier* JZ 1997, 421, 423. Esto depende también de si uno se orienta por el puro texto de la ley o por la práctica estatal.

<sup>31</sup> *Polakiewicz* EuGRZ 1992, 177, 186; *Laskowski* JA 1994, 151, 159 y s.; escéptico también *Jung* JuS 1993, 603.

<sup>32</sup> Comparar más profundamente *Ambos* (1997), pág 163 y ss. (en castellano: Impunidad y Derecho Penal Internacional. Medellín 1997, pp. 221 y ss.).

<sup>33</sup> Bajo estos se consideran en especial delitos graves de tipo sistemático y de carácter masivo (Comparar *Ambos*: EJIL 1996, pág 536 y s.).

<sup>34</sup> *Polakiewicz* EuGRZ 1992, 177, 191 y s.; *Pawlik* GA 1994, 472, 473; *Laskowski* JA 1994, 151, 161; *Ott* NJ 1993, 337, 339 y s..

<sup>35</sup> Comparar más profundamente, *Ambos* StV 1997, 39, 41 y s..

<sup>36</sup> En la conclusión en el mismo sentido, *Dannecker* Jura 1994, 585, 590 y s.; *Gropp* NJ 1996, 393, 395; *Amelung* JuS 1993, 637, 641; del mismo autor GA 1996, 51, 56; del mismo autor NSTz 1995, 29, 30; otra opinión *Fiedler* JZ 1993, 206, 207

<sup>37</sup> Comparar *Herrmann* NSTz 1993, 118, 119.

<sup>38</sup> *Gropp* NJ 1996, 393, 396.

<sup>39</sup> Comparar con esto supra nota 15.

chos humanos («derecho natural empírico»<sup>40</sup>). Sin embargo, esto solo es posible cuando también existe un derecho convencional de los derechos humanos y, además, este derecho esté suficientemente concretado por medio del «derecho de casuística» («case law»); en otros casos se debe recurrir al Derecho consuetudinario internacional y a los principios generales del derecho<sup>41</sup>, es decir, categorías que difícilmente podrían corresponder al mandato estatal interno de certeza (sobre esto ver abajo).

Por último no debe ignorarse que también las normas de la República Federal Alemana (RFA) de la coerción inmediata (§ 11 UZwG) y del derecho policial<sup>42</sup> permiten el uso de armas de fuego. De esta manera el BGH absolvió en el año 1988 a un oficial de frontera, quien le había disparado por detrás a un motociclista fugitivo<sup>43</sup>. Según *Amelung*, el BGH considera que el caso del motociclista fugitivo y los casos de protección del muro no son comparables a causa del aspecto interno del hecho delictivo: en el caso del motociclista el autor sólo habría actuado con consciente imprudencia; en los casos de protección del muro se presentaría regularmente el dolo eventual<sup>44</sup>. Por lo demás, el uso de las armas de fuego se debería limitar exclusivamente a la defensa<sup>45</sup>. La no comparabilidad entre los disparos mortales según el derecho de la RDA y el de la RFA, se produce, sin embargo, más bien por lo que se entiende por proporcionalidad. Si la Ley de Frontera y la práctica basada en dicha norma como consecuencia última acepta, y aún ordena, la muerte del fugitivo para evitar la fuga, no puede —según la concepción del Estado de Derecho— efectuarse ningún verdadero examen de la proporcionalidad porque el régimen de frontera ha decidido ya previamente dicha consideración a favor de la decisión de impedir la fuga. En cambio, según el derecho vigente de la RFA, la decisión de que si un disparo mortal pueda parecer justificado depende de si, por medio de la fuga, se han puesto en peligro importantes bienes jurídicos de la seguridad y del orden público; por tanto, debe efectuarse siempre un verdadero análisis en cada caso en particular<sup>46</sup>.

---

<sup>40</sup> *Amelung* NStZ 1995, 29, 30. Similar *H.Dreier* JZ 1997, 421, 427 («Naturrecht im Gewande des Völkerrechts»): «Derecho natural en el vestido del derecho internacional público»)

<sup>41</sup> En relación con las fuentes tradicionales del derecho internacional público confrontar Art 38 del Estatuto del Tribunal Internacional (BGBl 1973 II 505).

<sup>42</sup> Cfr. por ejemplo, §§ 53 y s. de la Ley Policial de Baden Württemberg (PolG Ba-Wü)

<sup>43</sup> BGHSt 35, 379.

<sup>44</sup> BGHSt 35, 379, 386.

<sup>45</sup> *Amelung*, JuS 1993, 637, 639. *Amelun*, al parecer se refiere a la decisión del BGHSt 39,1,22, donde se declara que, siguiendo a *Frowein* (1990), págs 112, 117 que el empleo de las armas de fuego contra personas contiene una peligrosidad incontrolable y por lo tanto debe ser limitado también en el área fronteriza (§ 11 UZwG), a la defensa de la persona humana.

<sup>46</sup> Comparar también BGHSt 35, 379

## 2. ¿Interpretación conforme con los derechos humanos?

- a) Partiendo del carácter violatorio de los Derechos Humanos del § 27 de la Ley de Frontera y por ello de la no consideración de esta norma, la jurisprudencia se pregunta en un próximo paso si, a pesar de ello, no se podría llegar a una aplicación del § 27 de la Ley de Frontera a través de una interpretación conforme con los Derechos Humanos<sup>47</sup>. Este paso, sin duda, no es exigido por la lógica, pues si se parte de la no consideración del § 27 de la Ley de Frontera, se ha logrado ya el objetivo deseado, es decir, la exclusión de esa causa justificante, e inmediatamente se podría comenzar con el examen del Art. 103 II GG. Sin embargo, el BGH incorpora este paso intermedio justamente con el fin de construir un derecho para el tiempo del hecho (Tatzeitrecht), que hace posible un castigo sin una violación contra la prohibición de retroactividad<sup>48</sup>.

El BGH parte de las normas de derecho de la RDA que —desde su perspectiva— permiten una interpretación conforme con los derechos humanos, es decir, de las normas constitucionales y ordinarias y de determinadas declaraciones políticas<sup>49</sup>. De esto y en especial del derecho reconocido constitucionalmente a la vida y al principio de la proporcionalidad, resulta que el § 27 II de la Ley de Frontera debería ser entendido de la siguiente manera:

« En los casos descritos allí, el soldado de frontera debió emplear su arma de fuego para impedir la fuga; sin embargo, la causa justificante encuentra un límite, cuando se dispara con dolo de matar sobre... un fugitivo desarmado y tampoco peligroso para la integridad o la vida de otras personas. De acuerdo con esto el homicidio ....eventual doloso no estaba cubierto por el § 27 párrafo 2 de la Ley de Frontera, interpretado favorablemente de conformidad con los Derechos Humanos»<sup>50</sup>.

- b) Este punto de vista ha encontrado un rechazo generalizado en la doctrina<sup>51</sup>. A la Corte Suprema Federal (BGH) se le ha reprochado que se pone

<sup>47</sup> Comparar BGHSt 39, 1, 23 y ss.; así mismo BGH NJW 1993, 1932, 1935.

<sup>48</sup> Similar por ejemplo Herrmann NSTz 1993, 118, 120; Schroeder JR 1993, 43, 49 y s..

<sup>49</sup> Comparar en especial § 95 del CP de la RDA, según el cual la responsabilidad penal no se excluye en la ley, orden o indicación, que no respete: los derechos fundamentales, los derechos humanos y los deberes del derecho internacional público o la soberanía de la RDA.

<sup>50</sup> BGHSt 39, 1, 25 (subrayado del autor)

<sup>51</sup> Jakobs GA 1994, 1, 7, 15; del mismo autor, Strafrecht AT (1993) 5/29; Pawlik GA 1994, 472, 474 y s.; Dannecker Jura 1994, 585, 591 y s.; Dannecker/Stoffers JZ 1996, 490, 492; Amelung JuS 1993, 637, 638, 641; Fiedler JZ 1993, 206, 208; Laskowski JA 1994, 151, 161; Gropp NJ 1996, 393, 395; Hermann NSTz 1993, 118, 120; Günther StV 1993, 18, 21 y ss.; Schroeder JR 1993, 43, 48 y s.; Luchterhandt (1994), pág. 165, 179 y ss.; Arnold (1995), págs 283, 306 y ss.; Dreier JZ 1997, 421, 426 y s.. Parcialmente de acuerdo con el BGH: Lüderssen (1992), pág 28 y ss., 69 y ss., 146 y s. (= ZStW 104 ( 1992), 735; confrontar también StV 1991, 482, 486 y s.); así mismo, del

en contradicción con sus propias reflexiones, respecto a la no consideración del § 27 de la Ley de Frontera, cuando se basa —desconociendo la *práctica* en la RDA— en un derecho positivo puro y con ello en un «mundo jurídicamente ilusorio» y en unos «supuestos dogmáticos ficticios y alejados de la realidad»<sup>52</sup>, para poder fundamentar una interpretación de la Ley de Frontera conforme con los derechos humanos. Con esto, de hecho el BGH ignora, por lo menos en lo que se refiere a las decisiones en los casos de los disparos en el muro<sup>53</sup>, las condiciones reales del derecho de la RDA, pues este derecho estaba determinado por los principios de una legalidad socialista pero no por una percepción occidental de valores, en especial en lo que se refiere al principio de la proporcionalidad en función de la defensa del individuo. Las leyes estaban para ser aplicadas «de conformidad con los objetivos de la RDA»<sup>54</sup> y de esto ya se deduce que no debe imponerse una concepción extraña y diferente de los derechos humanos<sup>55</sup>. Una interpretación puramente literal de la ley se queda demasiado corta, «pues no se trata aquí de cómo se representaba a sí misma la RDA sino de cómo era»<sup>56</sup>. Si se acepta el punto de partida del BGH, respecto a que ya en los tiempos de la RDA era posible una interpretación conforme con los Derechos Humanos, los soldados de frontera han debido ser castigados en ese momento según el derecho de la RDA. No obstante, esto no sucedió nunca, ni siquiera en los casos de excesos, como lo muestran, entre otras cosas los reconocimientos y los ascensos<sup>57</sup>. A pesar de esta crítica el BGH se mantuvo en su opinión en el sentido de que una interpretación acorde con los derechos humanos ya estaba esbozada en el derecho de la RDA<sup>58</sup>.

Si uno puede controvertir esto con buenos argumentos y ante todo con argumentos empíricos, tampoco se puede exagerar la orientación a un ordenamiento jurídico que no corresponde a la concepción occidental de los derechos humanos. La interpretación inmanente de un sistema determinado de un ordenamiento jurídico ajeno, aunque éste no sea necesariamente contrario ideológicamente, sufre siempre el problema del entendimiento ajeno (*Fremdverstehen*), es decir, que uno valora usualmen-

---

mismo autor más reciente JZ 1997, 525 y ss., 530, 531 y ss. para un «positivismo restrictivo» y para acusar al BGH -medidas de dos clases- con miras a casos de prevaricato (así también *Roggemann* NJ 1997, 226, 230 y s.). Instructivo en cuanto al estado de la discusión: *Zimmermann* JuS 1996, 865, 868 y s.; *Arnold/Weigend*, ROW 1997, 81 y ss, 89 y ss.

<sup>52</sup> *Fidler* JZ 1993, 206, 208.

<sup>53</sup> De otra forma en el prevaricato, confrontar por ejemplo BGH NJW 1994, 529, 531 y s.

<sup>54</sup> Comparar *Amelung* JuS 1993, 637, 638; *Günther* StV 1993, 18; *Lüderssen* JZ 1997, 527.

<sup>55</sup> *Herrmann* NStW 1993, 118, 119.

<sup>56</sup> *Jakobs* GA 1994, 1, 15. En contra por ejemplo, *Lampe* ZStW 106 (1994) 683, 710.

<sup>57</sup> *Gropp* NJ 1996, 393, 395.

<sup>58</sup> BGH NJW 1995, 2728, 2731.

te ese ordenamiento jurídico desde el punto de vista del propio ordenamiento jurídico, o sea que no se puede entender de forma inmanente<sup>59</sup>. Este problema no puede eludirse tampoco con la renuncia completa a una interpretación,<sup>60</sup> porque el problema jurídico correspondiente requiere una solución; y ésta se debe buscar fundamentalmente partiendo del ordenamiento jurídico afectado. Dicha solución debe lograr un punto intermedio entre el respeto al ordenamiento jurídico ajeno y la aceptabilidad normativa por parte del ordenamiento jurídico propio. Por tanto, se debe partir necesariamente del ordenamiento jurídico ajeno («tal como era»<sup>61</sup>), pero sin permitir toda perversión de la propia concepción jurídica y tomarla como base del juicio propio. Los castigos corporales, por ejemplo, que son comunes en el derecho islámico, traspasan la concepción occidental propia de un Estado de Derecho y, por tanto, tampoco pueden encontrar reconocimiento, como punto normativo de partida en un caso ante un tribunal «occidental». También, a la consideración de la *facticidad*, en el sentido de una no-persecución fáctica de violaciones a los Derechos Humanos, se le deben poner *límites normativos*; a estos solo se puede renunciar bajo la auto-renuncia (*Selbstaufgabe*) a la propia concepción del derecho y, con ello, a una auto-negación (*Selbstverleugnung*).

### 3. ¿Violación al Artículo 103 II de la Constitución Federal (Grundgesetz)?

- a) De acuerdo con el Art. 103 GG, un delito solo puede ser castigado cuando la *punibilidad* al tiempo del hecho haya estado determinada por la ley (prohibición de la retroactividad). La prohibición de la retroactividad protege la confianza del autor respecto a la situación jurídica vigente al momento de la ejecución del hecho e impide con ello la arbitrariedad legislativa<sup>62</sup>. La «punibilidad» incluye básicamente la tipicidad y la antijuridicidad del comportamiento incriminado. Esto significa también que las causales de justificación (supralegales) están comprendidas también por el ámbito de protección del Art. 103 II GG<sup>63</sup>. Si retroactivamente se llega a derogar una causa de justificación o se limita por consideraciones de derecho natural o además conforme a los derechos humanos, de tal forma que esta causa justificante no cubre más los casos comprendidos al momento de la ejecu-

<sup>59</sup> Sobre este problema que es conocido en el derecho comparado *Lüderssen* (1992), pág 58 y s.; *del mismo autor*, JZ 1997, 526 y ss; *Günther StV* 1993, 18, 22 y s.; *Gropp NJ* 1996, 393, 395; *Roggemann NJ* 1997, 226, 230 y s.

<sup>60</sup> Así en principio *Günther StV* 1993, 18, 22.

<sup>61</sup> *Jakobs GA* 1994, 1, 15.

<sup>62</sup> Comparar *Dolzer/Vogel-Rüping*, Art. 103 II, nota marginal (nm) 16. Más fundamental: *Schreiber*, (1976).

<sup>63</sup> Comparar BVerfGE 25, 269, 286; *Dolzer/Vogel-Rüping*, Art 103 II, nm 50, 60, 67; *Sch/Sch-Eser*, § 2 nm3; *Roxin* (1997), § 5 nm 53; *Engels GA* 1982, 109, 114 y ss..

ción del hecho, entonces podría presentarse en una violación al Art. 103 II GG. Pues con esto, el comportamiento *originalmente no punible* (por carencia de tipificación de la infracción) se convierte *posteriormente* en un comportamiento punible por la eliminación de la causa justificante. Con esto se modifica el derecho anterior, en desventaja del acusado<sup>64</sup>.

- b) A pesar de que la jurisprudencia comparte las premisas descritas ella alcanza a una compatibilidad con el Art. 103 II GG<sup>65</sup>. La jurisprudencia, como ya se explicó, parte de que los disparos mortales en el muro, para el momento de la ejecución del hecho no estaban justificados, puesto que según las reglas propias de la RDA, el derecho al tiempo del hecho, podía interpretarse favorablemente conforme con los Derechos Humanos, en tal forma que los disparos mortales no estaban cubiertos por el § 27 II de la Ley de Frontera. Como una tal interpretación también haya sido posible también para la justicia de la RDA implica que «el juez no estaba obligado, en el sentido de pura facticidad con aquella interpretación que en la práctica estatal ha encontrado expresión al tiempo del hecho<sup>66</sup>» y que, para continuar el argumento, le ha proporcionado validez a la justificación con base en el § 27 de la Ley de Frontera, en forma contraria al derecho internacional. El juez debería, más bien, partir de la interpretación conforme a los derechos humanos, de tal forma que la punibilidad ya haya estado «determinada legalmente» al momento de la ejecución del hecho, puesto que —también según la tipicidad en el derecho de la RDA— el homicidio de un fugitivo no podía ser justificado por la Ley de Frontera. Con ello tampoco se derogaría el concepto sobre la protección de la confianza que emana del Art. 103 II GG, pues la confianza de que también en el futuro se aplique una causa justificante contraria a los derechos humanos, no merece protección. No representaría ninguna arbitrariedad, si el comportamiento de autor se juzgara como hubiera debido ser juzgado ya al tiempo del hecho de acuerdo con una interpretación correcta del derecho de la RDA<sup>67</sup>. Una interpretación contraria con los derechos humanos tampoco puede violar el Art. 103 II GG, porque una causa justificante así interpretada, «nunca hubiera alcanzado eficacia en razón de la evidencia del injusto que lleva incorporado<sup>68</sup>».

Más tarde la Corte Supremo Federal (BGH) «aclaró» una vez más ésta opinión<sup>69</sup>. La Corte Constitucional Federal (BVerfG) la confirmó, aunque

<sup>64</sup> Comparar *Sch/Sch-Eser*, § 2 nm 3. Con más referencias: *Roxin* (1997), § 5 nm 53. <sup>65</sup> BGHSt 39, 1, 26 y ss.; así mismo BGH NJW 1993, 1932, 1935.

<sup>66</sup> BGHSt 39, 1, 29.

<sup>67</sup> BGHSt 39, 1, 29 y s..

<sup>68</sup> BGH NJW 1995, 2728, 2730.

<sup>69</sup> Comparar BGH NJW 1995, 2728, 2731 y s., donde (una vez más) se reafirma que el Art. 103 II GG ni protege la confianza en la continuación de una determinada práctica de interpretación o de una práctica estatal, ni que tampoco un *futuro* ordenamiento con base en el Estado de Derecho no castigase esa práctica violadora de los dere-

empleando para ello mucho menos esfuerzo argumentativo<sup>70</sup>. El BVerfG argumentó de la misma manera que el BGH, con consideraciones de justicia basadas en el derecho natural y en los derechos humanos, en cuanto el Corte retira la prohibición de la retroactividad en vista de una causa justificante contraria a los derechos humanos:

«En esta situación muy especial el mandato de la *justicia* material, que también acepta el respeto de los derechos humanos reconocidos por el derecho público internacional, prohíbe la aplicación de una tal causa de justificación»<sup>71</sup>.

- c) De acuerdo a la opinión de la mayoría de la doctrina la inobservancia de la Ley de Frontera representa una violación contra el Art. 103 II de la Constitución Federal<sup>72</sup>. La interpretación del § 27 de la Ley de Frontera, conforme con los derechos humanos, viola la prohibición de la retroactividad, ya que representa una posterior revalorización de la situación jurídica real;

---

chos humanos en ese tiempo futuro (subrayado del autor). No obstante esta mirada en el futuro es completamente imposible de realizar en el momento de la ejecución del hecho.

<sup>70</sup> BVerfG (supra nota 3)

<sup>71</sup> BVerfG NJW 1997, 929, 930 (subrayado del autor). Crítica P.A. Albrecht NJ 1997, 1; Arnold NJ 1997, 115; del mismo autor JuS 1997, 400; H. Dreier JZ 1997, 421, 428, 431 y ss.; Roggemann NJ 1997, 226, 231; Ambos StV 1997, 39, 41 y s..

<sup>72</sup> Comparar por ejemplo Sachs-Degenhard, Art 103 nm 76; Dannecker Jura 1994, 585, 592 y s.; Dannecker/Stoffers JZ 1996, pág 490, 491 y ss.; Laskowski JA 1994, 151, 160 y s., 163; Arnold (1995), pág 306 y ss.; Jakobs (1992), pág 51; del mismo autor GA 1994, 1, 5 y ss., 16; Pawlik GA 1994, 472, 483; Grünwald StV 1991, 31, 32; Günther StV 1993, 18, 23 y ss; Hermann NStW, 1993, 118, 120; Kuhlen/Grammiger JuS 1993, 32, 37; Arthur Kaufmann NJW 1995, 81, 86; Polakiewicz EuGRZ 1992, 177, 188 y s.; H. Dreier JZ 1997, 421, 431 y ss; pero también Neumann (1993), pág 161, 168 y ss.; de forma diferenciada Gropp NJ 1996, 393, 397 (en nota infra 76); Welke KritJ 1995, 369, 376; Lüderssen (1992), pág 32, 34, 52, 146 y s. (que considera ciertamente significativa la Constitución, pero no los propósitos, ya sean políticos o informales; contrario a éste Jakobs GA obra ya citada; Pawlik, GA 1994, 472, pág 446 y s.; poco claro Peschel-Gutzeit/Jenckel (1996), pág 277, 295 y ss. (que aceptan al mismo tiempo la decisión del BGH, pero consideran la prohibición de la retroactividad como incompatible con el derecho supralegal). De acuerdo con la jurisprudencia, por ejemplo: Naucke (1996), página 47 y ss., el cual se orienta por no tomar fácticamente en consideración la prohibición de la retroactividad; Alexy (1993), pág 22 y ss., quien parte de una retroactividad oculta (pág 30), pero de acuerdo con una interpretación restrictiva del Art. 103 II GG (pág 35); Amelung JuS 1993, 637, 642 (interpretación conforme a los derechos humanos del derecho de la RDA); del mismo autor GA 1996, 51, 56; Schroeder JR 1993, 45, 46 y s., quien considera esto como la opinión dominante y solamente introduce razones para la ignorabilidad del § 27 de la Ley de Frontera; Eser (1996), 337, pág 339; Lampe (1993), pág 15, 25 y s.; Schünemann (1993), pág 173, 184 y ss; R. Dreier (1993), pág 57, 67 y s.; Schreiber ZStW 1995, 157, 170; Hruschka JZ 1992, 665, 669, quien elude la «auto-contradicción» de la unión del Estado de Derecho a derecho no jurídico-estatal a través del empleo (improcedente) del derecho de la RFA por medio del § 7 II Alt. 2 CP.

con ello contradice el sentido jurídico dominante para el momento de la ejecución del hecho y por esto no pudo haber sido previsto por los autores de aquella época. Pero la prohibición de la retroactividad exige, precisamente, partir del «pervertido» derecho de la República Democrática Alemana (RDA) y tomar hoy también éste derecho como base, tal como fue realmente entendido y aplicado<sup>73</sup>.

Una tal aplicación inmanente al sistema y exigida por el Art. 103 II de la Constitución Federal respecto a la aplicación del § 27 de la Ley de Frontera, conduce ciertamente a la impunidad de los casos «normales» de protección del muro; sin embargo, permanecen punibles los casos de excesos, incluyendo los casos de omisión de ayuda (omisión de medidas que salven vidas), puesto que estos casos ya eran punibles según el derecho de la República Democrática Alemana (RDA), que en principio debía ser aplicado<sup>74</sup>. Sin duda, tales reflexiones posteriores respecto a la punibilidad o bien la impunidad, de todos modos, no pueden ser decisivos dado el significado fundamental de la prohibición de retroactividad como derecho de protección comparable con los derechos fundamentales. Si se hubiera deseado restringir la protección de la prohibición de retroactividad en relación con ciertos hechos anteriores acaecidos en la RDA, entonces esto se hubiera debido reglamentar en el tratado de unificación y se hubiera debido expedir un acto legislativo que hubiera cambiado la Constitución Federal<sup>75</sup>. Ya que se desaprovechó esta oportunidad, rige la prohibición de retroactividad también a favor de estos hechos. A quien, con razones muy entendibles, esto le parezca intolerable, deberá declararse por lo menos partidario de un rompimiento abierto —en lugar de un rompimiento oculto—, con la prohibición de la retroactividad<sup>76</sup>. Finalmente, el repliegue sobre las reglas del derecho natural y los derechos humanos (Fórmula de Radbruch), otorga a la jurisprudencia junto con una «intangibilidad»<sup>77</sup> tam-

---

<sup>73</sup> Comparar con esto y en relación con el derecho del Estado Nacional-Socialista *Dencker* KritV 1990, 299, 304 y ss.

<sup>74</sup> Ellos fueron tipificados (comparar §§ 111 del CP de la RDA) y también sin ser justificados (el § 27 de la Ley de Frontera, es ignorado), comparado ya en la nota supra 1.

<sup>75</sup> Referente a una ley de esta índole en el sentido del Art. 7 II de la Comisión Europea de los Derechos Humanos (CEDH), 15 II del PIDCyP, por ejemplo: *Dannecker/Stoffers* JZ 1996, 490, 496; *Laskowski* JA 1994, 151, 165; *Dencker* KritV 1990, 299, 306; *Welke* KritJ 1995, 369 y s.; *Ambos* StV 1997, 39, 42; *Kenntner* NJW 1997, 2298, 2300. En este sentido también: *Herrmann* NSTZ 1993, 118, 121 cuando el promueve un rompimiento de la prohibición de retroactividad en «un núcleo de reconocimiento universal de los principios jurídicos».

<sup>76</sup> Así también *Dencker* KritV 1990, 299, 306 y s.; *Günther* StV 1993, 18, 23 y s.; criticando el rompimiento oculto de la prohibición de retroactividad: *Alexy* (1993), pág. 30.

<sup>77</sup> *Amelung* JuS 1993, 637, 640; así mismo *Gropp* NJ 1996, 393, 396; *Laskowski* JA 1994, 151, 163. En contra *Sprenger* NJ 1997, 3, 6.



bién una «indeterminabilidad» que apenas sería compatible con el principio de certeza<sup>78</sup>.

*Gropp*<sup>79</sup> señala que el «problema de la armonización» entre el Art. 103 II de la Constitución Federal (GG) y el derecho a la vida, de todas maneras, no podría solucionarse en tal forma que se le quite a todos los soldados de frontera la garantía del art. 103 II GG; más bien, deberían tenerse en cuenta las circunstancias del caso particular. Sin embargo, los criterios limitantes desarrollados por *Gropp* no traspasan la conocida delimitación entre los hechos normales y los hechos excesivos<sup>80</sup>. Un reconocimiento principal pero quebrantado por numerosas excepciones, de la prohibición de la retroactividad no trae la deseada seguridad jurídica ni tampoco más justicia. De esta manera entonces, se puede seguir la solución del BGH y tomar en consideración puntos de vista individuales en el plano de la culpabilidad. Finalmente una solución armoniosa se enfrenta también, respecto al principio de la certeza, a ataques similares al de la solución del BGH.

### III. La antijuridicidad de la actuación de los autores mediatos

1. Según la jurisprudencia, el comportamiento de los autores mediatos es antijurídico a causa de la inobservancia del § 27 de la Ley de Frontera<sup>81</sup>.
2. En efecto, si se parte con la mayoría de la literatura especializada de que el § 27 de la Ley de Frontera debe observarse en razón al Art 103 II de la Constitución Federal, entonces los autores mediatos deben poder invocar también esas causas de justificación (igualdad ante la ley, Art 3 de la Constitución Federal). Esto parece injusto si uno piensa que ellos son co-responsables por lo general del Régimen de Fronteras y de la situación jurídica relacionada con éste régimen; incluso, posiblemente han sido co-partícipes activos en la creación de la Ley de Frontera. Visto desde esta perspectiva una tal causa justificante corresponde a una así denominada amnistía auto - favorecedora que según los principios del Derecho Público Internacional, no puede ser tenida en cuenta<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> *Jakobs* GA 1994, 1, 12; *Kuhlen/Gramminger* JuS 1993, 32, 37.

<sup>79</sup> *Gropp* NJ 1996, 393, 397; también *Arnold* (1995), pág 305.

<sup>80</sup> *Gropp* NJ 1996, 393, 397; similar *Spendel* RuP 1993, 61, 65 para una ponderación de los bienes.

<sup>81</sup> Comparar en especial BGHSt 40, 218 (=NJW 1994, 2703); BGH, Decisión de 30, 4, 1997, 5 StR 42/97 (rechazo de la casación en el proceso contra los «generales»); tampoco fue aceptada la queja constitucional contra el mismo ( BVerfG, Decisión de 24.07.1997, 2 BvR 1084/97, 1120/97, 1121/97, 1122/97); comparar también la sentencia que todavía no está en firme del LG Berlín de 30.05.1997 ( Periódico FAZ de 02.06.1997, 1) y la sentencia del Politbüro (*Krenz y otros*) de 25.08.1997 ( Periódico FAZ de 26.8.1997, 1 y s.; 28.08.1997, 5).

<sup>82</sup> Confrontar sobre esto *Ambos* (1997) página 209 y ss.; en castellano (1997), pp. 279 y ss.

Desde el punto de vista estatal interno deben tenerse en cuenta *los fines de protección* de la prohibición de la retroactividad<sup>83</sup>. El concepto de protección de la confianza (en el que se fundamenta la prohibición de la retroactividad<sup>84</sup>) puede jurídicamente pasar a un segundo plano en el caso de los autores mediatos; su confianza para la futura validez de una causa de justificación, posiblemente creada por ellos, no merece protección o menos protección -en razón a su «dominio del saber» y de su influyente posición de poder- que la del autor material, por lo general ignorante (es decir, un simple soldado de frontera)<sup>85</sup>. Acertadamente *Naucke*<sup>86</sup> y *Welke*<sup>87</sup> llaman la atención además sobre el hecho de que el fin de la prohibición de retroactividad consiste también en una limitación del gobernante y en la creación de justicia. Pero si esto es así, la razón de la prohibición de la retroactividad exige - en el sentido de una reducción teleológica - su revocación, por lo menos en el caso de los autores mediatos poderosos y de mala fe. Ya que si se garantizará su no punición con ayuda de la prohibición de retroactividad, esto sería contrario a su fin. La prohibición de la retroactividad no existe para garantizar la perpetuación de la impunidad fáctica o normativa de aquellos, quienes se crearon para sí mismos las condiciones de esta impunidad.

Estas reflexiones no sólo coinciden con las consideraciones de justicia del derecho natural<sup>88</sup> del la jurisprudencia del BGH y con los comentarios de la doctrina que en razón a una ponderación, en el caso particular, quieren excepcionalmente quitarle importancia al Art. 103 II de la Constitución Federal<sup>89</sup>; las reflexiones corresponden también a las relaciones con la prohibición de la retroactividad, practicadas en Nürnberg y Tokio y otros procesos -internacionales- de postguerra, orientadas por consideraciones de justicia<sup>90</sup>.

Una violación contra el Art. 3 de la Constitución Federal ( principio de igualdad) no existiría allí, pues grupos de casos desiguales (acá poderosos autores allí receptores sometidos a órdenes) también deben ser tratados de diferente manera<sup>91</sup>.

<sup>83</sup> Sobre esto especialmente *Schünemann* (1978), pág 223, 235; *del mismo autor* (1993), pág 173, 184 y ss.; *Welke* *KritJ* 1995, 369, 370 y ss.

<sup>84</sup> Sin embargo, contra la mera protección de la confianza y en favor de una concepción objetiva del principio: *Schreiber*, 1976, pp. 213 y ss. (219 y s.).

<sup>85</sup> Los que en este sentido se pueden considerar como víctimas del regimen de frontera (BGH *NJW* 1993, 1932, 1937)

<sup>86</sup> *Naucke* (1996), pág. 55 y ss.

<sup>87</sup> *Welke* *KritJ* 1995, 369, 374 y s., 377, 381.

<sup>88</sup> De otra opinión *Naucke* (1996), pág 53 y ss, 57, quien declara la prohibición de la retroactividad desde el punto de vista también (o justamente por eso) como «incompetente».

<sup>89</sup> Comparar en especial *Gropp* *NJ* 1996, 393, 397 así como supra nota 79 y texto.

<sup>90</sup> Comparar más profundamente *Ambos* *StV* 1997, 39, 40

<sup>91</sup> Comparar *Jarass/Pieroth* (1997), Art. 3 n.m 5.

3. Quien - con buenas razones- considere como inconsecuente una tal limitación de la prohibición de la retroactividad relacionada con el caso, también podría acá expresar las objeciones ya mencionadas arriba<sup>92</sup>. A favor de este planteamiento habla en especial, que para consideraciones individualizantes solamente hay espacio al nivel de la culpabilidad, pero no hay ese espacio en el plano del injusto (objetivo). Desde esta perspectiva también es lógicamente imperativo proporcionar al autor mediato el beneficio del § 27 II de la Ley de Frontera, con todas las consecuencias que están ligadas a esto y que se oponen al sentimiento de justicia.

### Lista de normas citadas\*

Grundgesetz (Constitución de la República Federal Alemana)

Art. 3

- 1 Todas las personas son iguales ante la ley.
- 2 Hombres y mujeres tienen iguales derechos. El Estado fomentará la realización material de la igualdad de derechos entre hombre y mujeres y procurará eliminar las desventajas existentes.
- 3 Nadie puede ser discriminado por razón de sexo, origen, raza, idioma, nacionalidad, creencias, o por sus opiniones religiosas o políticas. Nadie puede ser discriminación por su discapacidad.

Art 103

- 2 Un hecho sólo puede ser castigado cuando la punibilidad este determinada legalmente, antes de que el hecho se cometa.

DDR-Verfassung (Constitución de la República Democrática Alemana)

Art. 51 La cámara del pueblo ratificará los tratados internacionales de la DDR y otros tratados de derecho internacional siempre que por dichos tratados se modifiquen leyes de esta cámara popular. También decidirá sobre la denuncia de dichos tratados.

DDR- Grenzgesetz (Ley de Frontera de la República Democrática Alemana)

§ 27 (2) El empleo de las armas de fuego será lícito para evitar la inminente ejecución o la continuación de un hecho punible que de acuerdo con las circunstancias pueda considerarse como un delito grave (Verbrechen). También es lícita para detener a las personas altamente sospechosas de haber cometido un delito grave.

DDR- StGB (Código Penal de la República Democrática Alemana)

§ 95 Exclusión del estado de necesidad basado en el cumplimiento de una orden. Quien actúe con inobservancia de los derechos humanos y fundamentales; a los deberes que impone el derecho internacional o a la soberanía estatal de la DDR, no puede invocar la ley, orden o instrucción y será considerado penalmente responsable.

<sup>92</sup> Comparar la discusión en supra I. 3. c.).

\* Traducción de Claudia López Díaz. Revisión de Kai Ambos y Jan Woischnik, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional.

- § 111 Atenuación extraordinaria y prescindir de la pena. En los delitos graves mencionados en este capítulo, se puede imponer una pena menor de la mínima prevista legalmente o prescindirse incluso de la pena si el autor del delito se presenta ante los órganos de seguridad y confiesa el delito o su conocimiento sobre las circunstancias del delito.
- § 112 Asesinato.
- (1) Será castigado con pena de prisión no menor a diez años o con prisión perpetua, quien dolosamente mate a una persona.
- (2) La pena de prisión perpetua será especialmente aplicable, cuando el hecho:
1. constituya un delito grave contra la soberanía de la DDR, la paz, la humanidad y los derechos humanos o un crimen de guerra; o cuando sea cometido por hostilidad contra la DDR;
  2. se realice con medios o métodos de peligro común o se lleve a cabo para intimidar o asustar a la población;
  3. se realice de forma alevosa o especialmente brutal;
  4. se realice varias veces o el autor haya sido anteriormente condenado por homicidio doloso;
  5. se haya cometido después de que el autor haya sido anteriormente condenado varias veces por delitos violentos ( como los previstos en los § 116, 117, 121, 122, 126, 216).
- (3) La preparación y la tentativa son punibles.
- § 113 Homicidio.
- (1) Será castigada la muerte de una persona con pena de prisión hasta diez años, cuando:
1. el autor se encuentra, sin culpa propia, en un estado de arrebato u obcecación (Affekt), producido como consecuencia de un maltrato inferido a él o a sus parientes, por la víctima; por una amenaza grave o por una grave ofensa, y con base en ello haya sido impulsado o determinado a realizar el homicidio;
  2. una mujer haya matado a su hijo en el parto o inmediatamente después;
  3. existan especiales circunstancias que atenúen la responsabilidad penal.
- § 213 Paso ilegal de Fronteras.
- (1) Quien atravesase ilegalmente las fronteras de la DDR o infrinja normas de residencia temporal en la DDR o de tránsito a través de la DDR, será castigado con pena de prisión hasta de dos años o con suspensión condicional de la pena, arresto o multa.
- (2) Con la misma pena será castigado quien antijurídicamente, como ciudadano de la DDR, no regrese a la DDR o no lo haga dentro del plazo previsto, o infrinja las normas estatales sobre residencia en el extranjero.
- (3) En casos graves, el autor será castigado, con pena privativa de la libertad de uno a ocho años. Existe un caso grave, cuando :
1. el hecho ponga en peligro la vida o la salud de las personas;
  2. el hecho se haya realizado portando armas o empleando medios o métodos peligrosos;
  3. el hecho se haya realizado con especial intensidad;
  4. el hecho se produzca mediante una falsedad documental ( §240 y § 242),o utilización indebida de documentos o utilizando indebidamente algún medio de ocultamiento;
  5. el hecho se cometa juntamente con otros;
  6. el autor haya sido ya condenado por paso ilegal de fronteras.
- (4) La preparación y la tentativa son punibles.

Strafgesetzbuch (Código Penal de la República Federal Alemana)

§ 7 Otros casos de la aplicación de la ley penal a hechos cometidos en el extranjero.

(1)....

- (2) También será aplicado el derecho penal alemán a otros hechos cometidos en el extranjero cuando el hecho sea punible en el lugar donde se cometió o cuando dicho lugar no este sometido a ningún poder punitivo, y cuando el autor:
1. al tiempo de cometer el hecho era alemán o hubiera adquirido la nacionalidad alemana con posterioridad al hecho; o,
  2. al tiempo de cometer el hecho era extranjero, se encuentra en territorio alemán y no haya sido extraditado, porque no se ha efectuado la solicitud de extradición o porque ha sido negada o porque la extradición no puede realizarse, a pesar de que con la ley de extradición era procedente su extradición conforme a la naturaleza del hecho.

UZwG (Ley sobre aplicación de medidas coercitivas)

§ 11 Utilización de armas de fuego en el servicio de frontera.

- (1) Los funcionarios citados en el § 9 numerales 1, 2, 7 y 8, pueden también utilizar las armas en el servicio de fronteras contra aquellas personas que no se detengan ante ordenes reiteradas o que se resistan a la inspección de su persona o de los medios de transporte u objetos que lleven consigo intentando huir. En caso de que se presuma que la orden verbal no va a ser entendida, ésta podrá ser sustituida por un disparo de advertencia.
- (2) También se entiende como servicio de frontera la realización de misiones federales y locales que se lleven a cabo por las personas mencionadas en el apartado 1 que estén relacionadas con un servicio de frontera.

Polizeigesetz Baden-Württemberg (Ley Policial del Estado Baden-Württemberg)

§ 53 Presupuestos para la utilización de armas de fuego.

- (1) La utilización de las armas de fuego solo es admisible cuando existan los presupuestos generales de la utilización de coerción inmediata y cuando hayan sido empleadas sin éxito una violencia corporal de poca intensidad u otros medios auxiliares de carácter contundente, o el empleo de los mismos no vaya a tener claramente ningún éxito. Sólo podrá dispararse contra personas cuando la finalidad perseguida por la policía no pueda conseguirse igualmente disparando contra objetos.
- (2) No será lícito la utilización de armas de fuego cuando sea muy probable que pueda ponerse también en peligro a personas evidentemente ajenas a la situación. Sin embargo, no será aplicable esta disposición cuando el empleo de las armas de fuego sea el único medio para evitar un peligro actual a la vida.

§ 54 Utilización de armas de fuego contra personas.

- (1) Las armas de fuego solo podrán ser utilizadas contra personas concretas:
1. Para impedir la ejecución inminente o la continuación de un hecho antijurídico, que según las circunstancias pueda considerarse:
    - a. como un delito grave; o,
    - b. como un delito menos grave que se cometa o sea cometido con empleo o portando armas de fuego o sustancias explosivas;
  2. para detener a una persona que intente sustraerse a la detención o a su identificación, siempre que:
    - a. se trate de un hecho antijurídico infraganti que según las circunstancias se pueda considerar como delito grave o como un delito menos grave que se este cometiendo con empleo o portando armas de fuego o sustancias explosivas

- b. sea notoriamente sospechoso de un delito grave;
  - c. sea notoriamente sospechoso de un delito menos grave y pueda presumirse que vaya a hacer uso de un arma de fuego o de una sustancia explosiva;
3. Para frustrar la huida o detener de nuevo una persona que se encuentra o se encontraba bajo custodia oficial,
- a. para cumplir una pena de prisión por un delito, salvo que sea una pena de arresto;
  - b. para ejecutar una medida de custodia de seguridad;
  - c. por sospecha notoria de haber cometido un delito grave;
  - d. con base en una orden de arresto; o,
  - e. por sospecha notoria de que hubiera cometido un delito menos grave siempre que sea presumible que va a cometer dicho delito utilizando un arma de fuego o una sustancia explosiva;
4. Contra una persona que con violencia pretenda liberar de la custodia oficial a un preso o a alguien contra quien sea ordenado:
- a. custodia de seguridad ( § 66 StGB)
  - b. internamiento en un hospital psiquiátrico ( § 63 StGB; 126a StPO); o,
  - c. internamiento en un centro de educación ( § 64 StGB, § 126a StPO)
- (2) Un disparo, que con una probabilidad rayana en la seguridad pueda ser mortal, sólo será admisible, cuando sea el único medio para prevenir un peligro actual a la vida o un peligro actual de una lesión grave a la integridad corporal.
- (3) Las armas de fuego sólo pueden ser utilizadas contra un grupo de personas cuando por ese grupo o desde el mismo se cometan hechos violentos o estén a punto de cometerse y siempre que otro tipo de medidas coactivas contra individuos no sean adecuadas o evidentemente no vayan a tener ningún éxito.
- (4) El derecho a utilizar armas de fuego se mantiene vigente con base a otros preceptos legales.

#### Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

##### Art 6

- (1) Toda persona tiene un derecho innato a la vida. Este derecho debe ser legalmente protegido. Nadie debe ser despojado arbitrariamente de su vida.
- (2) En Estados, en los que la pena de muerte no ha sido aún derogada, solo puede sentenciarse a la pena de muerte para delitos graves con base en leyes que hayan estado vigentes al tiempo de la comisión del delito y que no contradigan las disposiciones de éste Pacto y las de la Convención sobre la prevención y el castigo de genocidios. Este castigo solo debe ejecutarse con base en una sentencia firme proferida legalmente por un tribunal competente.
- (3) Si el homicidio corresponde al tipo penal del genocidio, entonces este artículo no faculta a los Estados contratantes a desprenderse de alguna manera de una obligación que ellos según las disposiciones de la Convención sobre la prevención y el castigo del genocidio hayan adquirido.
- (4) Toda persona condenada a muerte tiene el derecho a solicitar indulto o conmutación de la pena. En todos los casos se puede conceder amnistía, el indulto, o la conmutación de la pena de muerte.
- (5) La pena de muerte no puede decretarse para acciones culpables que hayan sido cometidas por menores de 18 años ni ejecutarse en mujeres embarazadas.
- (6) Ninguna disposición de este artículo debe ser invocada para que por un tratado se demore o impida la abolición de la pena de muerte.

## Art 12

- (1) Toda persona que legalmente se encuentre dentro del área de soberanía de un Estado, tiene el derecho a moverse allí libremente y elegir libremente su sitio de vivienda.
- (2) Toda persona tiene libertad de dejar cualquier país incluido el suyo propio
- (3) Los derechos nombrados arriba, sólo pueden ser restringidos, cuando ello éste legalmente previsto y cuando sea necesario para la protección de la seguridad nacional, del orden público, de la salubridad pública, de la moral pública, o de los derechos y libertades de otros y cuando la restricción sea compatible con los demás derechos reconocidos en éste Pacto.
- (4) Nadie debe ser despojado arbitrariamente del derecho de viajar a su propio país.

## Art. 15

- (2) Este artículo no excluye la condena o el castigo de una persona a causa de una acción u omisión que fuera castigable en el momento de su comisión, de acuerdo con los principios generales reconocidos por la comunidad de pueblos.

## Europäische Menschenrechtskonvention (Convención Europea de Derechos Humanos)

## Art 7

- (2) Por medio de este artículo no debe excluirse la condena o el castigo a una persona, que se haya hecho culpable por una acción u omisión que en el momento de su comisión fuera castigable de acuerdo con los principios generales de derecho reconocidos por los pueblos civilizados.

# La prescripción del delito en supuestos de concursos de delitos<sup>1</sup>

Inés Olaizola Nogales  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad Pública de Navarra

## I. Planteamiento del problema

El punto fundamental de atención de este trabajo es una línea jurisprudencial, en virtud de la cual en aquellos supuestos en los que se imputan varias infracciones penales unidas todas ellas por una abrazadera común, concretamente en aquellos casos en los que se declara un concurso medial o ideal de delitos, no prescribirá ninguno de los delitos hasta que no prescriba el delito más grave. Es decir, los delitos más leves que se hubieran cometido cederán su plazo de prescripción en favor del plazo del delito más grave de los que conformen el concurso de que se trate./ Esta doctrina la resume claramente el TS en sentencia de 6-11-1991 (A 7953), cuyo ponente fue D. Enrique Ruiz Vadillo: «Dice el Ministerio Fiscal que, dada la conexidad existente entre el delito de detención ilegal y el de homicidio, cuyo sujeto pasivo fue D. Eufemiano F., incurre la sala de instancia en error 'iuris' al aplicar al primero de los mismos, es decir, al delito de detención ilegal del art. 481.4, los arts. 112 y 113.3 del Código Penal<sup>2</sup> declarando prescrito el delito, dejando de penar el mismo

---

<sup>1</sup> Abreviaturas utilizadas: A: Repertorio de jurisprudencia Aranzadi; ADP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (citado por año); AP: Actualidad Penal (citado por tomo y por año); AT: Allgemeiner Teil; BIMJ: Boletín de información del Ministerio de Justicia (citado por número y año); CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial (citado por tomo y año); CE: Constitución Española; CP: Código Penal; CPC: Cuadernos de Política Criminal (citado por número y año); EJB: Enciclopedia Jurídica Básica, ed. Civitas, Madrid, 1995; LK: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (se cita la 10ª edición de 1985); LL: Revista Jurídica La Ley (citado por tomo y año); LECrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal; PG: Parte General; RGD: Revista General de Derecho (citado por número y año); SK: Systematischer Kommentar zum Straggesetzbuch, editado por Rudolphi y otros (se cita la 6ª edición de 1992); STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; StGB: Strafgesetzbuch; STS/SSTS: Sentencia (s) del Tribunal Supremo; TC: Tribunal Constitucional; TS: Tribunal Supremo. Las citas son abreviadas según lo subrayado en la bibliografía final./El artículo se encuadra dentro del Proyecto de Investigación PB 94-0355-C03-02 sobre Derecho Penal y actividades peligrosas del que es investigador principal el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo.

<sup>2</sup> La sentencia se refiere, lógicamente, al CP 1944/1973.



al considerar extinguida la responsabilidad penal del procesado, autor del citado delito de detención ilegal./ Cuando se da una conducta humana, como manifestación que se exterioriza a través de un hecho o de varios hechos unidos por la abrazadera común, como es el caso que nos ocupa, con una evidente conexidad, no es posible en el momento de juzgar hacer una especie de disección de un comportamiento continuado y plural pero inspirado en una idea central y declarar, respecto de cada una de las acciones aisladamente consideradas, la prescripción por el transcurso del tiempo establecido en la ley./ El instituto de la prescripción, de aplicación a todas las ramas jurídicas, tiene, sin embargo, en el Derecho penal, una específica significación. La esencial nota que caracteriza a la prescripción en el Derecho penal es que, cuando ha transcurrido el tiempo que marca la ley en cada uno de los supuestos, el Estado decide renunciar al ejercicio del poder punitivo que ostenta, teniendo en cuenta que por esta sola circunstancia la razón de su persecución se debilita o extingue y los fines básicos de la pena resultan ya prácticamente inalcanzables./ *Pero cuando a una persona se le imputan varias infracciones penales gravísimas: asesinato, detención ilegal, atentado, etc. no concurren ya las circunstancias que sirven de presupuesto a la prescripción. La sociedad no ha olvidado el comportamiento ni sus consecuencias, entendiéndolo todo como una unidad. Se trata, en definitiva, de un propósito único que se proyecta penalmente hacia varias direcciones y, por consiguiente, no procede aplicar la prescripción que la sala de instancia utilizó, razonándolo de forma adecuada desde su punto de vista o la idea que presidía su realización./ Procede pues la estimación del motivo. La detención ilegal seguida de homicidio no puede separarse de éste. Hay una conexión natural, íntima, indestructible y por tanto, mientras el delito principal no prescriba, no puede entenderse prescrito el delito que podemos llamar subordinado»<sup>3</sup>.*

Esta misma doctrina ha sido utilizada por el TS para aplicar la prescripción en los supuestos de delito continuado, en los que el plazo de prescripción comenzará a correr desde que se consumó la última de las infracciones que compongan el delito continuado<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> La cursiva es mía. Esta misma doctrina jurisprudencial se refleja en otras sentencias: Así, entre otras, SSTS 6-11-1991 (A 7953); 16-6-1993 (A 5094); 18-5-1995 (A 4498); 22-6-1995 (A 4843); 6-5-1996 (A 3799). En este mismo sentido se ha pronunciado el fiscal del Tribunal Supremo (vid. El País de 7-3-1998), que entiende que en el caso Marey se cometieron tres delitos, dos de los cuales, el delito de malversación y el de pertenencia a banda armada, estarían prescritos por sí mismos, al haber transcurrido más de diez años desde su comisión, pero al haberse cometido un tercer delito, el delito de detenciones ilegales, que prescribe a los 15 años y que, por tanto, es el delito principal, no podrá entenderse que los delitos conexos o subordinados a él hayan prescrito, sino que éstos no prescribirán hasta que prescriba el delito más grave.

<sup>4</sup> Así, por ej., SSTS 30-10-1990 (A 8402); 5-9-1991 (A 6026); 16-1-1997 (A 184).

No obstante, hay también algunas sentencias que resuelven el problema de la prescripción en caso de concurso de delitos teniendo en cuenta el plazo de prescripción de cada uno de los delitos que conforman el concurso<sup>5</sup>. Conforme a esta segunda postura jurisprudencial, en aquellos supuestos en que se han cometido varios delitos es precisa la individualización respecto a cada uno de ellos, siendo imprescindible distinguir la fecha de comisión de cada uno de los delitos como requisito principal de la figura jurídica de la prescripción.

En el presente trabajo trataré de dilucidar cuál de las dos líneas jurisprudenciales es más correcta desde los principios generales del Derecho penal y del Derecho procesal, puesto que se mezclan conceptos de ambas disciplinas. Quiero adelantar que estoy más de acuerdo con la segunda de las posturas expuestas, pero antes de explicar mi posición, estudiaré los diversos elementos en los que el TS fundamenta ambas posturas.

## II. El instituto de la prescripción

### 1. Regulación legal de la prescripción del delito y novedades del CP 1995

#### a) Regulación legal

El CP no define el concepto de prescripción del delito, sino que se limita a regular los plazos necesarios para que se produzca y el modo de computar dichos plazos. No obstante, la prescripción se recoge en el libro I, título VII: «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos», en el capítulo I: «De las causas que extinguen la responsabilidad criminal». Esta ubicación permite una primera aproximación al concepto del instituto de la prescripción como una de las causas que extinguen la responsabilidad criminal. Así se establece en el art. 130 CP: «*La responsabilidad criminal se extingue: (...) / 5. Por la prescripción del delito. / 6. Por la prescripción de la pena*».

Los plazos para la prescripción de los delitos, de las penas y de las medidas de seguridad, así como algunas reglas para su cómputo, se recogen en los arts. 131 a 135 CP. El art. 131 CP establece: «*1. Los delitos prescriben:*

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años./ A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez años y menos de quince./ A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años./ A los cinco los restantes delitos graves.

<sup>5</sup> SSTS 21-11-1981 (A 4427); 14-12-1987 (A 9758); 29-1-1990 (A 521); 23-3-1993 (A 2498); 5-4-1993 (A 3035).

*Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año./ 2. Las faltas prescriben a los seis meses./ 3. Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción./ 4. El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso.»<sup>6</sup>.*

El art. 131 CP utiliza distintos criterios para establecer los plazos de prescripción de los delitos, como ya hacía el art. 113 CP 1944/1973.

Por una parte, atiende singularmente a algunos delitos para fijar el plazo de su prescripción (injurias y calumnias) o para establecer su imprescriptibilidad (genocidio); por otro lado, y cuando se trate de delitos graves, tiene en cuenta la duración de las penas señaladas y, finalmente, establece unas cláusulas generales en función de la naturaleza de la infracción penal, según se trate de los restantes delitos graves (castigados con prisión de cinco años o menos, o inhabilitación de seis años o menos, o con cualquier otra pena grave), de delitos menos graves, o de faltas.

#### b) Novedades del CP 1995

El CP 1995 introduce algunas novedades en materia de prescripción. Una de las más importantes es el establecimiento de la imprescriptibilidad del delito de genocidio (art. 131,4 CP; en el CP 1944/1973 todos los delitos tenían posibilidad de prescribir). Es una modificación un tanto discutible, si se tienen en cuenta que la STC 157/1990, de 18 de octubre, había adelantado que «sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídicopenal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y faltas»<sup>7</sup>.

La segunda novedad introducida por el CP 1995 se refiere a los plazos de prescripción del delito<sup>8</sup>. En términos generales el CP 1995 incrementa los

<sup>6</sup> El art. 132 también hace referencia a la prescripción de delitos y establece: «1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita./2. La prescripción se interrumpirá quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena». Los arts. 133 y 134 CP regulan la prescripción de las penas (plazos y cómputo) y el art. 135 CP establece los plazos y el cómputo de la prescripción de las medidas de seguridad.

<sup>7</sup> En este sentido: GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1996-2, 1314 s.

<sup>8</sup> Si se analizan los plazos de prescripción que establece el § 78 StGB se puede comprobar que la regulación alemana es más dura que la española, puesto que son superiores los plazos que aquélla establece. El § 78 StGB reza: «(1) La prescripción excluye el castigo del hecho y la imposición de medidas./ (2) Los delitos de genocidio (§ 220 a StGB) y de asesinato (§ 211 StGB) no prescriben./ (3) Los plazos de prescripción son: 1. Treinta años para los hechos castigados con prisión perpétua./ 2. Veinte años para los hechos castigados con más de diez años de pena privativa

plazos de prescripción de los delitos con la excepción del nuevo plazo prescriptivo más breve de tres años introducido por el CP para los delitos castigados con penas menos graves (entre otras, las penas de seis meses a tres años de privación de libertad conforme a lo preceptuado en el art. 33,3 CP)<sup>9</sup>. En los demás casos, sin embargo, ha aumentado el plazo de prescripción. Así, los delitos prescriben a los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años. El CP 1944/1973 también establecía el plazo de veinte años como el término más amplio de prescripción del delito, si bien lo refería a los que llevasen la pena de reclusión mayor (de veinte años y un día a treinta años). Los delitos prescriben a los quince, cuando la pena señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años. El CP 1944/1973 también establecía un plazo de prescripción de quince años, pero lo hacía respecto de los delitos castigados con la pena de reclusión menor (de doce años y un día a veinte años). Por tanto el CP amplía el plazo de prescripción de los delitos castigados con una pena mayor de diez años y menor de doce, para los cuales se establecía anteriormente un plazo de prescripción de diez años. En cuanto a la pena de inhabilitación de duración superior a diez años, se alarga el plazo prescriptivo, que pasa a ser de quince años<sup>10</sup>. También se alarga el plazo

---

de libertad./ 3. Diez años para los hechos castigados con pena privativa de libertad de más de cinco años hasta diez años./ 4. Cinco años para los hechos castigados con pena privativa de libertad superior a un año hasta cinco años./ 5. Tres años para los restantes hechos.».

<sup>9</sup> Este nuevo plazo prescriptivo más breve ya ha suscitado algunas críticas desde algunos sectores de la fiscalía. Vid. por ej. El País, de 19 de enero de 1998. El fiscal anticorrupción considera que este nuevo plazo es muy breve y beneficia a los delinquentes económicos, ya que en esta clase de delitos es imposible tener acceso a la noticia criminal en el momento de su realización. Son delitos que tardan mucho en aflorar y la dificultad de investigación es enorme. Varios fiscales, según este periódico, consideran que esta nueva norma conlleva a una «prescripción escandalosa» y hasta cierta «impunidad».

<sup>10</sup> Con el anterior CP se discutía, dado el carácter confuso del art. 113, si los delitos castigados con penas privativas de derecho debían prescribir siempre a los cinco años, por aplicación del art. 113,4: «Los delitos prescriben (...) 4. A los cinco, cuando señalare cualquier otra pena», o a los diez, atendiendo a un criterio cuantitativo, por aplicación del art. 113,3: «Los delitos prescriben (...) 3. A los diez, cuando señalare una pena que exceda de seis años. La mayoría de las SSTS eran partidarias de la aplicación de un plazo de cinco años para todos los delitos castigados con penas privativas de derechos, fuera cual fuera la duración de éstas. Así: SSTS 4-10-1934 (A 1712); 1-6-1946 (A 792); 25-3-1963 (A 1228); 5-10-1963 (A 3954); 28-10-1964 (A 4564); 19-12-1974 (A 5234); 21-4-1994 (A 3147). Los argumentos que esgrimía el TS a favor de esta tesis aludían a que, dado el carácter confuso del art. 113 CP, parecía lógico y equitativo que debiera atenderse al trato diferencial que merecían las penas privativas de libertad en relación a las penas privativas de derechos, y que no pudiera asimilarse su mera duración material, cuando por su contenido afecta-

de prescripción para aquellos delitos cuya pena máxima señalada sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años —plazo de diez años—. El CP 1944/1973 también establecía un plazo de prescripción de diez años, si bien referido a los delitos cuyas penas excedieran de seis años. Respecto a la inhabilitación cabe las mismas consideraciones anteriores<sup>11</sup>. Por último, el art. 131 CP señala un plazo prescriptivo de cinco años para los restantes delitos graves. También el CP 1944/1973 establecía un plazo de cinco años para todos los restantes delitos que tuvieran señalada una pena superior a los seis años. Con este nuevo precepto rige el mismo plazo prescriptivo de cinco años para los delitos castigados con pena de prisión superior a los tres años y no superior a cinco. Se introduce, como ya he apuntado al principio un nuevo plazo reducido de prescripción de tres años para los delitos castigados con penas menos graves, y que supone, como se anticipó y se ha podido comprobar a lo largo de esta exposición, la única reducción de los plazos de prescripción. Sin embargo, esta reducción en el plazo de prescripción de los delitos menos graves es importante, porque debe tenerse en cuenta que muchos (más de la mitad) de los delitos tipificados en el CP 1995) tienen una pena de las consideradas menos graves.

En cuanto al plazo prescriptivo de las faltas, el CP 1995 triplica el antiguo plazo de dos meses, estableciendo un plazo de seis meses<sup>12</sup>.

---

sen a derechos heterogéneos. No obstante, a pesar de ser ésta la postura mayoritaria, también se podían encontrar sentencias contrarias a ella. Así: SSTS 18-2-1954 (A 484); 4-2-1960 (A 265); 7-4-1960 (A 1180); 28-10-1972 (A 4485). En estas sentencias aludía el TS al tenor literal del precepto e indicaba que, a partir de una determinada gravedad como suponían las penas de reclusión mayor y reclusión menor, en las demás el CP adoptaba un puro criterio cuantitativo. El CP 1995 termina con la polémica al establecer expresamente los plazos de prescripción de las penas de inhabilitación. Así lo pone de manifiesto la STS 30-12-1996 (A 9821). Quizá ésta solución adoptada puede parecer la más correcta desde un punto de vista técnico; sin embargo, podría defenderse a favor de la otra postura que los delitos que atenta contra los bienes jurídicos más importantes llevan siempre aparejada una pena privativa de libertad, lo que implica que los delitos con penas de inhabilitación son delitos menos graves.

<sup>11</sup> Se puede observar que, mientras el apartado anterior se refiere a la prisión y a la inhabilitación «por más de diez años», en el siguiente apartado el art. 131 se refiere a «menos de diez», es decir, el CP se olvida de la prisión y de la inhabilitación de diez años, por lo que en aplicación del principio in dubio pro libertate, para la inhabilitación y la prisión de diez años resultará aplicable el plazo prescriptivo de diez años. En este sentido, aunque alude al principio de in dubio pro reo, GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1996-2, 1316; GUINARTE CABADA, Comentarios I, 1996, 680.

<sup>12</sup> Este aumento de plazo es explicado por GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1996-2, 1316, como una forma de igualar dicho plazo prescriptivo de las faltas al plazo establecido para las infracciones administrativas leves previsto en el art. 132 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Una última novedad que quiero destacar es la establecida en el art. 132 CP. La primera parte del apartado primero de este artículo, aunque con distinta redacción, recoge el contenido del mismo párrafo del art. 114 CP 1944/1973, pero introduce el inciso final donde establece expresamente las reglas de cómputo en los supuestos de delito continuado y delito permanente. Esta novedad será importante cuando se trate de ver la diferencia entre la prescripción del delito continuado y la prescripción en los supuestos del concurso de delitos<sup>13</sup>.

## 2. Fundamento y naturaleza de la prescripción del delito

### a) Fundamento

Como ya se ha dicho más arriba, el instituto de la prescripción no viene definido en el CP, que tampoco indica cuál es su naturaleza ni su razón de ser. Esta falta de definición legal ha originado un gran número de intentos doctrinales de ofrecer una fundamentación adecuada del instituto de la prescripción adecuada a las exigencias positivas. En todas las opiniones se pone de manifiesto una nota común: el transcurso del tiempo como raíz de la prescripción.

Aunque desde algunos sectores doctrinales se negaba el fundamento real de la prescripción, considerando que se trataba de un premio a la habilidad y a la astucia<sup>14</sup>, lo cierto es que el instituto de la prescripción se encuentra en nuestra regulación desde el CP de 1870 con una estructura bastante parecida a la actual, aunque con matices<sup>15</sup>, y ello hacía que fuera necesario fundamentar esta figura.

Distingue la doctrina un fundamento material y un fundamento procesal de la prescripción, considerando que ambos fundamentos no son incompatibles, sino complementarios<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> En cuanto a las novedades del CP 1995 referidas a la prescripción de la pena, vid. GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1996-2, 1319 s.

<sup>14</sup> Vid. estas teorías en, MORILLAS CUEVA, La prescripción, 1980, 18 ss.

<sup>15</sup> El CP 1870 incluía, entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal, la prescripción del delito (art. 133) y de las penas (art. 134). Es importante matizar algunos puntos. El art. 133,7º establecía: «El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito; y si entonces no fuera conocido, desde que se descubra y se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo». Esta redacción hacía entender a los comentaristas de la época (VIADA Y VILASECA, CP I, 4ª, 1890; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, CP II, 2ª, 1903, 686) que, aunque el CP aludía a la prescripción del delito, lo que realmente recogía era la de la acción para perseguirlo, pues o el delito era conocido en el momento de su comisión, sobreentendiéndose que entonces debía ser perseguido, o no era conocido, en cuyo caso sólo comenzaba a correr el plazo de la prescripción cuando, siéndolo, se iniciaba la persecución.

<sup>16</sup> Así, por ej., DEL TORO MARZAL, Comentarios II, 1972, 668; MORILLAS CUEVA, La prescripción, 1980, 27 ss; RODRÍGUEZ RAMOS, LL 1988-2, 904 s; MANZANARES

Como fundamento procesal alude la doctrina a las dificultades de prueba que conlleva el transcurso del tiempo<sup>17</sup>.

Dentro del fundamento material se ha aludido al principio de seguridad jurídica consagrado expresamente en el art. 9,3 CE. El propio TC afirma que «en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento del sistema»<sup>18</sup>. Se afirma también la ausencia de la necesidad de pena, porque el transcurso del tiempo conlleva un debilitamiento de la alarma y de la intranquilidad producidas por el delito, por lo que la pena no se justificaría desde el punto de vista de la prevención general<sup>19</sup> y, tampoco, desde el punto de vista de la reinserción o de la prevención especial, sobre todo, en aquellos supuestos en los que se comprueba que durante ese periodo el sujeto no ha vuelto a delinquir<sup>20</sup>.

Estoy de acuerdo con el doble fundamento de la prescripción. Por un lado el fundamento procesal, puesto que el transcurso del tiempo dificulta el

---

SAMANIEGO AP-1, 1988; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3ª, 1990, 748; GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1993-1, 920; CLIMENT DURÁN, RGD 598/599, 1994, 7801; PASTOR ALCOY, La prescripción, 1995, 23; LUZÓN CUESTA, EJB II, 1995, 3019; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, PG, 18ª, 1995, 640; MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 774; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 585; MUÑOZ CONDE, en, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 2ª, 1996, 363; GUINARTE CABADA, Comentarios I, 1996, 678. Esta doble fundamentación material y procesal ha sido defendida también por la mayoría de la doctrina alemana. Así, por ej. JÄHNKE, LK, 10ª, vor § 78, 1985, 7 ss.; JESCHECK, AT, 4ª, 1988, 812 ss.; RUDOLPHI, SK, 6ª, vor § 78, 1992, nm. 8 ss.; LACKNER, StGB, 21ª, § 78, 1995, nm. 1 ss.; DREHER/TRÖNDLE, StGB, 47ª, vor § 78, 1995, nm. 4; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, Strafgesetzbuch, 25ª, vor § 78, 1997, 3.

<sup>17</sup> Por todos, MORILLAS CUEVA, La prescripción, 1980, 27. También en Alemania, por todos, RUDOLPHI, SK, 6ª, vor § 78, 1992, nm.9.

<sup>18</sup> SSTC 7/1983, 58/1984 y 147/1986; En este sentido, haciendo especial énfasis en el principio de seguridad jurídica, RODRÍGUEZ RAMOS, LL 1988-2, 904 s; GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1993-1, 921; CLIMENT DURÁN, RGD 598/599, 1994, 7801.

<sup>19</sup> Entiendo, como LUZÓN PEÑA, Estudios Penales, 1991, 263; PG I, 1996, 78 ss., que el fin fundamental de la pena debe ser el de prevención general, entendida ésta fundamentalmente, aunque no sólo, como intimidación general (la llamada prevención general «negativa»).

<sup>20</sup> Por todos, MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 774. En Alemania, por todos, JESCHECK, AT, 4ª, 1988, 812. Un sector doctrinal ( DEL TORO MARZAL, Comentarios II, 1972, 669; PATOR ALCOY, La prescripción, 1995, 23; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 585) partiendo de esta postura van más lejos en sus afirmaciones al entender que el transcurso del tiempo implica la invalidación de la valoración penal de aquellas acciones y omisiones que, hallándose penadas por la ley, comparecen en la realidad social y jurídica. Para estos autores, el paso del tiempo implica la inoportunidad de practicar un juicio de valoración sobre una conducta. Se trataría de un transcurso deplorable que empobrecería el significado antijurídico de las acciones y omisiones jurídicas, impidiendo establecer de modo adecuado el juicio de reproche y dificultando la realidad de la sanción.

juicio de un hecho y de su autor, ya que pueden perder valor determinadas pruebas (piénsese por ej., en las pruebas testificales en las que, cuanto más tiempo haya transcurrido, más difícil será para el testigo recordar los detalles).

Por otro lado estoy de acuerdo con el fundamento material que defienden la mayoría de los autores. No creo que se trate sólo de razones de seguridad jurídica, aunque también, sino sobre todo en que el transcurso del tiempo puede excluir los fines de prevención general y de prevención especial que justifican la imposición de una pena. En este sentido se puede afirmar que se atenúan, si no se eliminan, los efectos antijurídicos del hecho tales como la alarma social, la intranquilidad social, etc.

b. Naturaleza

En la actualidad la doctrina y jurisprudencia mayoritarias reconocen la naturaleza sustantiva de la prescripción.

Desde un punto de vista histórico podía considerarse correcto concebir la prescripción como un instituto de naturaleza procesal equivalente a la invalidación de la acción persecutoria. Como ya se ha visto más arriba, el CP 1870, en su art. 132,6 encubría realmente la prescripción de la acción persecutoria. El CP 1932, al suprimir, en su art. 117 la exigencia del art. 133 CP 1870 respecto del cómputo a partir del descubrimiento del delito, abre el camino para la comprensión sustantiva de la prescripción<sup>21</sup>.

Desde el CP 1932 (art.117), en el que se establece que el cómputo de la prescripción empezará «desde el día en que se hubiese cometido el delito», la doctrina y la jurisprudencia comienzan a reconocer que el instituto de la prescripción pertenece al Derecho material penal y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria, puesto que, en primer lugar, si el plazo comienza a correr desde la comisión del delito y el hecho no trasciende, bien respecto de su producción, bien respecto de su significado antijurídico, es claro que se iniciará la prescripción aunque la acción persecutoria no pueda ser ejercida. En segundo lugar, la naturaleza sustantiva de la prescripción también viene avalada (aunque el argumento es más formal y de apoyo que de fondo y central) por su regulación en el ámbito del CP y no en la LECrim. Por último, y en tercer lugar, es difícil negar la naturaleza material y no procesal de la prescripción de la pena, puesto que se produce con posterioridad al proceso; por ello, sería absurdo que el transcurso del tiempo no pudiera extinguir nunca materialmente la responsabilidad penal si tuviera lugar antes de la condena y sí, en cambio, una vez impuesta la pena. Parece más lógico un planteamiento unitario, sin perjuicio de admitir matices diferenciales de ambas clases de prescripción<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> DEL TORO MARZAL, Comentarios II, 1972, 673 s.; MORILLAS CUEVA, La prescripción, 1980, 36 s.

<sup>22</sup> DEL TORO MARZAL, Comentarios II, 1972, 676 ss.; MORILLAS CUEVA, La prescripción, 1980, 35 ss.; MÉNDEZ PÉREZ, RGD 1986, 616 ss.; MANZANARES SAMANIEGO,



Esta doctrina es aceptada por la jurisprudencia a partir de la sentencia de 30 de noviembre de 1963 (A 4790), en la que el TS repudió toda analogía entre la prescripción civil y la prescripción del delito, así como negó que ésta tuviera naturaleza procesal. Esto trajo como consecuencia el que la prescripción del delito pudiera aceptarse en cualquier estado del procedimiento en que se manifestara con claridad e incluso cuando el alegato no se ajustara a los estrictos cauces y exigencias procesales, ya que dichas exigencias debían ceder ante la necesidad de evitar condenar por un delito a una persona cuya responsabilidad penal quedó extinguida por voluntad categórica y terminante de la ley<sup>23</sup>.

Como consecuencias fundamentales de la consideración sustantiva de la prescripción del delito se pueden destacar dos: en primer lugar, si la prescripción extingue la responsabilidad penal, ha de absolverse al reo, aunque dicha prescripción no se hubiere alegado como artículo de previo pronunciamiento antes del juicio oral. Es decir, se podrá alegar en cualquier momento del procedimiento. En segundo lugar, las modificaciones legislativas de los plazos o las condiciones de la prescripción serán irretroactivas si perjudican al reo y retroactivas si le son favorables<sup>24</sup>.

### III. Aplicación de la prescripción a supuestos de concursos de delitos

#### 1. Doctrina jurisprudencial a favor de la aplicación de un único plazo prescriptivo

Como ya se ha expuesto al principio de este trabajo, existe una línea jurisprudencial<sup>25</sup> partidaria de aplicar en aquellos supuestos en los que se verifica un concurso ideal o un concurso medial de delitos como plazo prescriptivo aquél que corresponda al delito más grave, de forma que, si ha

---

AP 1988-1, 169; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3ª, 1991, 748; GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1993-I, 920; PASTOR ALCOY, La prescripción, 1995, 31 ss.; AYO FERNÁNDEZ, LL 1995-1, 926; LUZÓN CUESTA, EJB II, 1995, 3019; MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 774 s.; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 585;

<sup>23</sup> Esta jurisprudencia se impuso definitivamente en fallos posteriores. Así, entre otras, SSTS 24-2-1964 (A 871); 1-2-1968 (A 721); 315-1976 (2492); 11-6-1976 (A 3033); 28-1-1982 (A 168); 27-6-1986 (A 3208); 5-1-1988 (A 233); 22-6-1988 (A 5378); 28-6-1988 (A 5378); 10-2-1989 (A 1539); 16-11-1989 (A 8658); 2-12-1989 (A 9378); 6-4-1990 (A 3193); 31-10-1990 (A 8415); 3-12-1990 (A 9391); 7-2-1991 (A 900); 18-3-1992 (A 2368); 12-3-1993 (A 2379); 4-6-1993 (A 4805); 10-7-1993 (A 6304); 10-11-1993 (A 8385); 21-4-1994 (A 3147); 26-4-1996 (A 3060); 26-11-1996 (A 8542); 9-5-1997 (A 4502); 30-5-1997 (A 3638).

<sup>24</sup> MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 774.

<sup>25</sup> Así, entre otras, SSTS 21-11-1981 (A 4427); 6-11-1991 (A 7953); 16-6-1993 (A 5094); 18-5-1995 (A 4498); 22-6-1995 (A 4843); 6-5-1996 (A 3799).

transcurrido el plazo para uno de los delitos que conforman el concurso, éste no se aplicará, por no haber transcurrido el plazo prescriptivo del delito más grave. Para ello utiliza una serie de argumentos que podemos sintetizar en los siguientes:

- Cuando se da un hecho o varios hechos unidos por una abrazadera común existe una conexión natural, íntima e indestructible que lleva a que mientras el delito principal no prescriba no pueda prescribir el delito subordinado. El TS se remite al art. 17 LECrim., de cuyo contenido me ocuparé enseguida.
- Si la prescripción se fundamenta en la renuncia del Estado a penar por resultar los fines de la pena inalcanzables, no se puede decir que cuando a una persona se le imputan varias infracciones la sociedad haya olvidado parte de ese comportamiento y sus consecuencias, pues se debe entender dicho comportamiento como una unidad. Se trata de un propósito único que no se puede diseccionar.

Empezaré por el primer argumento, siendo para ello necesario el estudio del concepto de conexidad al que se refiere el TS.

a) Concepto de conexidad

El CP no define este concepto. El art. 17 LECrim. establece: «Considéranse delitos conexos: 1) Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos jueces o tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. 2) Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3) Los cometidos como medio para perpetrar otro o para facilitar su ejecución. 4) Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5) Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos si tuvieran analogía o relación entre sí a juicio del tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados».

b) Naturaleza y efectos del art. 17 LECrim

Antes de analizar este precepto, es conveniente establecer su naturaleza. Se ha dudado por parte de De la Oliva de la naturaleza procesal de este precepto, dado que en el mismo se describe la relación entre delitos, y por tanto, pudiera parecer más bien propio del Derecho penal sustantivo y no del ordenamiento procesal<sup>26</sup>. Se debe tener en cuenta que el factor determinante de la naturaleza de una norma es el ámbito en el cual despliega sus efectos jurídicos, sin que importe el cuerpo legal que la contenga<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Penal, 1993, 221.

<sup>27</sup> Vid., por todos, DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Penal, 1993, 221.

El efecto más importante del art. 17 LECrim. es el que se deriva del art. 300 del mismo texto legal<sup>28</sup>. Conforme a este precepto, la conexidad produce un efecto procesal: el que todos los delitos conexos hayan de tramitarse en un solo proceso<sup>29</sup>. Si por alguna razón, varios delitos conexos fueran objeto de procedimientos distintos, y consiguientemente de sentencias diferentes, entonces, mediante el trámite del art. 988 LECrim., al que luego me referiré, ha de dictarse un auto que relacione todas las condenas. Por tanto, el efecto primero e indiscutido que se deriva del art. 17 LECrim. es el del enjuiciamiento unitario de los delitos conexos, es decir, un efecto procesal. En consecuencia, se puede afirmar que el art. 17 LECrim., aunque estuviese situado en el CP, sería siempre una norma procesal, puesto que el enjuiciamiento conjunto de los hechos punibles conexos es un efecto procesal.

Sin embargo, aun reconociendo lo anterior, De la Oliva afirma que alguno de los nexos recogidos en el art. 17 LECrim., concretamente los recogidos en los números 3º, 4º y 5º, sirven para la aplicación de diversas reglas de penalidad: la regla segunda del art. 70 y la del art. 71, ambos del CP<sup>30</sup>. Lo que, según este autor, sucede con el art. 17 LECrim. es que contiene un precepto que no constituye, por sí solo, una norma jurídica completa, sino que es un precepto que simplemente fija unos supuestos de hecho de los que, en diversos ámbitos, se deducen consecuencias jurídicas. Así, todos los nexos entre distintos hechos descritos en el art. 17 LECrim. son susceptibles de producir efectos procesales, mientras que sólo algunos acarrear consecuencias en el plano de la penalidad<sup>31</sup>.

No estoy de acuerdo con De la Oliva en que el art. 17 LECrim. conlleve efectos penales, sino que se trata primordialmente de una norma procesal. Por ejemplo, si estamos ante dos delitos que se encuentran en una relación de medio a fin (concurso medial de delitos), dicho supuesto ya viene recogido en el propio art. 77 del CP, así como también viene especificada la pena que corresponde a dicho concurso, sin que en ningún caso sea necesario que el juez o tribunal se remita al art. 17 LECrim, más que para establecer el enjuiciamiento conjunto de los hechos o sea, que decir que los arts. 70 y 71 CP 1944/1973 están emparentados con el art. 17 LECrim. es una petición de principio o una conclusión muy forzada. Más

<sup>28</sup> Art. 300 LECrim.: «Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán sin embargo en un solo proceso».

<sup>29</sup> El enjuiciamiento conjunto tiene como principal fundamento la no división de la causa. Se busca la rapidez y simplificación de las actuaciones y la economía procesal. Igualmente se trata de evitar decisiones contradictorias que se podrían dar en caso de juzgarse por separado los distintos delitos conexos. Vid. este fundamento y críticas al mismo en, DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Penal, 1993, 224 ss.

<sup>30</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Penal, 1993, 221. (El autor se refiere, evidentemente, al CP 1944/1973; los arts. se corresponden con los arts. 76,2º y 77 del vigente CP 1995.

<sup>31</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Penal, 1993, 222.

discutible sería la influencia de este precepto en aquellos casos de concurso real, puesto que, para la aplicación de las limitaciones a la acumulación material de las penas, es preciso que los «hechos por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo (scil. proceso)» (art. 76,2 CP equivalente al art. 70,2 CP 1944/1973). No obstante, estoy de acuerdo con MIR, cuando afirma que el concepto de concurso real no puede depender de que sean aplicables las limitaciones del art. 76 CP por haber sido juzgado los distintos delitos en un mismo proceso o por haberlo podido ser por su conexión. Existen muchos casos de concurso real a los que no resultan aplicables los límites del art. 76 CP, sino que deben tratarse con arreglo al principio de acumulación material. Los requisitos del nº 2 del art. 76 CP son procesales y sólo afectan al tratamiento del concurso real, no a la presencia de éste<sup>32</sup>. Como más abajo se verá, la conexidad del art. 17 LECrim. es tratada por la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina como un requisito procesal del que a veces se prescinde, aplicándose las limitaciones del art. 76,2, por entenderse que en caso de contradicción entre una norma procesal y una norma penal debe prevalecer la norma penal.

c) Supuestos del art. 17 LECrim

La relación entre hechos punibles puede ser, con arreglo al repetido art. 17 LECrim., la siguiente<sup>33</sup>:

1) Se exige una pluralidad de delitos cometidos en el mismo lugar y tiempo por varias personas que forman un grupo, pero sin previa solidaridad de propósito entre ellas. Seguirían siendo delitos conexos incluso cuando las distintas personas reunidas no estuvieran sujetas a diversos jueces, por lo que parece que sobra el inciso final del nº 1º del art. 17 («...siempre que éstas vengan sujetas a diversos jueces o tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito»).

2) En el art. 17,2º LECrim. no se exige unidad de lugar ni de tiempo ni ninguna otra relación entre los diversos hechos punibles más allá de la constituida por una inicial asociación o acuerdo para delinquir. Lo que, desde mi punto de vista, se intenta con esta causa de conexión es una más fácil represión jurídica de la codelinuencia.

3) De medio a fin respecto de otros hechos delictivos: medio para la comisión (también para facilitarla) y medio para conseguir la impunidad de otros delitos (números 3º y 4º, respectivamente, del art. 17 LECrim.). No se exige aquí pluralidad de sujetos.

4) En el número 5º la conexión se establece por la unidad del sujeto activo y la analogía o relación entre los hechos, siempre que no hubiese recaído sentencia sobre ellos. Cabe señalar que *analogía* y *relación* no son dos

<sup>32</sup> MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 667.

<sup>33</sup> Para una visión más amplia de este precepto, DE LA OLIVA SANTOS, La conexión, 1972, 346 ss.

conceptos iguales. Por *analogía* hay que entender la semejanza o similitud de los delitos entre sí por su peculiar naturaleza, bien jurídico lesionado, modo de actuar del agente, etc. En cambio, hay *relación* delictual cuando se está en presencia de «una abrazadera o encadenamiento objetivo entre todos los hechos constitutivos de las diversas infracciones penales, que deben tener a su vez un eje común intencional y finalístico»<sup>34</sup>.

d) Conexidad en los supuestos de concurso real (no medial) de delitos: art. 76,2 CP

Se habla de concurso real cuando concurren varios hechos que dan lugar a varios delitos<sup>35</sup>.

Existen distintos tratamientos posibles del concurso real:

- Acumulación material de todas las penas. Sería, posiblemente, la solución más coherente desde una perspectiva retribucionista; sin embargo es un sistema criticado por la doctrina por la excesiva dureza a la que podría llegar el castigo<sup>36</sup>.

- Absorción de la pena menor por parte de la más grave. Es el criterio opuesto al anterior y lleva consigo la impunidad de los delitos menos graves<sup>37</sup>.

- Acumulación jurídica. Supone una vía intermedia entre las dos anteriores y supone una pena más grave que la correspondiente al delito de más gravedad pero no tanto como la que resultaría de sumar todas las penas. El CP parte de la acumulación material (art. 73), pero la limita, en cuanto al cumplimiento efectivo, por medio del principio de acumulación jurídica (art. 76)<sup>38</sup>. Se fijan dos límites generales a la acumulación material, límites que

<sup>34</sup> Vid. por todos, DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Penal, 1993, 223.

<sup>35</sup> Vid. por todos, MIR PUIG, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 653: «En el CP no se define el concurso de delitos, pero de la propia regulación del mismo en los arts. 73 ss. CP se deduce que el concurso de delitos supone pluralidad efectiva de infracciones penales./ Es importante diferenciar aquellos supuestos en que, a pesar de la apariencia contraria, lo que se produce es una unidad delictiva. Ello puede deberse a la presencia de una síntesis en el propio tipo penal de varias conductas punibles que vienen así a ser unificadas por el legislador, como sucede en los delitos complejos y compuestos, en el delito permanente, en los delitos de varios actos, tipos mixtos alternativos, etc. Puede tratarse también de un aparente concurso de leyes, en el cual bastará la aplicación de uno de los tipos penales para colmar todo el desvalor del hecho. Un tercer grupo de unidad delictiva o infracción singular se caracteriza por la sucesiva realización del mismo tipo penal básico, por ej. las sucesivas puñaladas lesivas».

<sup>36</sup> Vid. por todos, SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 234 s.

<sup>37</sup> Vid. por todos, MIR PUIG, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 666.

<sup>38</sup> Art. 73 CP: «Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas»./ Art. 76 CP: «1. El máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubrieran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años./ Excepcionalmente, este límite máximo será: a) De veinticinco años, cuando el sujeto haya sido conde-

dan paso a la acumulación jurídica: el triple de la pena más grave y, en todo caso, el tiempo de veinte años, aunque excepcionalmente este límite absoluto pueda superarse. Estos límites se aplicarán aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, *por su conexión*, pudieran haberse enjuiciado en uno solo. La conexidad entre los delitos es uno de los argumentos esgrimidos por el TS para apreciar el plazo prescriptivo del delito más grave, y no el plazo prescriptivo de cada delito. Por ello, puede resultar interesante estudiar dicho concepto de delitos conexos.

Hasta 1967 no se establecía nada en el CP para los supuestos en que las penas hubieran sido impuestas en procedimientos diferentes. Hasta ese momento la regla 2ª del art. 70 imponía la limitación del triple de tiempo de la pena más grave, siempre que no excediera de 30 años, y en la práctica únicamente se aplicaba cuando se trataba de penas impuestas en el mismo procedimiento. Así, de tal circunstancia, que en muchas ocasiones era puramente casual, se hacía depender el que pudieran o no aplicarse las limitaciones del art. 70, 2º CP<sup>39</sup>.

La Ley 3/1967, de 8 de abril, intentó poner remedio a esta situación, pero originó nuevos problemas. En el Preámbulo de dicha ley se establecía lo siguiente: «Es conocida la aplicación restrictiva que viene haciéndose de la limitación que, en cuanto al cumplimiento de las penas, establece la regla segunda del art. 70 CP, por cuando se reduce a los casos en los que las múltiples infracciones que se incriminan a un mismo agente se hallan relacionadas entre sí por una cierta conexión y se tramitan conjuntamente en el mismo proceso, conforme a los requisitos establecidos en los arts. 17 y 300 LECrim. De este modo lo que, en definitiva, es un beneficio para el reo, depende muchas veces del azar determinado por el enjuiciamiento o no en un solo proceso y conduce frecuentemente a conclusiones injustas. A esta interpretación restrictiva del precepto han contribuido factores diversos, entre ellos, quizá el más importante, que la LECrim. no prevea el procedimiento a seguir para la aplicación del beneficio cuando las múltiples infracciones cometidas se conozcan en procesos independientes. Para evitar tal problema se hace necesario, en primer término, regular tal procedimiento en la Ley procesal, cuya competencia se atribuye al Tribunal que hubiera dictado la última sentencia contra el reo. En segundo lugar, es conveniente también proclamar expresamente en el Código penal, para

---

nado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta veinte años. b) De treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años./2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo». Estos arts. se corresponden con los arts. 69 y 70 CP 1944/1973).

<sup>39</sup> Vid., por ej., SSTS 4-7-1952 (A 1434); 31-1-1964 (A 532).

desvanecer toda duda, el carácter general que en cuanto a su ámbito de aplicación tiene la regla segunda del art. 70, respetando los límites que imponen el juego de la reiteración y reincidencia y evidentes razones de política criminal».

Esta Ley trajo consigo tres reformas fundamentales. En primer lugar, añadió a la regla segunda del art 70 el párrafo siguiente: «La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo». En segundo lugar, la LECrim. añadió el número 5º del art. 17, ampliándose el presupuesto de conexidad a supuestos de conexidad por *analogía* o *relación* entre los delitos. En tercer lugar, creó un procedimiento especial, el del párrafo tercero del art. 988 LECrim., dirigido a la aplicación en vía ejecutiva de la regla segunda del art. 70 CP. Según dicho párrafo, «cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el art. 17 de esta ley, el juez o tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla segunda del art. 70 CP (...)».

Se vincula así la aplicación de los límites a la acumulación de penas para los supuestos de concurso real a una exigencia procesal totalmente extraña a las razones jurídico-materiales que están en la base de tales límites, cual es la necesidad de «conexidad» en sentido procesal entre los delitos concurrentes. Por ello, con la intención de la reforma de 1967 de ampliar el marco dentro del cual jurisprudencia y doctrina permitían que operara la regla segunda del art. 70, se introdujo una exigencia absolutamente anómala que venía a provocar la confusión de dos supuestos diversos como son el concurso real de delitos (problema jurídico-material) y la conexión procesal entre los mismos (cuestión puramente adjetiva)<sup>40</sup>.

La doctrina mayoritaria del TS ha reiterado que el requisito de la conexión procesal debe ser interpretado de la forma más amplia posible, siempre en beneficio del reo, de acuerdo con las razones humanitarias que inspiraron la modificación legal de 1967<sup>41</sup>. Incluso el TS ha prescindido de dicho requisito de conexidad por una triple vía:

En algunas ocasiones considera que el requisito de conexidad procesal es un requisito extraño al problema sustantivo, en el que deben prevalecer las normas concursales penales sobre las normas procesales. Consi-

<sup>40</sup> CÓRDOBA RODA, Comentarios II, 1972, 346 ss.; DE LA OLIVA SANTOS, La conexión, 1972, 185; VIVES ANTÓN, Teoría del concurso, 1981, 30 s.; POLAINO NAVARRETE, CPC 13, 1981, 87; SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 231 COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3ª, 1991, 598; CUERDA RIEZU, Concurso, 1992, 64; CALDERÓN CE-REZO, CDJ 1995-II, 176 s.; MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 667.; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 574.

<sup>41</sup> Vid un estudio jurisprudencial en, DELGADO GARCÍA, LL 1995-4, 1182 ss.

dera dicho requisito procesal contrario al *telos* del precepto penal, claramente inspirado en el humanismo penal<sup>42</sup>.

Otro grupo de sentencias hablan de la analogía en favor del reo como criterio que permite la aplicación, a los casos en los que no hay conexión procesal de la norma prevista para aquellos en que esta conexión sí existe. Así, lejos de considerarse que, al regularse expresamente los casos de conexidad, habrían de entenderse excluidos aquellos en los que la conexidad no existe, aprecia el principio opuesto, el de la analogía, porque las razones que justifican la regla de las limitaciones de pena para los casos en que la conexión existe son igualmente aplicables a aquellos otros en los que tal conexión falta. El beneficio al reo para evitar la exasperación de la penalidad es totalmente ajeno al mencionado requisito de la conexión procesal<sup>43</sup>.

Como tercera vía, alega el TS los arts. 15 y 25 CE, entendiendo que una excesiva duración de las penas privativas de libertad puede dificultar e, incluso, imposibilitar la reeducación y reinserción social del reo, a través de penas que, en tal sentido, pueden considerarse inhumanas y degradantes y, por lo mismo, contrarias a la dignidad de la persona (art. 10 CE)<sup>44</sup>. Puede afirmarse que la doctrina mayoritaria del TS ha negado la aplicación de las limitaciones del art. 76 CP únicamente en aquellos supuestos en los que una de las penas corresponda a un delito cometido con posterioridad a una sentencia firme, y esto «porque de otro modo podría crearse en el reo un sentimiento de impunidad singularmente peligroso y contrario a la finalidad de prevención especial que la sanción penal debe abarcar. Así por ejemplo un condenado a treinta años de privación de libertad podría cometer cualquier delito, por mas grave que fuera, a sabiendas de que ya no se le podría aumentar la pena a la que ya estaba condenado»<sup>45</sup>.

Sin embargo, y a pesar de ser la doctrina anterior mayoritaria en las sentencias del TS, la inclusión en el CP de la exigencia de conexidad entre los delitos ha llevado a que haya otras sentencias en las que se niegue la aplicación del art. 76 (art. 70 CP 1944/1973) por no ser conexos los delitos conforme a ninguno de los números del art. 17 LECrim. Así, por ejemplo

<sup>42</sup> Así, entre las más recientes, SSTS 29-9-1992 (A 7393); 14-4-1994 (A 6000); 27-4-1994 (A 4400); 23-5-1994 (A 6274); 21-3-1995 (A 2251); 27-12-1995 (A 9554); 28-10-1996 (A 7425).

<sup>43</sup> Así, por ej., SSTS 30-5-1992 (A 5034); 8-3-1994 (A 1825); 3-5-1994 (A 3639); 17-10-1995 (A 7555); 15-11-1995 (A 8030).

<sup>44</sup> Así en las SSTS 7-7-1993 (A 5942); 20-10-1994 (A 8350); 4-11-1994 (A 9002); 27-1-1995 (A 263); 20-7-1995 (A 5611); 8-11-1995 (A 9375); 28-10-1996 (A 7425); 11-1-1997 (A 52); 18-2-1997 (A 1184); 24-4-1997 (A 4496); 31-5-1997 (A 4298).

<sup>45</sup> En este sentido, SSTS 16-12-1987 (A 9781); 29-9-1992 (A 7393); 18-11-1993 (A 8673); 1-4-1995 (A 2800); 19-7-1995 (A 5609); 5-7-1995 (A 5774); 2-10-1995 (A 7374); 3-11-1995 (A 8728); 29-11-1995 (A 8327); 9-2-1996 (A 785); 15-7-1996 (A 5612); 30-12-1996 (A 9787); 4-3-1997 (A 1827); 18-4-1997 (A 3026); 22-4-1997 (A 3038); 25-4-1997 (A 3211); 31-5-1997 (A 4298); 6-6-1997 (A 4586).



se niega la conexión en algún caso ( y en consecuencia los límites del art. 76 CP) en el que los bienes jurídicos protegidos en los diversos delitos cometidos no guardan ninguna relación entre sí, o cuando haya sido distinto el *modus operandi* empleado<sup>46</sup>.

Como conclusión señalaré, que estoy de acuerdo con Córdoba cuando afirma que antes de 1967 se discutía si las limitaciones a la acumulación material regían cuando los delitos no hubieran sido objeto de un mismo proceso. La jurisprudencia entendió que no, pero esa interpretación no era obligada conforme al texto legal. La reforma de 1967 partió, como se deduce de su Preámbulo, de que la interpretación jurisprudencial era válida, y quiso ampliar el alcance de las limitaciones del anterior art. 70, añadiendo la posibilidad de aplicarlas aunque los delitos no se hubieran juzgado en un mismo proceso por razón de su conexión. Ello de hecho supuso una restricción de la anterior regulación, que no requería la unidad de proceso ni tampoco la conexión de los distintos delitos<sup>47</sup>.

e) Conexidad en los supuestos de concurso ideal de delitos: art. 77 CP

El concurso ideal de delitos viene recogido en el art. 77 CP, que establece un régimen penológico específico para el caso de que «un solo hecho constituya dos o más infracciones». En cuanto a la naturaleza jurídica del concurso ideal, en el propio art. 77 se habla de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, por lo que la propia letra de la ley impide, en el sistema legislativo español, equiparar los términos «acción»-»delito» en el marco del concurso ideal. Éste tiene en su base una verdadera pluralidad delictiva y no equivale a una infracción única<sup>48</sup>. Pese a que modernamente se ha obviado la lucha entre las teorías unitarias y de la pluralidad y se ha llegado a decir que es una pura discusión terminológica, lo cierto es que la aceptación de una pluralidad delictiva en el concurso ideal no

<sup>46</sup> Así, SSTS 7-4-1995 (A 2858); 24-10-1995 (A 7732); 12-12-1995 (A 9241); 31-10-1996 (7680); 5-11-1996 (A 7759); 24-2-1997 (A 1371); 4-3-1997 (A 1740).

<sup>47</sup> CÓRDOBA RODA, Comentarios II, 1972, 346 ss.; en igual sentido, MIR PUIG, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 667.

<sup>48</sup> En la actualidad en España es unánime la doctrina que afirma la pluralidad de infracciones en el concurso ideal de delitos. Así, p. ej., VIVES ANTÓN, Teoría del concurso, 1981, 13 s.; SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 210 s.; CDJ 1995-II, 193; MIR PUIG, ADP 1988, 996; PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 654; GUINARTE CABADA, Estudios Penales y criminológicos XIII, 1988/1989, 159; CUERDA RIEZU, Concurso, 165; LUZÓN PEÑA, Estudios Penales, 1991, 402; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3<sup>a</sup>, 1991, 591; GRACIA MARTÍN, Bienes jurídicos fundamentales, 1993, 167; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 4<sup>a</sup>, 1994, 612; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 573; MUÑOZ CONDE, PG, 2<sup>a</sup>, 1996, 480; DELGADO GARCÍA, LL 1996-1, 1686. En igual sentido se ha pronunciado el TS. Así, entre la SSTS más recientes, destacan: 8-2-1993 (A 889); 12-3-1993 (A 2154); 22-5-1993 (A 4250); 2-6-1993 (A 4702); 12-7-1993 (A 5910); 12-11-1993 (A 9205); 30-5-1994 (A 4406); 19-9-1994 (A 6996); 16-2-1995 (A 1177); 27-3-1995 (A 2240); 4-4-1995 (A 2814); 5-6-1995 (A 4519); 8-11-1995 (A 8306); 14-5-1996 (A 3934); 28-10-1996 (A 7758); 12-2-1997 (A 1360); 11-6-1997 (A 4677); 26-6-1997 (A 5164).

está desprovista de algún efecto práctico. Así, en el objeto de este trabajo, esto es, en la cuestión de cómo debe ser computado el plazo prescriptivo, la afirmación de que en cualquier clase de concurso de delitos, incluido en el concurso ideal, hay una pluralidad de infracciones, servirá como argumento para computar por separado los plazos prescriptivos de cada delito que conforme el concurso.

El efecto penológico viene establecido en el art. 77,2 CP: «En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones». El CP sigue en este caso el sistema de absorción que consiste en la imposición de una sola pena, y que se corresponde con la más grave de todas las penas individuales<sup>49</sup>.

No voy a tratar en este trabajo otros problemas importantes que plantea el concurso ideal de delitos, por no ser relevante para el objeto central del estudio. Me refiero concretamente al examen de cuándo concurre un hecho y cuándo varios, a efectos de diferenciar el concurso ideal del concurso real de delitos) y especialmente al problema de qué elementos del tipo deben tomarse en consideración<sup>50</sup>. Es decir, me centro en la cuestión de cómo se computa la prescripción en supuestos de concurso ideal, sin discutir cuáles son los requisitos básicos de éste.

En el concurso ideal la conexidad entre los delitos proviene de la unidad del hecho, que significa una identidad, al menos parcial, de los actos ejecutivos, lo que supone una relación de identidad entre los sustratos de ambas infracciones<sup>51</sup>.

f) Conexidad en los supuestos de concurso medial de delitos: art. 77 CP

En el art. 77 CP se recoge, además del concurso ideal de delitos y con los mismos efectos penológicos que éste, el concurso medial de delitos: «Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer otra».

La doctrina mayoritaria se inclina por estimar que el concurso medial es en realidad un supuesto de concurso real<sup>52</sup>. Se abandona la teoría que con-

<sup>49</sup> El art. 77,2 CP se corresponde con el art. 71,2 CP 1944/1973.

<sup>50</sup> La doctrina mayoritaria atiende a la conducta típica, mientras que rechaza el punto de vista del número de resultados. Así, entre otros, CÓRDOBA RODA, Comentarios II, 1972, 314 ss.; CUELLO CONTRERAS, ADP 1979, 64 ss.; SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 212 ss. CUERDA RIEZU, Concurso, 1991, 167 ss. La doctrina contraria, partidaria de tener en cuenta el número de resultados viene representada por MIR PUIG, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 212, le siguen, pues MIR ya había defendido su postura en ediciones anteriores de su PG, GUINARTE CABADA, Estudios Penales y Criminológicos XIII, 1988/1989, 162 ss.; JOSHI JUBERT, ADP 1992, 619.

<sup>51</sup> Vid., por todos, VIVES ANTÓN, Teoría del concurso, 1981, 35.

<sup>52</sup> Así, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, Introducción, 1979, 155; SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 217; GUINARTE CABADA, Estudios Penales y criminológicos XIII,

sideraba el concurso medial un concurso ideal de delitos<sup>53</sup>. Así por ejemplo, Cobo/Vives estiman que, si en el concurso medial se exigiese unidad de hecho, su mención habría resultado superflua. En este sentido, una interpretación que priva de utilidad y sentido a un fragmento de la proposición debe rechazarse como contraria al principio de vigencia<sup>54</sup>. En la misma línea argumental incide MIR, para quien la ley no habla en este caso de un solo hecho, sino que más bien parece contraponer la regulación de medio a fin al caso de que un solo hecho constituya varios delitos<sup>55</sup>.

La doctrina mayoritaria ha entendido que el concurso medial se da cuando existe una relación de medio a fin entre dos delitos<sup>56</sup>.

Esta relación de medio a fin en la actualidad es interpretada por la mayoría de la doctrina en virtud de una posición concreto-objetiva, conforme a la cual se interpreta la necesidad en sentido concreto, requiriéndose sólo que en el caso concreto un delito no pudiera producirse sin el otro. Esto es, la relación teleológica entre los delitos se apreciará no en abstracto, puesto que si requiriese la necesidad en abstracto este inciso no tendría aplicación, ya que lo lógico es que los delitos puedan apreciarse de forma independiente sin que sea preciso que siempre se cometa con otro, sino teniendo en cuenta la configuración concreta de los hechos. Por supuesto, esta necesidad debe existir objetivamente, y no basta que el sujeto crea que se da, aunque también es preciso el conocimiento de la necesidad objetiva<sup>57</sup>.

Desde este punto de vista, la única distinción que existirá entre un concurso real y un concurso real-medial de delitos será precisamente la distinta conexión entre los delitos que conforman el concurso, puesto que en el concurso medial se produce una conexión de medio a fin que lo acerca a la unidad de resolución criminal y de acción; así, en estos casos hay uni-

---

1988/1989, 161; LUZÓN PEÑA, Estudios Penales, 1991, 417; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3ª, 1991, 596; CUERDA RIEZU, Concurso, 1992, 210 ss.; JOSHI JUBERT, ADP 1992, 632; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 4ª, 1994; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, PG, 18ª, 1995, 848 s.; MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 663; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 572; MUÑOZ CONDE, PG, 2ª, 1996, 484.

<sup>53</sup> Así, por ej., FERRER SAMA, Comentarios II, 1947, 242; ANTÓN ONECA: DP I, 1949, 456; CUELLO CALÓN, PG I, 18ª, (revisada y puesta al día por Cesar CAMARGO HERNÁNDEZ), 1980, 702.

<sup>54</sup> COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3ª, 1991, 596 ss.

<sup>55</sup> MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 663.

<sup>56</sup> Vid., por todos, SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 218 ss.

<sup>57</sup> En este sentido, entre otros, SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 218 ss.; GUINARTE CABADA, Estudios penales y criminológicos XIII, 1988/1989, 173 ss.; LUZÓN PEÑA, Estudios Penales, 1991, 417; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3ª, 1991, 594; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, PG, 18ª, 1995, 840 s.; MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 663 s.; MUÑOZ CONDE, PG, 2ª, 1996, 409; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 572; DELGADO GARCÍA, LL 1996-1, 1686 s.;

dad, no de acción, pero sí de propósito y de plan, y, a diferencia del delito continuado, necesidad de un hecho para el otro<sup>58</sup>.

Se han elevado algunas voces críticas en relación con el hecho de que dicha preordenación al delito pueda servir para atenuar la pena. Así, por ejemplo, señala VIVES que «en el CP 1848 'ejecutar el delito como medio de perpetrar otro' era considerado agravante genérica, recogida en el art. 10,11. Y, aunque en el CP 1870 desaparece tal causa de agravación general, la finalidad de cometer un ulterior delito sigue apareciendo en diversas figuras como elemento constitutivo agravatorio de la infracción. Resulta por ello sorprendente que relaciones teleológicas de la misma índole operen, en el seno de la teoría de concurso, en un sentido completamente inverso»<sup>59</sup>.

Ante estas críticas, Joshi plantea una interpretación matizada de la teoría concreto-objetiva defendida por la mayoría de la doctrina, pero eliminando el carácter de preordenación que Vives otorga a la «unidad de resolución» que los defensores de esta teoría aprecian en el concurso medial. Según esta autora el punto de partida consiste en entender que el concurso medial no presupone una relación de medio a fin, esto es, que se cometa un delito para cometer otro. De este modo, los casos en que el único vínculo existente entre dos delitos sea la preordenación no podrán dar lugar al concurso medial, sino solamente al real ordinario. El precepto habla de medio necesario. La palabra medio no tiene que interpretarse forzosamente como sinónimo de instrumento. Medio es también la forma. Desde esta perspectiva, se pone el acento en el acontecer objetivo y no en la preordenación, de carácter puramente subjetivo. En los supuestos de coincidencia parcial puede afirmarse que uno de los delitos es en parte forma o medio para cometer otro. El medio será necesario cuando sea preciso. Y esto sucederá en dos ocasiones. Primera en la coincidencia parcial, pues esta zona común indica claramente que uno de los delitos constituye una forma precisa para realizar el otro. Y, segundo, también cuando, de acuerdo con el plan del autor valorado *ex ante* y objetivamente, no se pueda alcanzar el delito de otra forma que no sea cometiendo otro delito. No se trataría aquí de una preordenación, pues no es que el sujeto incluya en su plan la realización de una serie de delitos a cometer uno tras otro; y tampoco estaremos frente a delitos que siempre acompañan al otro. El plan del autor es la ejecución de un delito, no obstante, cuando vaya a llevarlo a cabo se encontrará en una situación tal que tendrá que realizar otro. Pero respecto a este último no hay preordenación ni premeditación<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Vid., por todos, LUZÓN PEÑA, Estudios Penales, 1991, 417.

<sup>59</sup> Así, VIVES ANTÓN, Teoría del concurso, 1981, 37 ss.

<sup>60</sup> JOSHI JUBERT, ADP 1992, 634 ss.

Conforme a esta postura doctrinal y, teniendo en cuenta las matizaciones de Joshi, la conexidad en los casos de concurso medial surgiría, bien de una identidad, al menos parcial, del sustrato fáctico, o bien de la propia situación concreta en la que se encuentra el sujeto que hace que esos delitos sean hasta tal punto conexos que no pueden realizarse el uno sin el otro.

Hasta aquí se han analizado las diferentes relaciones de conexidad que se dan entre los delitos que conforman los diversos tipos de concursos. A partir de aquí, trataré de dar mi opinión acerca del primer argumento que esgrime el TS para apreciar únicamente un plazo prescriptivo. Esto es, que en los casos en que varios delitos vienen unidos por una abrazadera común que consiste en una conexión íntima, natural o indestructible, el delito subordinado no prescribe en tanto en cuanto no prescribe el delito principal.

g) Relación entre los delitos conexos y la prescripción de los mismos: opinión personal

Ya he dicho al principio que no estoy de acuerdo con aquella postura jurisprudencial que estima un único plazo de prescripción para aquellos casos de delitos conexos, es decir, para aquellos supuestos en los que exista un concurso ideal o medial de delitos. En contra de esta postura se pueden alegar varias razones<sup>61</sup>:

<sup>61</sup> Alguno de estos argumentos son aplicables al problema del plazo de la prescripción de las faltas cuando se sustancian en procesos por delitos. Esto puede ocurrir, bien porque los hechos se califican como delito, resultando al final ser falta, habiéndose iniciado el procedimiento despues de seis meses, o bien porque se tate de un concurso de delito y falta, considerándose que la falta no prescribe hasta que prescriba el delito. Vid., al respecto, ALONSO PRIETO, BIMJ 867, 1971, 4; Este autor es partidario de mantener el plazo de prescripción de las faltas (el autor hace referencia a un plazo de dos meses para la prescripción de las faltas que es el plazo que establecía el CP 1944/1973 en su art. 113. Con el CP 1995, como se ha visto más arriba, el plazo de prescripción de las faltas se ha elevado a seis meses conforme al art. 131,2), independientemente de cuál sea el proceso seguido: «no resulta lícito hacer unas faltas de peor condición que otras por motivos tan ajenos a la conducta del autor como el procedimiento emprendido y que las sentencias penales no son constitutivas sino declarativas por lo que el plazo de prescripción deberá contabilizarse desde la comisión del hecho y no desde que es declarado falta, sea cual fuere su calificación inicial». En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, La prescripción, 1980, 53; LÓPEZ TORRES, BIMJ 1222, 1980, 5.; PASTOR ALCOY, La prescripción, 1995, 113 ss.; QUINTANAR DÍEZ, CPC 63, 1997, 745 ss. En contra de esta postura, DEL TORO MARZAL, Comentarios II, 1972, 690; este autor entiende que si en un único proceso se conoce de un delito y de una falta y el procedimiento se paraliza más de dos meses, la falta no prescribe, ya que, al ser un solo proceso, ello supondría la división de la causa y, por tanto, un caos procesal. Este último ha sido el razonamiento de algunas SSTs, como las de 23-1-1946 (A 64); 22-5-1970 (A 2172); 6-6-1972 (A 3000); 12-12-1979 (A 4599); 21-11-1981 (A 4427); 22-6-1995 (A 4843). A favor de la primera postura doctrinal se han manifestado algunas sentencias. Así, entre otras, SSTs 23-3-1993 (A 2498); 21-5-1996 (A 4551). Además la postura que

1) En primer lugar, se ha visto que la constatación de conexión entre los delitos tiene como efecto el que los hechos puedan ser enjuiciados en un único proceso, para no dividir la causa y evitar fallos contradictorios, pero no tiene efectos penales. Es decir, que ante un concurso de delitos, sobre todo si se trata de un concurso ideal o medial, se pueda decir, lógicamente, que existe cierta conexión entre los delitos, no puede llevar a convertir el concurso en una especie de delito complejo, una unidad delictiva con un único plazo de prescripción. El concurso de delitos, y en eso es unánime la doctrina, implica pluralidad de infracciones, y como tal pluralidad podrá un sujeto, por ejemplo, ser partícipe en una de ellas y no en otra; podrá una de las infracciones estar consumada y no la otra. Es decir, ante toda la normativa penal, las infracciones se seguirán tratando como lo que son: una pluralidad delictiva, independientemente de que se sustancien en un único proceso. Por esa misma regla, creo que también las normas de la prescripción deberán aplicarse a cada uno de los delitos.

2) El CP establece los plazos de prescripción en relación a la duración de la pena de los delitos, no de los procesos judiciales en que se sustancien dichos delitos. Es decir, el legislador no ha utilizado para nada el Derecho procesal a la hora de señalar los plazos de prescripción. Con independencia de la naturaleza material del instituto de la prescripción, el legislador podría haber establecido, por ejemplo, que los delitos enjuiciados en proceso sumarial, prescribieran a los 20 años, los sentenciados por procedimiento abreviado prescribieran a los 5 años, y los seguidos en juicio de falta a los 6 meses. Sin embargo, el legislador no ha utilizado criterios procesales, sino sustantivos, para determinar el plazo para que opere la prescripción.

Pero además, ya se ha visto, que hoy es unánime la doctrina al considerar que la prescripción es un instituto de carácter material, que no guarda relación con la prescripción civil y que no se trata de un instituto de carácter procesal. Por tanto, si se trata de un instituto material, no podrá ser alterado por el Derecho procesal. El derecho sustantivo que ha de aplicarse (los plazos de prescripción) debe ser siempre el mismo con independencia del proceso seguido.

3) Resulta paradójico que la normativa penológica del concurso de delitos, especialmente del concurso ideal y medial, sirva para favorecer al reo

---

se manifiesta contraria a la prescripción de las faltas en estos supuestos resulta discutible si se tiene en cuenta que el propio TS modernamente acepta que la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción puede declararse en cualquier momento del proceso en que se constate su existencia y que su declaración puede hacerse de oficio. Así, entre otras, SSTS 28-1-1982 (A 168); 5-1-1988 (A 233); 22-6-1988 (A 5378); 16-11-1989 (A 8658); 2-12-1989 (A 9378); 6-4-1990 (A 3193); 31-10-1990 (A 8415); 3-12-1990 (A 9391); 7-2-1991 (A 900); 12-3-1993 (A 2375); 4-6-1993 (A 4805); 26-4-1996 (A 3060); 6-5-1996 (A 3799); 21-5-1996 (A 4551); 26-11-1996 (A 8542); 9-5-1997 (A 4502); 30-5-1997 (A 3638).

y, sin embargo, en el tema de la prescripción el sujeto se vea claramente perjudicado, al negarse la prescripción del delito o delitos cuyos plazos más breves han transcurrido ya, sin que haya transcurrido el del otro u otros de prescripción más larga. Esta tesis supone una interpretación *contra reo* de una norma penal. Los plazos de prescripción comienzan a correr desde que se cometió el delito. En ningún lugar del CP se establece una excepción para los supuestos concursales, ni siquiera se menciona que sea distinto el cómputo del plazo en el supuesto de que los delitos fueran conexos. Sí que menciona, sin embargo, el CP cómo se computa el plazo en los supuestos del delitos permanentes, e incluso en el caso del delito continuado, que se considerará a estos efectos una unidad delictiva. Donde la ley no distingue, no se debe distinguir, especialmente cuando no existen razones materiales para ello.

Además, es importante tener en cuenta que la «conexión» a la que se refiere el art. 76,2 CP viene fundamentada en criterios de humanidad y como cumplimiento de los objetivos de resocialización y reinserción que marca el art. 25 CE. Es decir, que la conexión entre los delitos sirve para limitar el alcance de la pena e impedir penas excesivamente largas o casi perpetuas. De este modo, el TS ha interpretado este requisito de forma amplia y buscando en todo caso el beneficio para el reo. La conexidad no sirve para perjudicar al reo en ningún caso<sup>62</sup>. De esta forma, si en los supuestos de concurso real el requisito de la conexidad sirve para limitar el alcance de la pena y se interpreta de forma amplia en favor del reo, resulta contradictorio que, en los supuestos de concurso ideal o de concurso real-medial, la conexidad, que en estos supuestos puede considerarse conexidad material, sirva para limitar la aplicación de la prescripción.

#### h) Unidad de propósito

El segundo argumento utilizado por el TS para fundamentar la aplicación de un único plazo prescriptivo es *la unidad de propósito* con la que actúa el sujeto. Voy a analizar este argumento del TS desde dos puntos de vista: En primer lugar, resulta discutible que la unidad de propósito pueda tener como efecto un cambio de naturaleza jurídica e implicar que varias infracciones pasen a ser una sola. Pero además, como se verá a continuación, no es verdad que en todos los supuestos concursales se pueda constatar dicha unidad de propósito.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta que éste era el mismo argumento que utilizaba el TS para justificar que en el delito continuado el plazo de prescripción comenzara a correr a partir de la comisión de la última de las infracciones cometidas<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Vid., entre otras, SSTS 27-12-1994 (A 567); 27-2-1995 (A 1427); 24-3-1995 (A 2264); 27-5-1995 (A 3956); 13-1-1996 (A 143); 17-1-1996 (A 144); 24-4-1996 (A 2925).

<sup>63</sup> SSTS 30-10-1990 (A 8402); 5-9-1991 (A 6026); 16-1-1997 (A 184).

Comenzando por el primer punto, se puede decir que el argumento de la unidad de propósito recuerda a la concepción de Carrara, conforme a la cual se consideraba decisivo el fin del agente en orden a determinar la unidad o pluralidad de delitos. Distinguía dos tipos de concursos: el concurso material y el concurso ideal. Dentro del concurso material, a su vez, diferenciaba entre la conexión ideológica y la conexión real. En la conexión ideológica varios delitos del mismo género proceden de una sola determinación criminal. La repetida violación, con un fin único, de una misma ley penal conduce a la unificación del delito. En la conexión real, en cambio, uno de los delitos sirve de medio para cometer otro. Frente a la continuación, que supone una unificación ficticia, estamos aquí ante una verdadera unidad delictiva. Se trata de un solo delito, pero cualificado y digno, por tanto, de una mayor represión. El concurso ideal se caracterizaba por la existencia de una sola acción, por lo que, más que de conexión, consideraba que se trataba de una unidad real<sup>64</sup>.

La concepción de Carrara está actualmente superada, y unánimemente la doctrina considera que en los casos de concursos de delitos se comete una pluralidad de infracciones, independientemente del fin del agente<sup>65</sup>. Por otro lado, no veo tan claro que en los concursos de delitos deba haber siempre unidad de propósito por parte del autor. Por ejemplo, en el concurso ideal de delitos es perfectamente posible que la concurrencia se produzca entre un delito doloso y un delito imprudente<sup>66</sup>. Desde mi punto de vista, no se puede hablar de «intención» o de «propósito» único a la vez que se sanciona al sujeto por la comisión de un delito imprudente y un delito doloso<sup>67</sup>.

En cuanto al segundo punto, ya he dicho más arriba que el argumento de la unidad de propósito era utilizado por el TS para computar el plazo prescriptivo en los delitos continuados. Es importante tener en cuenta la discusión existente acerca de la naturaleza jurídica del delito continuado. Se pueden citar tres teorías fundamentales: 1) Las teorías de la realidad, hoy abandonadas, cuyos representantes entendían que en el delito continuado hay una unidad básica, natural, esto es, una realidad ontológica<sup>68</sup>. 2) Las teorías de la ficción, según las cuales el delito continuado es un auténtico supuesto de pluralidad delictiva y sólo se considera como un delito a efectos penales para evitar determinadas consecuencias indeseadas que a veces se derivan de la existencia de un peculiar sistema

<sup>64</sup> CARRARA, Progamma, 5<sup>a</sup>, 1877, § 1113.

<sup>65</sup> Por todos, MIR PUIG, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 660 ss.

<sup>66</sup> En la ya citada STS 22-6-1995 (A 4498) se alude a la unidad de propósito entre un delito de detenciones ilegales doloso y un delito de homicidio imprudente.

<sup>67</sup> Sobre el tipo subjetivo en los concursos, vid., entre otros, MIR PUIG, ADP 1987, 203 ss.

<sup>68</sup> Sobre estas teorías, hoy abandonadas, vid. CAMARGO HERNÁNDEZ, El delito continuado, 1951, 35 ss.



de determinación de la pena en algún grupo de delitos, o bien provienen de las propias reglas de fijación de la pena para los casos de concurso<sup>69</sup>. 3) Una última tendencia doctrinal<sup>70</sup> rechaza la amplitud de criterio con que se acepta la existencia de esta figura delictiva, y admite el delito continuado, siempre considerándolo como un delito único, sólo como forma extrema de la denominada «unidad natural de acción». Para los representantes de esta teoría la diferencia entre la «unidad natural de acción» y el delito continuado radica en la mayor o menor conexión espacial y temporal que exista entre la sucesión de actos típicos realizados. De esta forma, habrá «unidad natural de acción» cuando el autor realice varios actos típicos en una ocasión en lo que a espacio y situación se refiere, en tanto que habrá delito continuado cuando dicha conexión espacial y temporal sea más difusa. Desde este punto de vista, el delito continuado no será considerado una ficción, sino que habrá que interpretarse una situación concreta que supone, desde un punto de vista formal, una reiterada realización del tipo puede ser caracterizado, valorativamente, como un solo delito por darse el requisito subjetivo (idéntica situación de motivación) y el requisito objetivo (intensificación cuantitativa del injusto), en caso de que no se den estos requisitos deberá acudir a un concurso real de delitos<sup>71</sup>.

El TS considera en general el delito continuado como una unidad delictiva «en sentido real u ontológico»<sup>72</sup>. Desde la perspectiva que concibe el delito continuado como una unidad delictiva es lógico entender que la prescripción comienza a computarse desde que se cometa la última de las acciones, puesto que será en ese momento cuando se pueda decir que el delito se ha cometido. Sin embargo, desde las teorías de la ficción, es decir, desde aquellas teorías que defienden también en el delito continuado una pluralidad de infracciones, este cómputo de la prescripción se critica. Así, opina Castiñeira que «situar el inicio del transcurso del plazo de prescripción en el momento de la comisión del último de los delitos tiene como consecuencia en la mayoría de los casos la imposición de una pena

---

<sup>69</sup> La teoría de la ficción es en España mayoritaria. Así, por ej. CASTIÑEIRA PALOU, El delito continuado, 1977, 20; CUELLO CONTRERAS, ADP 1979, 71; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3ª, 1991, 599; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 4ª, 1994, 616; COBO DEL ROSAL, CDJ 1995-II, 253; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, PG, 18ª, 1995, 860; CANTARERO BANDRÉS, Delito continuado, 1990, 18 ss; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 571; GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios I, 420; MUÑOZ CONDE, PG, 2ª, 1996, 486.

<sup>70</sup> En España, SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 135. En sentido parecido MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 656 s.

<sup>71</sup> SANZ MORÁN, CDJ 1995-II, 202.

<sup>72</sup> Así, entre otras, SSTS 15-3-1985 (A 1652); 21-3-1995 (A 2018); 20-12-1995 (A 6356); 10-3-1986 (A 1448); 6-10-1986 (A 5489); 15-6-1987 (A 4814); 10-10-1988 (A 8314); 21-4-1989 (A 3498); 30-10-1990 (A 8402); 4-7-1991 (A 5529); 5-9-1991 (A 6026); 16-1-1997 (A 184).

más grave, naturalmente en aquellos casos, en que si se computara el plazo de prescripción a partir del momento de comisión de los particulares delitos, debería estimarse prescrito alguno de ellos. Resulta inadmisibles que la consideración conjunta de una serie de hechos dé lugar a una agravación efectiva de la pena no prevista en la ley. Tal agravación sería consecuencia de la consideración de unos hechos, que aplicando estrictamente la ley debería considerarse prescritos. El cómputo de la prescripción debe realizarse a partir del momento de comisión de cada hecho ya que no puede admitirse que la figura del delito continuado se convierta en un instrumento para castigar delitos que han prescrito»<sup>73</sup>.

Desde mi punto de vista, este razonamiento es materialmente válido siempre que se considere el delito continuado una ficción que no convierte a los distintos hechos típicos en un solo delito, sino que siguen siendo varios. Sin embargo, si se considera que el delito continuado supone una infracción única cuya diferencia con la «unidad natural de acción» estriba en la mayor o menor conexión temporal y espacial entre los sucesivos actos típicos, es lógico que la consecuencia sea la de aplicar un único plazo de prescripción, aunque evidentemente de esta forma se esté perjudicando al reo.

La diferencia entre el delito continuado y el concurso de delitos en cuanto al cómputo de la prescripción ha sido, a diferencia del CP 1944/1973, expresamente reflejada en el CP 1995. En el art. 132,1 CP se establece expresamente: «En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita». De esta manera, el CP confirma la doctrina reiterada del TS en cuanto a la prescripción del delito continuado, y se acerca así a aquellas teorías que entienden que se trata de una unidad delictiva. La redacción del art. 74 CP también parece aproximarse más a la teoría de la unidad delictiva al indicar que, cuando se cumplan determinados requisitos el sujeto será castigado como autor de «*un delito o falta continuados*».

Es claro, por tanto, el distinto tratamiento que, con razón material o sin ella, realiza el CP del delito continuado y del concurso de delitos, por lo que este es otro argumento para rechazar que en caso de concurso de delitos habrá que esperar a que prescriba la infracción más grave para que pueda considerarse prescrita la más leve.

---

<sup>73</sup> CASTIÑEIRA PALOU, El delito continuado, 1977, 189; En el mismo sentido, CAMARGO HERNÁNDEZ, El delito continuado, 1951, 96; COBO DEL ROSAL, CDJ 1995-II, 266; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, PG, 18<sup>a</sup>, 1995, 866.

## 2. Doctrina jurisprudencial contraria a la aplicación de un único plazo prescriptivo

Algunas sentencias del TS, coincidiendo con la interpretación que aquí se defiende, son partidarias, en caso de concursos de delitos, de aplicar el plazo de prescripción independientemente a cada delito. Según esta línea jurisprudencial, es suficiente que haya transcurrido el tiempo señalado en la ley para que opere el instituto de la prescripción, sin que sea lícito condicionamiento alguno, ya que no se puede distinguir donde la ley no distingue y mucho menos en materia penal en que la interpretación contraria puede redundar en contra del reo. La prescripción del delito es ajena a toda consideración procesal, es un modo de extinción de la responsabilidad criminal. El delito se ve afectado en su propia estructura por el transcurso del tiempo y es la penalidad el elemento fundamental de referencia que utiliza el CP en materia de prescripción. En este sentido se manifiesta la STS 25-4-1988 (A 2868) según la cual «la prescripción debe ser apreciada tan pronto como las exigencias del Derecho sustantivo se hayan producido, porque de no hacerlo así se faltaría al principio de coherencia político-criminal que preside la institución, dado que sería una grave contradicción imponer un castigo cuando los fines del más alto significado y trascendencia que informan el derecho punitivo son ya incompatibles»<sup>74</sup>.

## IV. Conclusión final

La conclusión más importante que deseo destacar es que me parece incorrecta la postura jurisprudencial partidaria de apreciar un único plazo prescriptivo en aquellos supuestos en los que concurren varios delitos en algún tipo de relación concursal. Todo concurso de delitos implica que se han cometido varios delitos, y la prescripción debe individualizarse y computarse por separado. Las normas procesales no pueden prevalecer sobre el Derecho material, y mucho menos cuando con ello se perjudica al reo. Estoy de acuerdo con la última postura jurisprudencial cuando indica que no debe distinguirse donde la ley no distingue, y esto se refuerza cuando se comprueba, como en el supuesto del delito continuado, que cuando la ley quiere establecer un cómputo de prescripción diferente al general lo establece expresamente. Ya se ha visto más arriba como el inicio del cómputo del plazo de prescripción viene recogido expresamente en el CP 1995 para el delito continuado en el art. 132,1. Por otra parte, la aplicación de un único plazo prescriptivo en aquellos supuestos de concurso de delitos supondría una interpretación contraria a reo porque implicaría el castigo penal por supues-

---

<sup>74</sup> En el mismo sentido, entre otras, 21-11-1981 (A 4427); 14-12-1987 (A 9758); 29-1-1990 (A 521); 23-3-1993 (A 2498); 5-4-1993 (A 3035).

tos delictivos ya prescritos. El concurso de delitos no convierte a las distintas infracciones que lo componen en una unidad delictiva. Se ha comprobado, por otro lado, que la conexión que existe entre los delitos que se hayan en relación concursal sirve para atenuar la pena y no para agravarla. También se ha visto como la existencia de una concurso de delitos no lleva aparejada necesariamente la unidad de propósito del reo. Por todo ello, repito que me parece más correcta la tesis que defiende que en aquellos supuestos de concursos de delitos el plazo prescriptivo debe computarse individualmente para aquellos delitos que lo componen.

# El examen conforme a deber: ¿Especial elemento subjetivo de justificación?

María A. Trapero Barreales  
Profesora de Derecho Penal  
Universidad de León\*\*

## I. Introducción<sup>1</sup>

Existe en la actualidad un amplio consenso doctrinal sobre la necesidad de que existan ciertos elementos subjetivos en las causas de justificación. La justificación de la conducta ya no depende solamente de que concurra la situación objetiva justificante, sino que es necesario además que el sujeto tenga como mínimo conocimiento de que concurre dicha situación objetiva de

---

\*\* Este artículo es producto de la, modesta, contribución al Libro Homenaje al Prof. Valle Muñiz.

<sup>1</sup> Abreviaturas utilizadas: A: Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi (citado por fecha de sentencia número marginal); ADP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (citado por año); Art.: artículo; AT: Allgemeiner Teil (parte general); BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán); BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Supremo de la República Federal de Alemania); BT: Besonderer Teil (parte especial); CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial (citado por título y año); CE: Constitución española; ComLP: Comentarios a la legislación penal, director Manuel Cobo del Rosal, coordinador Miguel Bajo Fernández (citado por tomo y año); CP: Código Penal; CPC: Cuadernos de Política Criminal (citado por año); DD: Disposición Derogatoria; DocP: Doctrina penal (citado por año); DP: Derecho Penal; EJB: Enciclopedia Jurídica Básica, director Alfredo Montoya Melgar, coordinador del área de Derecho Penal Diego-Manuel Luzón Peña, editada por Civitas (citada por tomo y año); EPCrim: Estudios penales y criminológicos (citado por tomo y año); FG: Festgabe (Libro en honor de); FS: Festschrift (libro homenaje); GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht (citado por año); GS: Gedächtnisschrift (libro en memoria); JA: Juristische Arbeitsblätter (citado por año); JuS: Juristische Schulung (citado por año); JR: Juristische Rundschau (citado por año); Jura: Juristische Ausbildung (citado por año); JZ: Juristenzeitung (citado por año); LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LK: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch; LH: Libro Homenaje; LL: La ley (citado por año y tomo); LO: Ley orgánica; MDR: Monatschrift für Deutsches Recht (citado por año); n: nota; NJW: Neue Juristische Wochenschrift (citado por año); nm: número marginal; NK: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, redactores generales Ulfried Neumann/Wolfgang Schild; OLG: Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Estado Federado de Alemania); op. cit.: obra citada; p. pp.: página, páginas; PANCP: Propuesta de Antepro-

justificación<sup>2</sup>. El acuerdo doctrinal, sin embargo, desaparece en el momento en que se pretende explicar el contenido de este elemento subjetivo de justificación, su fundamentación dogmática y las consecuencias que se derivan en caso de ausencia de dicho elemento subjetivo<sup>3</sup>.

---

yecto de Nuevo Código Penal; PG: Parte General; PCP: Proyecto de Código Penal; PJ: Poder Judicial (citado por número y año); REDConstitucional: Revista Española de Derecho Constitucional (citado por tomo y año); RFDUC: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (citado por tomo y año); RFDUGr: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (citado por tomo y año); RG: Reichsgericht (Tribunal Supremo del Imperio alemán); s. ss.: siguiente, siguientes; SK: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, editado por Rudolphi/Horn/Samson; StGB: Strafgesetzbuch (Código penal alemán); StPO: Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal); STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TC: Tribunal Constitucional; TS: Tribunal Supremo; WK StGB: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, editado por Foregger/Nowakowski; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (citado por tomo y año).

<sup>2</sup> La necesidad de que concurren elementos subjetivos en las causas de justificación ha sido reconocida desde antiguo. Como en tantas otras cuestiones, el antecedente histórico se encuentra en el Derecho Romano, al hacer depender la aplicación de la legítima defensa de que el sujeto actúe con finalidad defensiva, rechazándose la aplicación de esta eximente si el sujeto actúa motivado por el deseo de venganza. Sobre esta cuestión vid., más ampliamente, WAIDER, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts, 1970, 2 s.; JUNGCLAUSSEN, Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte der personalen Unrechtslehre, 1987, 10 s.; SANZ MORAN, Los elementos subjetivos de justificación, 1993, 12. Ahora bien, el reconocimiento de los elementos subjetivos en las causas de justificación ha de plantearse históricamente con la aparición de la concepción de la teoría general del delito a mediados del siglo XIX, en particular con la distinción entre la antijuridicidad y la culpabilidad como categorías autónomas. Y su desarrollo general se produce con la aparición de la concepción finalista de acción y la adopción de las consecuencias sistemáticas de esta teoría. Para más detalles, vid., ampliamente, CARBONELL, La justificación penal, fundamento, naturaleza y fuentes, 1981, 95; JUNGCLAUSSEN, op. cit., 14, 37 s.; STEINBACH, Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten. Studien zur Begründung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen, deren Inhalt und Konsequenzen, 1987, 4, 11 ss., 92 ss.; SANZ MORAN, op. cit., 12; VALLE MUÑIZ, El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal, 1994, 62.

<sup>3</sup> Sobre la fundamentación de la necesidad de elementos subjetivos en las causas de justificación, su identificación con el conocimiento de que concurre la situación objetiva de justificación o con el ánimo de actuar amparado por la correspondiente causa de justificación y el tratamiento jurídicopenal de la ausencia del elemento subjetivo de justificación, vid., por todos, JUNGCLAUSSEN, Die subjektiven Rechtfertigungselemente, 1987, passim; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, passim; SANZ MORAN, Elementos subjetivos de justificación, 1993, passim; VALLE MUÑIZ, Elemento subjetivo de justificación, 1994, passim; La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación, Política criminal y nuevo Derecho penal, LH Roxin, 1997, 439-467.

Según un sector doctrinal y jurisprudencial, en algunas ocasiones, este elemento subjetivo de justificación, sea entendido en el sentido de conocimiento de que concurre la situación objetiva de justificación (en paralelismo a la construcción del dolo de segundo grado), sea entendido en el sentido de que el sujeto actúe con la finalidad de estar amparado por la causa de justificación concurrente (ánimo de defensa, ánimo de salvación, etc.), no es suficiente para excluir o compensar el desvalor subjetivo de acción; para la justificación de la conducta es necesario que el sujeto haya cumplido con el deber de examen y comprobación de que concurre la situación objetiva de justificación; en caso contrario su conducta seguirá siendo antijurídica. Esto significa considerar al deber de examen como un requisito o presupuesto adicional de las causas de justificación; no basta con que concorra la situación objetiva de justificación y el sujeto tenga conocimiento de la misma o que tenga el ánimo de actuar amparado por la causa de justificación, sino que es preciso que haya llegado a este conocimiento o a esta finalidad tras un examen cuidadoso de la situación objetiva de justificación.

## II. Concepto

Planteadas así las cosas, el deber de examen como requisito adicional necesario para la justificación del hecho se puede definir como la exigencia de que el sujeto examine cuidadosamente la presencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación concurrente (supuestamente concurrente o realmente concurrente)<sup>4</sup>. Esto significa que la justificación de la conducta no depende de que concorra objetivamente la causa de justificación, o de que a esta concurrencia objetiva se le una el elemento subjetivo de justificación genérico (el conocimiento o la finalidad de actuar amparado por la causa de justificación); la justificación de la conducta depende predominantemente de que el sujeto haya cumplido con el deber de examen de la situación objetiva de justificación, y en ocasiones, la comprobación cuidadosa de que concurre la situación objetiva de justificación se convierte en requisito único e indispensable para la justificación de la conducta.

El examen conforme a deber es un requisito adicional, lo que significa que no se ha de identificar con el presupuesto subjetivo genérico, sea definido este en el sentido de conocimiento de que concurre la situación objetiva de justificación, sea definido en el sentido de que el sujeto actúe con el ánimo o fina-

---

<sup>4</sup> Vid., en este sentido, SANZ MORAN, Elementos subjetivos de justificación, 1993, 45; ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen. Aufbau der Verbrechenlehre, 3ª, 1997, 533 (= Derecho Penal. Parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal —en este punto Miguel Díaz y García Conlledo—, 1997, 591).

lidad de estar amparado por la correspondiente causa de justificación<sup>5</sup>; es decir, si se define el presupuesto subjetivo de justificación genérico como conocimiento de la situación objetiva de justificación, tal conocimiento se ha podido adquirir a través de un examen superficial de la situación, por tanto sin comprobar minuciosamente cual es la situación objetiva en la que se dispone a actuar el sujeto: concurre el presupuesto subjetivo de justificación genérico pero falta el examen conforme a deber. Si el presupuesto subjetivo de justificación genérico se define como la finalidad de actuar amparado por la correspondiente causa de justificación, el sujeto puede tener dicha finalidad o ánimo subjetivo pero sin haber examinado cuidadosamente cuál es la situación objetiva en la que va a intervenir: concurre el presupuesto subjetivo de justificación genérico pero falta el examen conforme a deber.

Pero puede suceder también el caso contrario, esto es, que concorra el específico deber de examen pero falte el presupuesto subjetivo de justificación genérico; el sujeto ha comprobado minuciosamente la situación objetiva en la que se dispone a actuar y llega al convencimiento de que la causa de justificación no concurre objetivamente. En este caso puede suceder bien que realmente la causa de justificación no concorra (en este primer supuesto el sujeto habrá realizado dolosamente el tipo global de injusto, esto es, habrá realizado la conducta con conocimiento de la concurrencia de los elementos del tipo positivo y de la ausencia de causas de justificación), o bien que la situación objetiva de justificación sí esté presente, pero pese a la comprobación diligente y cuidadosa del sujeto, este no haya percibido dicha situación objetiva de justificación (en este segundo supuesto se plantea un caso típico de realización dolosa del hecho típico y desconociendo que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Esta independencia entre el examen conforme a deber y el presupuesto subjetivo de justificación genérico ha sido puesta de relieve, entre otros, por LENCKNER, *Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung*, FS H. Mayer 1966, 165 s.; MUÑOZ LORENTE, *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, 1999, 423.

<sup>6</sup> Si bien hemos de admitir que deber de examen y presupuesto subjetivo de justificación genérico son dos presupuestos independientes uno de otro, la concurrencia del primero clarifica la postura o decisión del sujeto al realizar la conducta que se representa: si ha examinado concienzudamente la situación fáctica en la que se dispone a actuar y tal examen le lleva a una representación equivocada de dicha situación, esto dará lugar a que se encuentre en un supuesto de error inevitable, bien sea un error directo sobre la concurrencia efectiva de la situación fáctica representada, bien sea error inverso sobre dicha concurrencia de la situación fáctica. Si falta tal examen concienzudo de la situación fáctica y ha habido una representación al menos "superficial" de la posible situación fáctica imaginada por el autor, podemos encontrarnos ante supuestos de actuaciones imprudentes o dolosas eventuales sobre la concurrencia o no concurrencia de la situación fáctica representada (y en este supuesto la falta del deber de examen puede dar lugar a una representación



Y en otras ocasiones pueden concurrir ambos elementos, el presupuesto subjetivo de justificación genérico y el específico deber de examen. Si este elemento es un requisito adicional para determinadas causas de justificación, sólo cuando concurren estos dos elementos, el subjetivo genérico y el examen conforme a deber, se tendrá que admitir la justificación de la conducta; en los restantes casos se negará la justificación del hecho por ausencia de un requisito (esencial) de dicha causa de justificación. Y en principio este sería el supuesto en el que se tendría que pensar si se admite que el examen conforme a deber es un presupuesto subjetivo especial exigible en algunas causas de justificación

Ahora bien, el examen conforme a deber como requisito adicional de las causas de justificación se ha planteado desde dos perspectivas diferentes. Para su mejor exposición tomemos los siguientes ejemplos:

Caso 1. Un médico supone acertadamente que la mujer que ha ido a su consulta no se encuentra en condiciones de hacerse cargo del hijo que espera, porque sufre trastornos de personalidad y padece además una fuerte depresión, pero no ha realizado un examen psiquiátrico de la mujer embarazada, y por tanto su diagnóstico se basa tan sólo en las declaraciones que la futura madre realiza. En tal situación —incluso con el fin de evitar que la mujer ponga fin a su vida como constantemente está amenazando con hacer— practica un aborto a esta mujer. En este ejemplo el médico no ha cumplido con el deber de examen de la situación objetiva concurrente, y pese a todo ha supuesto acertadamente que concurre la situación de necesidad. En este primer ejemplo el deber de examen aparece como un requisito adicional de la causa de justificación, requisito que se añade a los restantes elementos, objetivos y subjetivos (que sí concurren), del estado de necesidad.

Caso 2. El sargento de policía, tras un examen cuidadoso de todas las circunstancias concurrentes, entra en la vivienda en la que supuestamente se refugia un delincuente frente al que se ha dictado una orden de busca y captura. Posteriormente se comprueba que el ocupante de la vivienda no era la persona perseguida. La situación objetiva de justificación no concurre, pero dadas las circunstancias que rodean el hecho hay una apariencia de que la misma está presente. El sujeto llega al convencimiento de que la causa de

---

errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación -en este caso hay vulneración del deber de examen y sí concurre el presupuesto subjetivo de justificación- o a una representación errónea sobre la no concurrencia de los presupuestos objetivos de justificación -en este caso se produce la vulneración del deber de examen y además no concurre el presupuesto subjetivo de justificación. Este subsupuesto puede tener relación con los casos de dolo eventual sobre la representación de la no concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación-).

justificación sí concurre tras un examen cuidadoso y concienzudo de la situación. En este segundo ejemplo el deber de examen tiene la virtualidad de justificar la conducta del sujeto pese a que la causa de justificación no concurre objetivamente. En este segundo supuesto el examen conforme a deber no es un requisito adicional de la causa de justificación.

Entre los dos ejemplos planteados hay diferencias sustanciales: en el primer caso el examen conforme a deber es un requisito adicional aplicable a una situación objetiva y subjetivamente justificada (ya que concurren los elementos objetivos de la causa de justificación y el sujeto es consciente de ello); en el segundo caso el examen conforme a deber es el elemento esencial para la justificación de la conducta, aunque la causa de justificación alegada no concorra realmente. Ahora bien, el planteamiento del examen conforme a deber como requisito esencial en el segundo grupo de casos pone en entredicho su verdadera naturaleza jurídica, ya que en principio lo que aparece como un elemento subjetivo necesario para la justificación de la conducta parece ser en realidad un criterio de valoración del error sobre la situación objetiva de justificación. En este sentido sólo en el primer grupo de casos podrá seguir manteniéndose que el examen conforme a deber es un requisito o elemento adicional de las causas de justificación en el sentido de elemento subjetivo especial para excluir o compensar el desvalor subjetivo de acción. Pero este último planteamiento tampoco es correcto, como veremos a continuación.

El examen conforme a deber como requisito adicional no tiene una formulación general aplicable a todas las causas de justificación; al menos en la legítima defensa y en el consentimiento (cuando es admitido como causa de justificación) no se ha planteado ni doctrinal ni jurisprudencialmente la dependencia de la justificación del hecho de la comprobación cuidadosa y diligente de la concurrencia objetiva de la causa de justificación. En el resto de las causas de justificación, con uno u otro fundamento, y con una mayor o menor extensión, se ha condicionado la aplicación de las mismas al cumplimiento del deber de examen como requisito adicional y necesario para justificar el hecho realizado.

A continuación se realizará una breve exposición de los distintos fundamentos teóricos del deber de examen como requisito adicional y su aplicación particular a una o varias causas de justificación que pueden descansar sobre un mismo apoyo teórico.

## **1. El RG y el BGH**

El primero en defender y exigir este adicional presupuesto subjetivo de justificación fue el RG alemán, y posteriormente el BGH alemán, planteándolo sobre todo para supuestos de realización de abortos bajo el amparo del esta-

do de necesidad supralegal, para la salvaguarda de intereses legítimos y para las causas de justificación aplicables a la actuación funcional<sup>7</sup>.

La exigencia del deber de examen por la jurisprudencia de los tribunales alemanes obedece a un motivo político criminal claro: evitar las lagunas de punibilidad que se producen en el error vencible sobre la concurrencia en el hecho de la situación objetiva de justificación en aquellas causas de justificación que tienen aplicación en tipos penales que sólo castigan la comisión dolosa. Aplicando la teoría del error, el error vencible daría lugar a la impunidad porque la conducta imprudente no está tipificada (el RG y el BGH, desde una u otra teoría, excluyen el dolo en el error vencible sobre la situación objetiva de justificación). Para evitar esta consecuencia aparece el criterio del deber de examen como un requisito adicional en estas causas de justificación. Este requisito supone que para justificar la conducta dolosa es necesario que objetivamente concorra la causa de justificación, el sujeto sea consciente de que concurre y actúe con la voluntad de ampararse por la misma y además haya comprobado cuidadosamente que dicha situación objetiva de justificación efectivamente sí concurre. Si falta este requisito adicional del deber de examen, la conducta no está justificada y se exige la responsabilidad por el delito doloso correspondiente. Aplicado al error directo sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de la causa de justificación correspondiente, el error vencible ha de ser castigado con la pena del delito doloso, ya que no se ha cumplido con el requisito del deber de examen, requisito imprescindible para justificar la conducta (y en definitiva, para la admisión de efectos del error)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Vid., sobre la jurisprudencia del RG y del BGH, que es seguida también por los tribunales inferiores, MÜLLER, *Der Irrtum über negative Tatumstände*, 1958, 98 ss.; SENGMÜLLER, *Die Sonderbehandlung des Irrtums beim Notstand nach § 40 des Entwurfs des allgemeinen Teils eines StGB von 1958*, 1960, 1 ss., 6 ss.; LENCKNER, *FS H. Mayer* 1966, 167 s.; WAIDER, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente*, 1970, 121; RUDOLPHI, *Die pflichtgemässe Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung*, *GS Schröder* 1978, 73 s.; STEINBACH, *Subjektive Rechtfertigungselemente*, 1987, 244 ss., 278, 280; ROXIN, *AT I*, 3<sup>a</sup>, 1997, 533 s. (= *PG I*, 1997, 591). Siguen la solución adoptada por el RG y el BGH, WACHINGER, *Der übergesetzliche Notstand nach der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts*, *FG Frank I*, 1930, 516; FUHRMANN, *Die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Presse -BGHSt 18, 182, JuS 1970, 75 s.*

<sup>8</sup> Esta conexión entre el deber de examen y el planteamiento de la doctrina general del error por parte del RG y el BGH ha sido puesta de relieve por v. WEBER, *Sobre el error iuris en las más modernas tendencias jurídicas alemanas*, *ADP* 1953, 18; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, 201 s.; RUDOLPHI, *GS Schröder* 1978, 74; JUNGCLAUSSEN, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente*, 1987, 43 s.; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht. AT*, 5<sup>a</sup>, 1996, 466 (= JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general I*, traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde -en este punto Santiago Mir Puig-, 1981, 637 s.); ROXIN, *AT*

En la explicación ofrecida por los tribunales alemanes a favor del examen conforme a deber como presupuesto subjetivo adicional de algunas causas de justificación, en especial del estado de necesidad, este examen se extiende a la comprobación de si existe el conflicto de bienes jurídicamente protegidos que sólo se puede resolver con la lesión de uno de los bienes, así como a que se haya ponderado concienzudamente los bienes jurídicos que entran en colisión. Pues bien, con este razonamiento la jurisprudencia considera objeto del examen conforme a deber no sólo la existencia de la situación de estado de necesidad justificante, sino en igual medida el resultado de la ponderación de intereses; esto significa que el examen conforme a deber se aplica a la cuestión de si a pesar de la existencia de una situación de conflicto la conducta está o no justificada con la aplicación del estado de necesidad jurídicopenal, en definitiva, el deber de examen interviene en la comprobación de si la conducta es o no antijurídica<sup>9</sup>.

El recurso a la construcción del deber de examen por parte de la jurisprudencia del RG y del BGH es objeto de serias críticas, ya que se recurre a él como una forma de evitar lagunas de punibilidad, sin un fundamento dogmático claro, añadiéndose que no se trata realmente de un presupuesto subjetivo adicional, sino de una respuesta diversa al planteamiento general del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación: el error vencible da lugar a la exigencia de responsabilidad por el delito imprudente realizado, pero en aquellas causas de justificación que se aplican a tipos penales que incriminan sólo la conducta dolosa, para evitar la impunidad en caso de error vencible, se excepciona esta teoría y se construye la exigencia del deber de examen para no admitir el error sobre la situa-

---

I, 3<sup>a</sup>, 1997, 514, 534 (= PG I, 1997, 591 s.). FREISLEBEN/KIRCHNER/NIETHAMMER, StGB für das deutsche Reich, 1939, 85 s., 91, hacen una interpretación de la postura del RG que se desvía de las restantes opiniones de la doctrina. Estos autores exponen que el RG aplica el examen conforme a deber para admitir la justificación de la acción por estado de necesidad; el hecho no se justifica si el autor no ha examinado conforme a deber si existe el conflicto entre bienes jurídicamente protegidos, conflicto que sólo puede solucionarse con la lesión de uno de los bienes. Pero donde difieren de la interpretación general es en la consideración de que para el RG el examen conforme a deber es un requisito de toda causa de justificación; si este requisito falta en el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, pueden entrar en aplicación las reglas del dolo eventual; se basa el error en un examen contrario a cuidado de los presupuestos de la causa de justificación, puede venir en consideración no sólo la imprudencia, sino bajo determinadas circunstancias también puede venir en cuestión el dolo eventual.

<sup>9</sup> Vid., por todos, RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 78. Ciertamente, este autor reconoce que el sujeto ha tenido que esforzarse en el reconocimiento de la antijuridicidad de su conducta, pero el cumplimiento del deber de examinar la conformidad a Derecho de la propia conducta no puede ser presupuesto mismo del juicio de la conformidad a Derecho de dicha conducta. Antes bien, esto es idéntico a la cuestión acerca de la inevitabilidad de un error de prohibición en el sentido del § 17 StGB alemán.

ción objetiva de justificación o, si se admite el error, poder castigar por el delito doloso en todo caso<sup>10</sup>. En esta misma línea crítica se ha puesto de relieve la falta de coherencia sistemática por parte del RG y el BGH al exigir en una determinada causa de justificación el examen conforme a deber como condición necesaria para poder aplicar esta causa de justificación, pero no exige tal requisito adicional en otras variantes de la misma causa de justificación. En este sentido se pone como ejemplo que en el estado de necesidad (supralegal y, a partir de la reforma de 1975, el estado de necesidad regulado en el § 34 StGB), el deber de examen es un requisito de cumplimiento imprescindible para poder aplicar esta eximente, pero en el estado de necesidad jurídicocivil tal deber de examen no es un requisito necesario<sup>11</sup>.

Este recurso al deber de examen por el RG y el BGH se rechaza además considerando que no se puede aceptar que los vacíos de punibilidad aprobados por el legislador se intenten cerrar con construcciones que son cuestionables. Cuando tales casos sean considerados merecedores de pena, entonces el legislador debe prevenir tales conductas e incluirlas entre las

<sup>10</sup> Esta crítica ha sido puesta de relieve por LANGE, Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsabbruch, JZ 1953, 15; MÜLLER, Negative Tatumstände, 1958, 101 s.; SENG MÜLLER, Irrtum Notstand, 1960, 7 ss.; LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 183 s.; KRÜMPPELMANN, Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum. Zugleich eine Stellungnahme zur Behandlung des Irrtums über Rechtfertigungsgründe im Entwurf 1962 und im Alternativ-Entwurf, GA 1968, 139; WAIDER, Die subjektiven Rechtfertigungselemente, 1970, 128; BLEI, Strafrecht I, AT, 18ª, 1983, 170 s.; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 252 s., 261 s.; ARZT/WEBER, Strafrecht, BT, 3ª, 1988, 176 s.; MÜLLER-DIETZ, Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung-BGH NJW 1988, 2310, JuS 1989, 280; HIRSCH, LK, 11ª, 1992, antes del § 32, nm. 54, § 34 nm. 48, 132, 140.

<sup>11</sup> Esta falta de coherencia en la jurisprudencia del RG es puesta de relieve por LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 170, quien para demostrar esta crítica pone el siguiente ejemplo: el partícipe en un accidente se aleja del lugar del accidente (§ 142 StGB) para llevar al herido al hospital y para ello usa otro coche porque el suyo ha sufrido daños (el ejemplo ha sido tomado de SCHRÖDER, Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959, FS Eb. Schmidt, 2ª, 1971, 296, si bien este autor lo había planteado para tratar cuestiones relativas al error directo sobre el estado de necesidad y la regulación de esta eximente en el Proyecto de 1959). En el ejemplo planteado, según esta interpretación jurisprudencial, el sujeto ha de examinar cuidadosamente si las lesiones de la víctima, por su clase y gravedad, justifican su alejamiento del lugar del accidente, pero este deber de examen ya no es necesario si conforme al § 904 BGB está permitida la utilización del coche de un tercero para realizar este traslado al hospital del accidentado. Le resulta curioso a LENCKNER este diferente tratamiento del deber de examen en una y otra causa de justificación, máxime cuando, en su opinión, la causa de justificación regulada en el § 904 BGB no es otra cosa que una concreción de los principios que también fundamentan el estado de necesidad supralegal. Se adhiere a esta crítica de LENCKNER, STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 252 s., 261 s.

prohibidas penalmente<sup>12</sup>. Las diferencias entre los autores que destacan la misma crítica en torno a la exigencia del deber de examen por los tribunales alemanes descansa en la propia teoría defendida sobre el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación; mientras unos discuten el recurso en favor de los postulados de la teoría estricta de la culpabilidad, otros critican tal solución que necesita apoyarse en la exigencia del adicional requisito del deber de examen, pero reconociendo que el resultado a que llegan los tribunales, castigar por el delito doloso, es la tesis adecuada en la solución del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, porque en definitiva de eso se trata cuando se actúa sin haberse cerciorado cuidadosamente de la situación fáctica concurrente (tesis con la que no estoy de acuerdo)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Obviamente, tales vacíos de punibilidad serán puestos de relieve, y en su caso aceptados, por los defensores de la teoría limitada de la culpabilidad, no así por los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, quienes no verán aquí ningún supuesto de vacío de punibilidad. Vid. SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, I Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, 372; STEINBACH, *Subjektive Rechtfertigungselemente*, 1987, 262, 272 s.; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª, 1991, 373 (= Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª, 1997, 449); PUPPE, *Zur Struktur der Rechtfertigung*, FS Stree/Wessels, 1993, 195; HIRSCH, LK, 11ª, 1994, § 34 nm. 77.

<sup>13</sup> Son partidarios de la teoría limitada de la culpabilidad o de la teoría del dolo y por tanto critican la tesis jurisprudencial sobre la exigencia del deber de examen, ya que supone llegar a las mismas consecuencias que la teoría estricta de la culpabilidad, el castigo por el delito doloso, Eb. SCHMIDT, *Das Reichsgericht und der "übergesetzliche Notstand"*, ZStW 49 (1929), 394; LANG-HINRICHSSEN, *Tatbestandslehre und Verbotsirrtum*, JR 1952, 305 s.; LANGE, JZ 1953, 9 ss., 12 ss.; SCHRÖDER, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach dem BGH*, MDR 1953, 71 s.; *Die Irrtumsprechung des BGH*, ZStW 65 (1953), 207 ss.; Arthur KAUFMANN, *Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum*, JZ 1956, 358, 393; ENGISCH, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründe*, ZStW 70 (1958), 607, 613; MÜLLER, *Negative Tatbestände*, 1958, 77 ss.; SENG MÜLLER, *Irrtum Notstand*, 1960, 7 ss., 37 s., 99 ss.; HARDWIG, *Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, ZStW 78 (1966), 14 s., 28; ESER/BURKHARDT, *Strafrecht I. Allgemeine Verbrechenselemente*, 4ª 1992, 149, 189 s. (= Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias, traducción de Silvina Bacigalupo Sagese y Manuel Cancio Meliá, 1995, 266, 324 ss.); DIECKMANN, *Pläyoder für die eingeschränkte Schuldtheorie beim Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, Jura 1994, 184; KÜHL, *Strafrecht AT*, 1994, 286. Son partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad y reconocen que la tesis del deber de examen es un reconocimiento jurisprudencial de esta teoría, WELZEL, *Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumproblematik*, JZ 1955, 142 ss.; *Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem*, ZStW 67 (1955), 215 s., 219; *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª, 1969, 92 (= Derecho penal alemán. Parte general, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª, 1997, 199 s.);

Pero el recurso al deber de examen como evitación de lagunas de punibilidad trae como resultado otra consecuencia también rechazable: si el sujeto ha supuesto de manera "descuidada" que la causa de justificación concurre en el hecho que se dispone a llevar a cabo y, efectivamente, la situación objetiva corresponde a dicha causa de justificación, en tal caso, y desde la explicación del RG y el BGH, el sujeto habrá actuado antijurídicamente, ya que no ha cumplido con el deber de examen como requisito necesario para poder apreciar dicha causa de justificación. El intento de resolver discutibles lagunas de punibilidad en el error vencible sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de justificación lleva a negar la justificación del hecho cuando la causa de justificación concurre realmente y el sujeto tiene conocimiento de la misma (e incluso puede actuar con el ánimo salvador), es decir, cuando tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado (si es una causa de justificación del resultado) han quedado compensados porque concurren los presupuestos, objetivos y subjetivos, de la causa de justificación. Explicada esta consecuencia que se extrae de la doctrina jurisprudencial planteada desde la fundamentación del injusto, esta teoría supondría castigar por ¡delito doloso consumado! cuando el sujeto actúa de manera descuidada y negligente pero su conducta, afortunadamente, no llega a lesionar ningún bien jurídico, es decir, cuando la infracción del deber de examen en la situación objetiva y subjetivamente justificada a lo sumo podría ser valorada como una tentativa imprudente (y, por tanto, impune)<sup>14</sup>. El intento de evitar una supuesta laguna de punibilidad inadmisibles a través de este expediente lleva a consecuencias muy graves, vulnerando los principios fundamentales del *ius puniendi*, como el principio de legalidad, de responsabilidad subjetiva y de proporcionalidad.

## 2. Causas de justificación que descansan en el principio de la ponderación de intereses.

El examen conforme a deber se ha conectado en alguna ocasión con la teoría de la ponderación de intereses y, por tanto, con la causa de justificación que se relaciona por excelencia con esta teoría, el estado de necesidad. En este sentido se ha considerado que el principio de la ponderación de intereses ha de presuponer que el sujeto examine con detenimiento si existe la situación de conflicto entre los diversos bienes jurídicos y pondere también

---

BÖRKER, Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irrtümliche Annahme der tatbestandlichen Merkmale einer anerkannten Rechtfertigungsgrund, JR 1960, 170; HERDEGEN, Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, FS 25 Jahre BGH, 1975, 208 s. PUPPE, FS Stree/Wessels 1993, 193 s., pone de relieve que si la teoría del deber de examen fundamenta la pena del delito doloso porque podía evitar el error con la actuación conforme a deber, entonces estamos ante la argumentación de la teoría estricta de la culpabilidad.

<sup>14</sup> En este sentido, por todos, ROXIN, AT I, 3ª, 1997, 534 (= PG I, 1997, 592).

con cuidado cual es el modo de resolver este conflicto. El incumplimiento de este especial deber de examen lleva como consecuencia la negación de la justificación de la conducta, aunque después se demuestre que realmente sí existía dicha situación de conflicto entre varios bienes jurídicos<sup>15</sup>.

En la fundamentación del deber de examen desde el principio de la ponderación de intereses destaca particularmente en España Carbonell<sup>16</sup>. Este autor reconoce que el deber de examen es un requisito adicional del ejercicio legítimo del cargo, según se desprende del art. 492 LECrim: la conducta del agente de policía que practica una detención estará justificada sólo en el caso de que tenga motivos racionalmente bastantes para efectuar la detención. Implícitamente es necesario por parte del agente una previa ponderación, un examen de la actuación conforme a deber, un análisis de que efectivamente se daban los requisitos necesarios. En este caso, el Derecho se ve

---

<sup>15</sup> Derivan el deber de examen del principio de la ponderación de intereses, entre otros, KLEE, *Das Recht auf Wahrheit als Grundprinzip des § 193 StGB*, FG Frank II, 1930, 489 s.; WACHINGER, FG Frank I, 1930, 489 s., 516; HUMBERT, *Subjektive Elemente der Rechtswidrigkeit in ihrer Bedeutung für die allgemeinen Rechtfertigungsgründe*, 1932, 33 s., 49 ss., 57 s.; ALLFEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts AT*, 9ª, 1934, 138 n. 41; BRAUN, *Die Bedeutung des subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts*, 1936, 51, 54 s.; SCHAFFSTEIN, *Der Irrtum bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen*, NJW 1951, 693, quien exige el deber de examen para la salvaguarda de intereses legítimos, pero no para el estado de necesidad, y sin embargo también esta causa de justificación está basada en el principio de la ponderación de intereses; HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, FS Mezger 1954, 274 s.; NOLL, *Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht*, ZStW 68 (1956), 188 s., 191; HELLMER, *Systematik des Strafrechts: Übersichten und Definitionen aus dem Strafrecht und der Kriminologie*, 1969, 24; HERDEGEN, LK, 9ª, 1974, § 193 nm. 15 ss.; SEIER, *Der praktische Fall-Strafrecht: Die unnötige Rettungsfahrt*, JuS 1986, 219; ARZT/WEBER, BT, 3ª, 1988, 176 s. KRÜPELMANN, GA 1968, 145, pone de relieve que el deber de examen en el estado de necesidad se deriva precisamente de las particularidades de esta causa de justificación. Parece estar pensando en la facultad que se concede con esta causa de justificación de sacrificar bienes jurídicos ajenos en la protección de intereses propios, lo que significa imponer al titular de dicho bien un sacrificio especial sobre su propio interés. EBERT, *Strafrecht AT*, 2ª, 1994, 140, destaca la discusión de si en las causas de justificación que exigen una compleja ponderación de intereses (en el estado de necesidad, consentimiento presunto, salvaguarda de intereses legítimos) han de exceptuarse las reglas del error de tipo permisivo en favor de la teoría estricta de la culpabilidad. Según él, esta discusión depende de las diferencias de opinión sobre el reconocimiento de un especial deber de examen en estas causas de justificación (pues en la lesión de este deber se ve como inadecuado el castigo por delito imprudente o la impunidad).

<sup>16</sup> CARBONELL, *La justificación penal*, 1982, 91 s., 100 s., 165 ss., 184; *El sistema de la justificación en el art. 20 CP de 1995*, CDJ: *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal*, 1996, 124 ss.; Art. 20.7, en Vives Antón (coordinador), *Comentarios al Código penal de 1995*, tomo I (arts. 1 a 233), 1996, 186, 190 ss.



necesitado de recurrir a un elemento subjetivo ya que, según su opinión, importa más que se practique la detención en los casos en los que racionalmente parece que se dan las condiciones para ello que esperar a la absoluta certeza de que el sujeto a detener sea culpable. Concluye este autor que si el sujeto, de acuerdo con una ponderación objetivamente correcta, llega a la conclusión de que debía actuar, su conducta estará justificada, aunque en un juicio *ex post* no haya resultado beneficiosa. Y para admitir este resultado el ordenamiento jurídico impone al ciudadano el deber de llevar a cabo un examen concienzudo a través del cual se compensa el desvalor de acción.

El planteamiento de Carbonell ha sido destacado con particularidad porque este autor es partidario de la teoría monista en la fundamentación de las causas de justificación; en su opinión, el fundamento de todas las causas de justificación descansa en el principio de la ponderación de intereses. Sin embargo, el deber de examen no tiene un reconocimiento general, aplicable a todas las causas de justificación, sino que este se explica en relación con el ejercicio legítimo del cargo y es aplicable a otros supuestos como el ejercicio legítimo de un derecho, pero falta un reconocimiento general, para todas las causas de justificación. En segundo lugar, el examen conforme a deber es planteado como un elemento subjetivo de la causa de justificación, pero luego su aplicación se produce en el ámbito del error, cuando el sujeto cree que concurre la situación objetiva de justificación y su error es (objetivamente) invencible. Pero este tratamiento del error invencible sobre la situación objetiva de justificación no es especial en el ejercicio legítimo del cargo; todos los supuestos de error invencible tienen el mismo resultado: el sujeto ha actuado cuidadosamente, diligentemente, y estamos por tanto ante el caso fortuito como causa de justificación de la acción<sup>17</sup>. El propio Carbonell reconoce que el deber de examen no es un requisito adicional del ejercicio legítimo del cargo cuando admite que en la situación objetiva de justificación tal deber de examen no es necesario, y por tanto limita su aplicación a los casos de error invencible sobre la situación objetiva del ejercicio legítimo del cargo<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Sobre el reconocimiento del caso fortuito como causa de justificación de la acción, LUZON PEÑA, Causas de atipicidad y causas de justificación, en LUZON PEÑA/MIR PUIG, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, 1995, 33 s.; Caso fortuito, EJB I, 1995, 950 ss.; Causas de justificación, EJB I, 1995, 989 s.; Curso de Derecho penal. Parte general I, 1996, 575, 635 ss.

<sup>18</sup> CARBONELL, La justificación penal, 1982, *passim*, y especialmente 157 s., 163 ss., 167. Pero lo que no tiene coherencia con este planteamiento es que diga que en el caso de no cumplimiento del deber de examen recobra vigencia la primacía del valor de resultado para justificar la conducta. Porque por mucho que este autor intente justificar en ciertas causas de justificación la relevancia del valor de acción por el interés en la protección del funcionamiento de la Administración de Justicia, esto no puede esconder lo que hay efectivamente, que en casos excepcionales, en algunos de ellos expresamente previstos por la ley, el valor de acción puede servir para

Pero tampoco el principio de la ponderación de intereses justifica la exigencia del deber de examen como un presupuesto subjetivo adicional para algunas causas de justificación. En este sentido ha de señalarse que la ponderación de bienes o intereses tiene lugar desde puntos de vista objetivos, no porque el sujeto haya examinado cuidadosamente si el conflicto entre los bienes jurídicos se ha producido; si el sujeto tiene conocimiento de la situación objetiva de justificación su conducta está justificada, no porque haya llegado a este conocimiento por una cuidadosa comprobación de la situación objetiva y del conflicto entre los bienes jurídicos, sino porque dicha situación objetiva concurre realmente y en la misma se admite la lesión de un bien jurídico para proteger otro de igual o superior valor<sup>19</sup>.

---

justificar la conducta pese a concurrir el desvalor de resultado. La tesis del autor español significa alternar entre el valor de acción/valor de resultado según convenga a efectos de excluir la responsabilidad penal. Pero estos conceptos además están utilizados de manera que no me parece del todo correcta, la ausencia del examen conforme a deber tiene relevancia sólo cuando los presupuestos objetivos de justificación no concurren, porque en otro caso estaremos ante una suposición negligente de la situación justificante objetivamente existente; pero esto es penalmente irrelevante y sin embargo, si el deber de examen es verdaderamente un presupuesto subjetivo de la correspondiente causa de justificación, en caso de no ser cumplido se podría decir que tal suposición superficial puede entrañar una infracción del deber de cuidado exigido por el ordenamiento jurídico y por tanto existe un cierto desvalor subjetivo de acción.

<sup>19</sup> Rechazan la derivación del deber de examen del principio de la ponderación de bienes e intereses, entre otros, Eb. SCHMIDT, ZStW 49 (1929), 390 s.; LANGE, JZ 1953, 12; LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 171; WAIDER, Die subjektiven Rechtfertigungselemente, 1970, 122, n. 12, quien expone opiniones doctrinales sobre la concepción objetiva del conflicto de intereses, no a través de un examen conforme a deber; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 251, 254, 257; EBERT, AT, 2ª, 1994, 61; GROPP, Strafrecht AT, 1997, 193. Expone STEINBACH las discusiones en torno al § 34 StGB así como las fundamentaciones del Proyecto de 1962 (p. 255), resultando rechazado el presupuesto adicional del examen conforme a deber, pues basta el hecho de que el resultado externamente sea guiado por una voluntad salvadora, que aparezca una acción de estado de necesidad ponderada acertadamente según los presupuestos mencionados en esta eximente, y por tanto basta con que los presupuestos se den objetivamente, no es necesaria la prueba de que el sujeto mismo ha ponderado la situación de necesidad. Si el sujeto ejecuta una acción objetiva y subjetivamente conforme a Derecho, que lo haga según un examen exacto o inexacto de la situación, esto no puede desempeñar ningún papel en Derecho penal respecto de los delitos dolosos. Cuando el autor actúa objetivamente conforme a Derecho y cumple los presupuestos subjetivos de justificación, en tal situación se excluye el desvalor de resultado pero también el desvalor de acción, por lo que resulta curioso que la falta de un examen conforme a deber anule esta situación y deba conducir nuevamente a la pena del delito doloso (en este punto se hace eco de la crítica mantenida en su momento por WELZEL, JZ 1955, 143). Tampoco el argumento de SCHAFFSTEIN convence a este autor (la permisión del sacrificio del bien ajeno a favor del propio obliga a un examen cuidadoso de los intereses que colisionan), pues, si esta argumentación fuera correcta, entonces no

### 3. El deber de examen y el juicio *ex ante*

En otras ocasiones este adicional presupuesto subjetivo de justificación se une al juicio *ex ante* aplicado en algunas causas de justificación. Desde esta explicación, se considera que la perspectiva *ex ante* en las causas de justificación está unida a los casos en los que se justifica excepcionalmente un resultado ilícito por la incertidumbre existente en el momento en que se realiza la acción. Para restringir en la mayor medida posible esta consecuencia es preciso que se exija en tales causas de justificación el especial presupuesto subjetivo de justificación consistente en el examen cuidadoso de la situación objetiva; sólo en los casos en que se haya cumplido este deber de examen en la situación de incertidumbre sobre la concurrencia o no de la causa de justificación se podrá admitir la causa de justificación<sup>20</sup>.

Pero tampoco esta explicación es demostrativa de la existencia de este requisito adicional en algunas causas de justificación y esta conclusión se puede extraer de las siguientes consideraciones. Por un lado, para un sector doctrinal, la perspectiva *ex ante* en la comprobación de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no se circunscribe a aquellas eximentes que autorizan excepcionalmente supuestos de error invencible, es decir, a aquellas causas de justificación en que excepcionalmente se equipara la justificación putativa con la justificación real, sino que tiene aplicación general, derivada de su vigencia en toda la teoría del delito con carác-

---

se explica que sea un requisito subjetivo de la salvaguarda de intereses legítimos y no lo sea para otras causas de justificación estructuradas de igual manera (si fuera justo que se exigiera el deber de examen para compensar el derecho de intervención en bienes ajenos, entonces esto debía regir también para la legítima defensa y el estado de necesidad jurídicocivil) (p. 263). Quizás se podría argumentar en contra de la exigencia del deber de examen en la legítima defensa aludiendo al doble fundamento de esta eximente y a la doble defensa que efectúa el agredido al reaccionar contra el agresor, la defensa de sí mismo y la defensa del mismo ordenamiento jurídico. Esto podría permitir una comprobación menos cuidadosa de la situación antijurídica, al igual que esta razón explica la mayor permisibilidad en la acción defensiva frente a otras causas de justificación. Pero el argumento doctrinal esgrimido favorable a una relajación de las exigencias del deber de examen en la legítima defensa se debe al peligro que se corre en la comprobación cuidadosa de que la agresión inminente se convierta en efectiva y haga inútil toda defensa, mientras que en el estado de necesidad la situación de peligro para el bien jurídico no ha sido provocada por otra persona, y los bienes que están en colisión merecen la misma protección jurídica por el Derecho.

<sup>20</sup> Esta es la opinión de JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, 1996, 331 (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 450). También admiten el deber de examen como derivación de la perspectiva *ex ante* HENKEL, FS Mezger 1954, 274 s.; BLEI, AT, 18ª, 1983, 170; COBO/VIVES, Derecho penal PG, 4ª, 1996, 448.

ter general<sup>21</sup>. Al igual que en la fundamentación del injusto la perspectiva *ex ante* adquiere relevancia para juzgar si una conducta ha de estar o no prohibida, esto es, para fundamentar el desvalor subjetivo de acción —doloso o imprudente—, lo mismo sucede en la exclusión del injusto, la concurrencia o no de los presupuestos objetivos de una causa de justificación se ha de valorar en el momento en el que el sujeto se dispone a actuar. De esto no se deduce un especial deber de comprobación y examen de la situación objetiva, al igual que en la fundamentación del injusto no se exige un especial deber de examen distinto del que se deriva de la actuación diligente.

En segundo lugar, las causas de justificación están compuestas, en sus presupuestos, por elementos o requisitos de pronóstico o inciertos en el sentido de que su presencia depende de cómo se desarrollen los acontecimientos y la decisión final de si concurre o no la causa de justificación sólo se puede adoptar desde una perspectiva *ex post*, cuando se conocen todos los hechos y el propio desarrollo de la situación incierta. En esto descansa la idea de incertidumbre que se plantean los partidarios del deber de examen como requisito adicional. Pero la aplicación de la causa de justificación no depende de la comprobación cuidadosa y concienzuda del sujeto que se dispone a actuar, sino de la propia presencia de dicha situación de incertidumbre o de la presencia de los requisitos que componen los elementos de pronóstico. En este planteamiento es objeto de discusión el criterio que ha de utilizarse para concluir que concurren las circunstancias que dan contenido al elemento de pronóstico o al elemento compuesto por una variable de incertidumbre, si ha de recurrirse a la valoración que realice el sujeto cuidadoso y prudente en el sector de la actividad en la que se desarrolla esta conducta, se ha de recurrir al punto de vista de un experto o se decide desde el punto de vista del sujeto concreto que lleva a cabo el hecho<sup>22</sup>. Si la situación de incertidumbre concurre y la decisión sobre su existencia se toma desde el punto de vista del sujeto cuidadoso o prudente en ese sector de la actividad, esta no desaparecerá porque el sujeto considere que la causa de justificación concurre y haya llegado a esa conclusión desde una consideración superficial de los hechos.

---

<sup>21</sup> Vid., en este sentido, NOWAKOWSKI, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 26, Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe, ÖJZ 1977, 576; RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 75 s., 81 s., 84 s., 87 s., 89 ss.; Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, GS Armin Kaufmann 1989, 370 ss.; WOLTER, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystems, 1981, 38, 137 ss.; FRISCH, Vorsatz und Risiko, 1983, 424 ss.; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 263, 270 ss., 282 ss., 286 ss.; JAKOBS, AT, 2ª, 1991, 362 (= PG, 2ª, 1997, 436); VALLE MUÑIZ, El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal, 1994, 55 ss.; MIR, Manual de Derecho penal PG, 5ª, 1998, 138 ss.

<sup>22</sup> Sobre esta cuestión vid., más ampliamente, ROXIN, AT I, 3ª, 1997, 535 s. (= PG I, 1997, 593 s.).

La falta de certeza sobre la concurrencia o no de la causa de justificación y el examen superficial de dicha situación objetiva en la que se dispone a actuar el sujeto podrá dar lugar al planteamiento de la construcción del dolo eventual respecto de la no concurrencia de la situación objetiva de justificación y, en consecuencia, a plantear un caso de ausencia del presupuesto o elemento subjetivo de justificación. O al caso contrario, la representación de la posibilidad de que concurra dicha situación objetiva de justificación y su aceptación con un mínimo de fundamento objetivo, para compensar el desvalor subjetivo de acción del hecho típico.

Si el sujeto no cumple con el deber de examen, esto es, no actúa con la diligencia y cuidado del hombre prudente en este sector de la actividad, tendrá que responder por la conducta realizada si la situación justificante objetivamente no concurre, porque el sujeto, cuando se dispone a actuar, sí es consciente de dicha incertidumbre, o debió ser consciente de la misma (y ahí radica la infracción de las normas de cuidado o la posible responsabilidad por la conducta dolosa realizada porque el sujeto ha actuado con dolo eventual). Y el hombre cuidadoso y diligente sí se habría dado cuenta de que dicha situación incierta no constituye una situación objetiva de justificación.

Por otra parte, este deber de examen no es una explicación genérica para todas las causas de justificación en que se aplica el criterio de la perspectiva *ex ante*. Este es el caso de Cobo/Vives<sup>23</sup>, quienes reconocen la aplicación de esta perspectiva en el estado de necesidad y en el ejercicio legítimo del cargo, pero creen que sólo en esta segunda causa de justificación es necesario el cumplimiento del deber de examen para la justificación de la conducta del agente de la autoridad.

#### 4. El deber de examen y la *lex artis*

No han faltado autores que han fundamentado el deber de examen en las causas de justificación en las que ha de intervenir un facultativo como derivación de los específicos presupuestos que han de justificar la intervención de estos profesionales, en concreto, el deber de examen tendría su explicación en la aplicación de la *lex artis* con la que han de actuar estos sujetos. Este es el parecer de BLEI<sup>24</sup> en relación con la justificación de las intervenciones abortivas a través de la aplicación del estado de necesidad. En su opinión toda interrupción del embarazo debe ir precedida por un examen conforme a

<sup>23</sup> COBO/VIVES, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 497 s., donde reconocen que la perspectiva *ex ante* en el estado de necesidad supone el reconocimiento del genérico presupuesto subjetivo de justificación, la voluntad de salvación, pero no significa la exigencia del presupuesto subjetivo adicional, el deber de examen.

<sup>24</sup> BLEI, Der Tatbestandsbegriff des § 59 StGB und der Irrtum über einem Rechtfertigungsgrunde, 1956, 313 ss.

deber de los presupuestos de la indicación médica. En caso de que exista un peligro real para la mujer embarazada y el médico no esté convencido de la existencia de este peligro que amenaza a la mujer, pero pese a todo practica el aborto, su intervención es antijurídica. De esto resulta que en la falta de examen o en el examen insuficiente todo error del médico debe ser un error de prohibición, a tratar según las reglas del error de prohibición. La justificación de una intervención médica presupone una acción que corresponda a las reglas del arte médico. A esta *lex artis* pertenece la exigencia de que a toda actuación médica debe ir precedida de un diagnóstico tras un examen cuidadoso de la situación<sup>25</sup>.

Esta tesis supone que en los tipos penales que pueden ser justificados a través del ejercicio legítimo de la profesión médica el deber de examen como presupuesto subjetivo adicional se deriva de las reglas de la ciencia médica; el incumplimiento de esta *lex artis* dará lugar a la inaplicación de esta causa de justificación, aun cuando la situación objetiva justificante concorra realmente<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> El ejemplo que este autor expone de falta de examen conforme a deber realmente plantea el problema del dolo eventual sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de justificación, por tanto no es un supuesto de error de prohibición, sino de la admisibilidad de formar el contenido de los presupuestos subjetivos de justificación con la construcción del dolo eventual. Como mucho, este caso se tendrá que tratar como un supuesto de ausencia del presupuesto subjetivo de justificación si realmente la situación de justificación objetivamente sí existe, o ante un caso de suposición errónea de la situación objetiva de justificación, si tales presupuestos objetivos realmente no concurren. Esta solución que propone BLEI viene a coincidir con la propuesta de la teoría estricta de la culpabilidad, pero en opinión de este autor esto no significa una reinterpretación de las reglas del error (BLEI es partidario de una teoría que se asemeja en gran parte a la teoría de los elementos negativos del tipo, él mismo hace uso de esta terminología después de haber aclarado cuáles son sus diferencias con esta teoría), sino que es una consecuencia forzosa de la estructura de la causa de justificación de la indicación médica en el aborto por un lado y de las reglas de la teoría de la culpabilidad por otro. Significa que el médico está obligado, no sólo por el Derecho, sino también por las reglas de su profesión al examen cuidadoso de sus presupuestos. Bajo la exigencia del examen conforme a deber de los presupuestos de la interrupción puede colocarse la misma consideración de la tentativa imposible: la anticipación de la protección penal con la introducción de un especial presupuesto subjetivo de justificación no tiene como objeto el conflicto entre la embarazada y el feto, sino que el efecto corruptor que parte de un manejo laxo de la indicación médica alcanza el peligro de una solución injusta de un caso individual de colisión. En el resultado esta teoría coincide con el resultado de la teoría estricta de la culpabilidad; se aplican las reglas de la teoría de la culpabilidad al médico que no ha examinado cuidadosamente los presupuestos de la intervención; en el examen cuidadoso de la situación se produce la impunidad de la conducta.

<sup>26</sup> Esta opinión es defendida, además de por BLEI, por WACHINGER, FG Frank I, 1930, 487, 489 s.; SCHROEDER, Anmerkung zu BGH Ur. 25.8.1975-2StR 541/74, JZ 1977, 140, quien pone de relieve que el examen conforme a deber de las indicaciones en

Tampoco el requisito de la actuación conforme a la *lex artis* como elemento necesario para justificar la actuación médica es una prueba de la existencia de un especial presupuesto subjetivo de justificación en el sentido del deber de examen. Este elemento hace alusión al modo en que debe actuar un determinado sujeto en el ejercicio de una profesión. La *lex artis* significa la aplicación adecuada, correcta, del tratamiento prescrito o indicado para combatir una determinada enfermedad o patología<sup>27</sup>, es decir, el sujeto ha de actuar de manera diligente y cuidadosa en la realización de la intervención curativa. Antes de llegar a esta fase de práctica de la intervención curativa, el médico ha de averiguar el verdadero estado de salud del enfermo, así como las posibles alternativas existentes para alcanzar la curación. En esta labor previa no existe un especial deber de examen distinto del que se deriva del deber de cuidado y diligencia que ha de observar el sujeto prudente y cuidadoso en cualquier sector de actividad. El incumplimiento de este deber de cuidado y diligencia sólo adquiere relevancia cuando el tratamiento médico no está objetivamente indicado o cuando, pese a ser el objetivamente correcto, este se practica de manera descuidada o negligente. En ocasiones podrá suceder que la adopción de una decisión sin haber examinado previamente los hechos concurrentes podrá dar lugar a que el médico no suponga que concurre la situación objetiva justificante, o en todo caso se podrá plantear una situación similar a la del dolo eventual en relación con el tipo positivo: la suposi-

---

el aborto se deriva de un elemento contenido en el tenor literal del § 218 a StGB. Todas las indicaciones tienen el reconocimiento médico como presupuesto, y este se interpreta predominantemente como un estado objetivo según las experiencias de la ciencia médica. Pero al reconocimiento mismo pertenece que el médico agote todas las fuentes de reconocimiento a su alcance. Desde este contenido del reconocimiento médico ha partido el legislador en la concepción de las indicaciones en el aborto. Esta tesis desarrollada en el § 218 a StGB no prejuzga su extensión a otras causas de justificación.

<sup>27</sup> Vid., por todos, ROMEO CASABONA, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), 1981, 160. En esta cuestión se produce una discusión previa sobre la naturaleza de la exención de la responsabilidad penal en la actuación médica curativa: si estamos ante una conducta atípica por faltar el tipo subjetivo o el tipo objetivo, o se trata de la justificación de la actividad médica a través del consentimiento, o el ejercicio legítimo de una profesión (u otras causas de justificación). No podemos detenernos en esta cuestión, y tan sólo quiero dejar apuntada esta discusión doctrinal que se plantea en torno a la actividad médica y la exención de responsabilidad penal en relación con los delitos de lesiones y homicidio. Otra cosa es la solución en el delito de aborto, pues aquí la actividad médica sí se inscribe en una causa de justificación, aunque también en relación con las indicaciones en el aborto existe discusión doctrinal sobre su naturaleza jurídica. Para más detalles, por todos, LUZON PEÑA, Indicaciones y causas de justificación en el aborto, CPC 1988, 629 ss. (= PJ 13, 1989, 27 ss. = Estudios penales, 1991, 327 ss.); Indicaciones y causas de justificación en el aborto: requisitos generales, Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, LH Beristain, 1989, 779 ss.; Indicaciones en el aborto, EJB III, 1995, 3527 ss.

ción por parte del médico de la situación objetiva de justificación no tiene un apoyo lógico y razonable, ya que ha llegado a esta conclusión sin una mínima comprobación de la situación objetiva; en este caso faltará el elemento subjetivo necesario para justificar su conducta y se le castigará por tentativa de delito (si la causa de justificación sí concurría objetivamente). Pero podrá suceder que el médico, pese a que no ha cumplido con el deber de examen, considere que concurre la situación objetiva de justificación y llegue a esta conclusión con un mínimo de fundamento objetivo y en tal caso sí concurrirá el elemento subjetivo de justificación necesario para compensar el desvalor subjetivo de la acción<sup>28</sup>.

De la justificación del aborto practicado por un médico tampoco se deriva el especial presupuesto subjetivo de justificación. Ciertamente, el aborto se realizará normalmente por un médico ya que sólo este podrá comprobar que concurre alguna de las indicaciones para justificar el aborto y porque así se exige expresamente en el sistema de indicaciones en nuestro ordenamiento jurídico, así como en el ordenamiento alemán (reguladas en el art. 417 bis CP 1944/73, precepto que sigue en vigor según lo dispuesto en la DD 1. a CP 1995 y en el § 218 a StGB). Pero de esto no se deriva que el médico haya de aplicar un especial cuidado y atención en la comprobación del estado de la embarazada, distinto del cuidado y atención necesarios para realizar una conducta diligente en cualquier sector de la actividad humana<sup>29</sup>. En definitiva,

---

<sup>28</sup> Este planteamiento supone aplicar la construcción defendida por LUZON PEÑA, PG I, 1996, 426 s., del dolo eventual desde la teoría restringida del consentimiento para la formación del elemento subjetivo de justificación: si el sujeto se representa la posibilidad de que concorra la causa de justificación y admite esta posibilidad desde un mínimo fundamento objetivo, no habrá dolo objetivamente malo, pues es consciente de la concurrencia de la causa de justificación. Si el sujeto se representa la posibilidad de que concorra la causa de justificación pero llega a esta conclusión sin un mínimo fundamento objetivo, habrá actuado dolosamente y, en caso de concurrir realmente la causa de justificación, se le castigará por tentativa de delito. En este sentido tiene razón MUÑOZ LORENTE, Libertad de información, 1999, 427 ss., cuando considera que el deber de examen tiene también relevancia como instrumento para el análisis de la concurrencia del elemento subjetivo de justificación; el deber de examen sirve para probar que concurre este elemento subjetivo, aunque reconoce que se puede probar por otras vías.

<sup>29</sup> LENCKNER, Notstand, 1965, 200, admite que sólo el médico está autorizado para practicar un aborto, pero no por exigencias del especial deber de cuidado o examen derivado de la *lex artis*. En su opinión, el lego no está en la situación de juzgar si existe un conflicto entre bienes jurídicamente protegidos que sólo puede solucionarse con la lesión de uno de estos bienes. Esto significa que la actuación del lego será un medio innecesario o inadecuado, pero la exclusión de la causa de justificación no se debe a la exigencia del especial presupuesto subjetivo de justificación. A esto yo añadiría que en ocasiones el aborto se practicará por un no médico y sin embargo podrá estar justificado, no a través del art. 417 bis CP anterior, aún hoy en vigor, pero sí a través del genérico estado de necesidad del art. 20.5 CP. En contra del deber de



en la actividad médica no existe un especial presupuesto subjetivo de justificación, el examen conforme a deber, necesario para autorizar la intervención. El deber de examen es el propio de la actuación diligente (no uno especial y distinto).

## 5. Causas de justificación de la acción y causas de justificación del resultado

La defensa del presupuesto adicional del examen conforme a deber está conectado con una de las versiones de la distinción entre causas de justificación del resultado y causas de justificación sólo de la acción<sup>30</sup>. Y para estas últimas es para las que rige tal exigencia. Sin embargo, no todos los autores que defienden este presupuesto subjetivo adicional lo aplican a todas las causas de justificación de la acción. Veamos cómo opera este presupuesto subjetivo adicional.

Rudolphi<sup>31</sup> expone que la teoría partidaria del examen conforme a deber como presupuesto subjetivo adicional de algunas causas de justificación se basa en la aceptación de la división de las causas de justificación en dos tipos estructuralmente diferentes: En el primer grupo se incluyen aquellas que presuponen objetivamente sólo una determinada circunstancia externa. Si esta concurre objetivamente, se compensa el desvalor de resultado y con esto se excluye la condena por delito doloso consumado. Si además el sujeto conoce la existencia de la causa de justificación, tampoco procede el desvalor de acción y la posibilidad de condena por tentativa. En el segundo grupo se incluyen las causas de justificación que no sólo presuponen objetivamente una determinada circunstancia, sino que más allá de eso exigen que el autor haya comprobado esa circunstancia basándose en un examen conforme a deber antes de su acción, o en que incluso la falta de una circunstancia justificante se sustituye con el examen conforme a deber. El efecto justificante, tanto la compensación del desvalor de resultado como el de acción, dependerá también de que el autor haya examinado conforme a deber la existencia de los presupuestos objetivos de justificación. En las causas de justificación que suponen sólo autorización de la acción y que se explican desde el riesgo

---

examen en las indicaciones en el aborto, SAX, *Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a StGB*, JZ 1977, 333 s., para quien el § 218 a StGB no es una causa de justificación, sino que es un presupuesto negativo de merecimiento de pena que actúa objetivamente, aunque el médico no sepa que concurren objetivamente sus presupuestos.

<sup>30</sup> Esta distinción entre causas de justificación del resultado y causas de justificación de la acción no se corresponde con la tesis de LUZON PEÑA, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1995, 33 s.; EJB I, 1995, 989 s.; PG I, 1996, 575 s., y que me parece acertada.

<sup>31</sup> RUDOLPHI, *GS Schröder* 1978, 74 s.

permitido, la omisión del deber de examen hace que el hecho siga siendo antijurídico.

En esta tesis destaca de forma especial Lenckner<sup>32</sup>. Para este autor la salvaguarda de intereses legítimos es un caso especial de aplicación del principio de riesgo permitido en el que se justifica la lesión del honor aunque en el resultado el autor haya actuado injustamente, es decir, aunque no concurrieran efectivamente los presupuestos objetivos de esta eximente. Sólo cuando el autor, con un examen conforme a deber de la situación, excluye el peligro de una lesión del honor injustificada en el resultado estará amparado por esta causa de justificación. Lo mismo sucede en las otras causas de justificación de la acción que descansan en el riesgo permitido: el consentimiento presunto cuando voluntad real del lesionado y voluntad presunta no coinciden, y el ejercicio de cargos públicos efectuada sin los necesarios presupuestos objetivos<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> LENCKNER, Notstand, 1965, 203 y n. 51; FS H. Mayer 1965, 178 ss.; StGB, 25ª, 1997, antes de los §§ 32 nm. 11, 18 ss., 58, 86, § 193 nm. 23.

<sup>33</sup> Vid., también, HIRSCH, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der ZStW (Teil II), ZStW 94 (1982), 264; LK, 11ª, 1992, antes del § 32 nm. 54, 146, 156, quien admite el deber de examen en la actuación funcional; ASUA BATARRITA, La tutela jurídica del honor. Consideraciones polímicriminales en relación a la LO 1/1982, LH Fernández Albor 1989, 28 s., en la libertad de información y expresión; GOMEZ PAVON, La intimidación como objeto de protección penal, 1989, 90 s., para el derecho a la información y la actuación funcional; HERDEGEN, LK, 10ª, 1989, § 193, nm. 30, en la salvaguarda de intereses legítimos; BERDUGO, Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, especial referencia a su problemática jurídicopenal, ADP 1991, 348, quien cita la doctrina del TC sobre el derecho a la información, poniendo de relieve la aplicación de la doctrina del riesgo permitido en esta causa de justificación; MAURACH/ZIPF, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch I, 8ª, 1992, 399 s., 407 (= Derecho penal. Parte general I. Teoría general del DP y estructura del hecho punible, traducción de J. Bofill y E. Aimone, 1994, 481 s., 494 s., 504), en el estado de necesidad, el consentimiento presunto y en la actuación funcional sí hay examen conforme a deber (no en el § 127 I StPO). En el caso en que el sujeto que invoca el consentimiento presunto sin realizar el examen conforme a deber distinguen dos supuestos, ambos referidos al error: si no conoce las circunstancias fácticas que resultan decisivas para el enjuiciamiento de la voluntad presunta del afectado, el error se resuelve según las reglas del error de tipo. Si el autor conoce todas las circunstancias fácticas cuya subsunción es necesaria pero procede erróneamente en el enjuiciamiento, el error es de valoración a resolver según las reglas del error de prohibición. Pero lo que no se plantean entonces es el caso de no cumplimiento del deber de examen, pero en que sí concurren los presupuestos necesarios para concluir en la existencia del consentimiento presunto; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, 1996, 330 s., 388, 392, 402 ss., 466 s. (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 449 s., 526 ss., 537, 544 s., 554, 638), quienes admiten el deber de examen en el consentimiento presunto, la salvaguarda de intereses legítimos y la actuación del funcionario; GROPP, AT, 1997, 211, 216, en el consentimiento presunto y en la salvaguarda de intereses legítimos; LACKNER,

El examen conforme a deber en estos casos, a diferencia de la formulación efectuada por el RG y el BGH, no opera como un presupuesto subjetivo adicional que restringe el ámbito de eficacia de la causa de justificación —el sujeto no sólo tiene que conocer y querer el hecho justificante, sino que además dicho conocimiento tiene que ser fruto de un examen cuidadoso de la situación—, sino que tal examen lo que viene a hacer es suplir por completo la ausencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación correspondiente: la actuación que sigue al examen cuidadoso de la situación es conforme a Derecho aunque no concurren los presupuestos objetivos de la causa de justificación. En los casos de concurrencia objetiva de la causa de justificación, bastará con el presupuesto subjetivo genérico, sea entendido en sentido volitivo, sea en sentido cognoscitivo<sup>34</sup>. Ahora bien, esta teoría sí coincide con la jurisprudencia del RG y el BGH en los casos de ausencia de la situación objetiva de justificación en los que además el sujeto no ha cumplido

---

StGB, 22<sup>a</sup>, 1997, § 17 nm. 17 s., § 193 nm. 10, para el consentimiento presunto y la salvaguarda de intereses legítimos; HAFT, Strafrecht AT, 8<sup>a</sup>, 1998, 78, 109, en el consentimiento presunto; WESSELS/BEULKE, Strafrecht AT, 28<sup>a</sup>, 1998, 110 (= WESSELS, Derecho penal PG, traducción de Conrado A. Finzi, 1980, 103 s.), en el consentimiento presunto.

<sup>34</sup> LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 178 ss., 181; StGB, 25<sup>a</sup>, 1997, antes de los §§ 32 nm. 19, 59; ALONSO ALAMO, Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales, ADP 1983, 150; HIRSCH, LK, 11<sup>a</sup>, 1992, antes del § 32 nm. 54 y 146; MAURACH/ZIPF, AT I, 8<sup>a</sup>, 1992, 399 s. (= PG I, 1994, 494); JESCHECK/WEIGEND, AT, 5<sup>a</sup>, 1996, 330 s. (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 450). En contra AMELUNG, Die Rechtfertigung und Entschuldigung vom Polizeibeamten im deutschen Recht, Rechtfertigung und Entschuldigung II, 1988, 1345 s., pues en opinión de este autor la ausencia del examen conforme a deber sólo conduce a estimar presente el desvalor de acción, pero si la decisión se mantiene dentro de lo sostenible objetivamente las consecuencias serán jurídicamente deseadas, y por tanto faltará el desvalor de resultado. En definitiva, el examen conforme a deber para él es un presupuesto subjetivo adicional que no sustituye la ausencia de la situación objetiva de justificación. En la doctrina española, CORDOBA, El delito de detenciones ilegales, ADP 1964 383-404, ADP 1965, 5-32, especialmente, 13 ss., se planteó si la creencia racional de que el detenido se halla comprendido en algunos de los supuestos del art. 492 LECrim, representa simplemente el elemento subjetivo que debe concurrir junto a la situación objetiva para autorizar la conducta privativa de libertad o si por el contrario encierra un significado mayor de determinar por sí sola, con independencia de cuál sea la situación objetiva, la justificación de la detención. Para este autor la solución correcta es la segunda de las posibilidades interpretativas. En el estado de necesidad y en la salvaguarda de intereses legítimos, PAEFFGEN, Der Verrat in irrigen Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979, 158 s., expone que se reconoce un especial deber de examen de los presupuestos de la autorización por parte de la doctrina y la jurisprudencia; incluso esta última retiene esta exigencia adicional en la existencia de los elementos de la causa de justificación. Por su parte, un amplio sector doctrinal exige el deber de examen al menos en los casos de error aunque se trate sólo de un criterio sobre la evitabilidad y con esto se incluye en el marco de las explicaciones sobre la culpabilidad.

con el examen conforme a deber de la situación. En tales casos, al no cumplirse con el requisito adicional del deber de examen, la causa de justificación no se aplica (y esto es correcto, pues la situación objetiva de justificación no concurre), pero tampoco se excluye la responsabilidad por el delito doloso realizado, pese a que el sujeto ha supuesto que dicha situación objetiva sí concurría. Esto es, a través del examen conforme a deber como requisito adicional en las causas de justificación de la acción, el error vencible sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no tiene la virtualidad de excluir el dolo.

Esto viene a demostrar nuevamente que el deber de examen no es un especial presupuesto subjetivo en las causas de justificación de la acción. La diferencia entre las causas de justificación de la acción y las causas de justificación del resultado no estriba en la exigencia o no de un especial presupuesto subjetivo, sino en la compensación o no del desvalor de resultado que resulta de la realización del tipo indiciario<sup>35</sup>. Es más, para las causas de justificación del resultado también es necesario un examen conforme a deber de la concurrencia de la situación de necesidad en el sentido de que si no concurre objetivamente la causa de justificación y el sujeto ha supuesto descuidadamente su concurrencia, en tal caso no podrá justificarse su conducta. Esto significa que el deber de examen adquiere relevancia tanto en las causas de justificación de la acción como en las causas de justificación del resultado en el mismo caso: en la suposición negligente, descuidada, imprudente, de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, pero no en otro sentido.

Se critica la función que opera el examen conforme a deber, o sea, la de suplir la ausencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación de la acción, porque la respuesta que debe darse en caso de ausencia de la situación objetiva justificante es la propia del error; es decir, que estaremos ante una justificación putativa, donde la existencia o no del examen cuidadoso de la situación vendrá en consideración a efectos de determinar la vencibilidad o invencibilidad del error. En este sentido podemos destacar la opinión de Gómez Benítez<sup>36</sup>, quien pone de relieve que la exigencia del deber de examen o supone exigir el conocimiento de la conformidad a Derecho de la conducta (elemento inútil en el fundamento del injusto) o bien es expresión de la exigencia de la observación del deber objetivo de cuidado, lo que convierte este elemento en innecesario. Finaliza destacando que el deber de examen no es un especial presupuesto subjetivo de justificación, sino que

---

<sup>35</sup> Vid., por todos, LUZON PEÑA, PG I, 1996, 575.

<sup>36</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, El ejercicio legítimo del cargo, 1980, 27 ss., 197 ss., 291.

tiene que ver con el error<sup>37</sup>. Esta idea es la que en definitiva está latente entre los propios defensores del presupuesto subjetivo adicional del examen conforme a deber cuando aplican la causa de justificación en el caso de que no

<sup>37</sup> Ven el problema como cuestión de error si se lesiona el deber de examen, ZIELINSKI, Handlungs- und Erfolgsunwert in Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, 1973, 270 ss., 276 s. (= Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y la exclusión del ilícito, traducción de Marcelo Sancinetti, 1990, 323 ss., 326 s.); RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 85, 90, 92 ss.; WOLTER, Zurechnung, 1981, 134; NOWAKOWSKI, WK StGB, 1984, después del § 3 nm. 17; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 254 ss., 271 ss., 274, 280 ss., 288 ss.; DIEZ RIPOLLES, Análisis de los elementos de las causas de justificación del art. 417 bis, ComLP IX, 1989, 247; SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, Teoría del delito imprudente, 1990, 306 s.; JAKOBS, AT, 2ª, 1991, 362 s. (= PG, 2ª, 1997, 436); HIRSCH, LK, 11ª, 1992, antes del § 32 nm. 140; MUÑOZ CONDE, ¿"Legítima" defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación, EPCr XV, 1992, 282 n. 19; SAMSON, SK, 5ª, 1992, antes del § 32 nm. 46; 6ª, 1992, § 34 nm. 35; ROXIN, AT I, 3ª, 1997, 534 (= PG I, 1997, 592); CERESO, Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito, 6ª, 1998, 200; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 49ª, 1999, § 34 nm. 18. No conforme con la opinión de los defensores del examen conforme a deber, CARBONELL, La justificación penal, 1982, 91 s., 165 ss., quien en un principio dice que el examen conforme a deber en el art. 492.4 LECrim suple la inexistencia de la situación objetiva justificante. Pero a continuación dice que en los casos en que el autor actúa sin realizar el examen conforme a deber y *ex post* se constata la existencia de los presupuestos objetivos de justificación el hecho resultará justificado. Para explicar este autor su solución dice que en ambos casos la solución elegida es la que restringe en mayor medida el ámbito de lo prohibido (p. 167). Frente a la crítica o incredulidad de SANZ MORAN, Elementos subjetivos de justificación, 1993, 48 s., sobre la opinión de CARBONELL cuando primero dice que la existencia de los presupuestos objetivos de justificación es irrelevante cuando se ha llevado a cabo el examen conforme a deber y luego dice que si no se lleva a cabo tal examen conforme a deber, no obstante la conducta es impune si *ex post* se comprueba que efectivamente concurrían los presupuestos objetivos de justificación, yo he de decir que esta opinión es consecuente desde el punto de vista objetivista del que parte CARBONELL, pues este autor es defensor de la tesis del interés prevalente en el fundamento de las causas de justificación, y este interés prevalente lo entiende en el sentido de que, cuando el desvalor de resultado está compensado por la concurrencia objetiva de la situación justificante, la conducta ha de quedar impune, con independencia de si el desvalor de acción se ha compensado o no. Por tanto, en los casos en que no se efectúa el deber de examen de la situación pero *ex post* se comprueba que efectivamente concurría la causa de justificación, la consecuencia es que el desvalor de resultado se ha compensado, y el desvalor de acción es insuficiente para fundamentar la pena en tales situaciones. Esto confirma que para CARBONELL el deber de examen no es un presupuesto subjetivo adicional. Por otra parte, no veo claro por qué se reduce el criterio del examen conforme a deber al ejercicio del derecho de detención por las autoridades según el art. 492.4 LECrim, ya que hay otros supuestos que descansan en el mismo fundamento, exclusión del desvalor de acción pero subsistencia del desvalor de resultado, en los que sin embargo no se menciona el tema del examen conforme a deber. A no ser que lo que

se haya realizado este examen concienzudo de sus presupuestos, pero concurra efectivamente la eximente<sup>38</sup>, y conectan tal presupuesto subjetivo adicional con los casos de inexistencia de los presupuestos objetivos de la correspondiente causa de justificación y la perspectiva *ex ante* en la comprobación de tales presupuestos<sup>39</sup>.

Aún se pueden añadir algunas observaciones críticas frente a esta tesis doctrinal que quiere admitir el deber de examen como un presupuesto subjetivo de justificación en las causas de justificación basadas en el riesgo permitido. Por un lado, se ha de destacar que en tales casos el efecto justificante no se produce por el cumplimiento del deber de examen, sino que se deriva de la apariencia objetiva por cuyo motivo el deber de examen hubiera conducido a la aceptación del riesgo justificante; esto es, es la apariencia la que justifica la conducta del autor, no el cumplimiento del deber de examen<sup>40</sup>. Además, si

---

haya querido hacer CARBONELL sea destacar un ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, como argumento justificador de la exigencia del examen conforme a deber (y esta parece ser la tesis que el autor ha destacado, ya que considera que el deber de examen puede aplicarse en otros supuestos, citando además que esto sucederá en la profesión médica y en las actividades deportivas -p. 167-).

<sup>38</sup> Vid., entre los que así lo hacen, por todos, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, 1996, 330 (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 449).

<sup>39</sup> JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, 1996, 330 s. (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 450). Si es la incertidumbre sobre la existencia de los presupuestos de la salvaguarda de intereses legítimos lo que hace que en definitiva se justifique la conducta, esto significa que se está autorizando un cierto grado de error a través de tales eximentes, precisamente por la dificultad de llegar a un conocimiento efectivo de todos los presupuestos necesarios para la justificación de la conducta, en muchas ocasiones dependientes de juicios de pronóstico para el futuro difícilmente predecibles en el momento en que se debe tomar la decisión de actuar. Más claramente se puede comprobar esta unión entre el deber de examen y el error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación en LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 182 s., quien, después de admitir tal requisito subjetivo adicional en las causas de justificación que en su opinión descansan en el principio del riesgo permitido, considera que esta distinción o clasificación no es necesaria si se admite que la lesión de un bien jurídico no puede resultar antijurídica cuando se actúa con el cuidado necesario en el tráfico; si en el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación se excluye el hecho doloso y viene en consideración sólo la comisión imprudente, esto significa que faltará la antijuridicidad del delito imprudente si el autor ha adoptado el cuidado objetivo en tal situación, si por tanto su error no podía evitarse con el examen conforme a deber. Sólo los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad incurrirían en una situación incierta, ya que si en los delitos imprudentes lo que se castiga es la vulneración del cuidado necesario en el tráfico, entonces resulta ser una contradicción que a pesar del examen conforme a deber se considere el error sobre los presupuestos objetivos de justificación como un error que afecta a la culpabilidad del sujeto.

<sup>40</sup> En este sentido, RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 85 ss., quien pone de relieve que existen causas de justificación que requieren un juicio *ex ante* para la afirmación de la concurrencia de los presupuestos objetivos de justificación, pero esto no quiere

el sujeto actúa cumpliendo las normas de cuidado objetivamente exigibles, en tal caso su comportamiento será conforme a Derecho, ya que ha cumplido con el cuidado exigido en la realización de estas conductas en principio peligrosas para bienes jurídicos; el deber de examen así entendido no es un requisito o presupuesto específico de algunas causas de justificación, sino que es un presupuesto general necesario para llevar a cabo un comportamiento conforme a Derecho, cuidadoso, diligente, prudente<sup>41</sup>.

En segundo lugar, si se acepta la opinión doctrinal que une el deber de examen con determinadas causas de justificación que tan sólo excluyen el desvalor de acción y justifican ciertos casos de incertidumbre sobre su propia concurrencia, entonces no se explica la razón por la que tal presupuesto subjetivo adicional no se exige en otras causas de justificación que responden a este mismo esquema: justificación de la acción y adopción de una perspectiva *ex ante*; este es el caso del estado de necesidad y la solución que defienden Jescheck/Weigend; estos autores reconocen en esta causa de justificación el

---

decir que el autor haya alcanzado este juicio *ex ante* basado en un examen conforme a deber. En el consentimiento presunto y en el derecho de intervención médico, la justificación no se deriva de que el autor haya examinado conforme a deber la existencia el peligro o la probabilidad objetiva del consentimiento del afectado, sino que la justificación se deriva de la existencia objetiva del peligro mismo o de la probabilidad objetiva del consentimiento. Lo mismo se puede decir en la salvaguarda de intereses legítimos y en la actuación funcional. El deber de examen sólo adquiere relevancia en la evitabilidad del error sobre los presupuestos objetivos de justificación; PUPPE, FS Stree/Wessels 1993, 194 s.; NK I, 1995, § 16, nm. 160. En la misma línea, y desde la aplicación de los principios del Derecho procesal en relación con la detención provisional regulada en el § 127 StPO, FINCKE, Darf sich eine Privatperson bei den Festnahme nach § 127 StPO irren?, GA 1971, 42 ss.; Das Risiko des privaten Festhmers-OLG Hamm NJW 1972, 1826, JuS 1973, 88 ss.

<sup>41</sup> Vid., por todos, LUZON PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, 295 s.; PAREDES, El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas), 1995, 479 ss., quien destaca que no se puede hablar de ningún deber de examen como contenido del deber de conducta que convierte la actuación en justificada; cuestión distinta es que ciertos supuestos de justificación putativa hayan de ser considerados dentro del riesgo permitido (en sentido lato) porque no se ha infringido el deber de conducta en la actuación del sujeto y a pesar de que esta ha causado un resultado disvalioso (la presencia o ausencia del deber de examen no tiene nada que ver con la persistencia o compensación del desvalor de resultado; la cuestión es si para que el sujeto responda por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es preciso que compruebe la existencia de una situación justificante y si la ausencia de esta comprobación fundamenta la valoración negativa de la conducta. Pues bien, a esta cuestión hay que contestar negativamente, pp. 479 s., n. 235). En estos casos de justificación putativa la exclusión de la antijuridicidad se deriva del hecho de que el riesgo creado realmente no resulta cognoscible *ex ante* desde la posición ocupada por el autor en el tráfico jurídico.

criterio de la perspectiva *ex ante*, pero rechazan la exigencia del deber de examen en esta causa de exclusión del injusto<sup>42</sup>.

En tercer lugar, se ha unido el requisito del deber de examen con el principio del riesgo permitido vigente en algunas, no en todas las causas de justificación. Esto es criticado por un sector doctrinal por considerar incorrecta la reducción del principio de riesgo permitido a algunas causas de justificación, ya que este principio es aplicable a todas las causas de exclusión del injusto<sup>43</sup>, así como por suponer aceptar que causas de justificación coincidentes se hacen depender de presupuestos diferentes, es decir, en algunas causas de justificación basadas en el riesgo permitido se exige el deber de examen como presupuesto subjetivo adicional, pero en otras causas de justificación, basadas también en este principio, no se requiere de este especial presupuesto subjetivo para desplegar su eficacia justificante. En este sentido se expresa Rudolphi<sup>44</sup>, quien pone como ejemplo el estado de necesidad regulado en el StGB y el consentimiento presunto, que necesitarían como presupuesto subjetivo adicional el deber de examen para poder justificar la conducta del sujeto, mientras que el estado de necesidad regulado en el BGB no exigiría tal presupuesto subjetivo adicional<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, 1996, 330 s. (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 449 s.). Estos autores destacan como causas de justificación que requieren de la presencia de este presupuesto subjetivo adicional el consentimiento presunto, la salvaguarda de intereses legítimos y la actuación funcional. Pero nada dicen del estado de necesidad, o del supuesto de la legítima defensa cuando hay que comprobar el requisito de la necesidad racional del medio empleado (aunque esta eximente es un ejemplo de causa de justificación del resultado). LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 181 ss., se cuestiona la aplicabilidad de este presupuesto subjetivo adicional en la legítima defensa y en el estado de necesidad, en concreto en los casos en los que falta el presupuesto objetivo pero el sujeto ha realizado un examen conforme a deber y considera que sí está presente. Pero considera este autor que el Derecho reconoce sólo en una parte de las causas de justificación un riesgo permitido, y sólo en estos casos es forzoso eximir al autor que causa un resultado injusto pero que ha actuado conforme a deber. Termina reconociendo este autor que esta limitación del riesgo permitido pierde significado desde la concepción que considera que la lesión del bien jurídico no es antijurídica cuando se actuó con el cuidado objetivamente debido en el tráfico jurídico.

<sup>43</sup> En este sentido se expresa, por todos, RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 82, 86, 92.

<sup>44</sup> RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 76 ss. El mismo LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 169 s., puso de relieve el diferente tratamiento que se derivaba de aplicar el estado de necesidad jurídico penal o jurídicocivil, si bien este autor tampoco admitía el deber de examen en el estado de necesidad del § 34 StGB.

<sup>45</sup> RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 76 ss., pone como ejemplo el estado de necesidad regulado en el StGB y en el BGB: en el caso del partícipe del accidente que se aleja del lugar del accidente para llevar al herido al hospital tomando un coche ajeno. El BGH exige para el § 34 StGB deber de examen, y no para el § 904 BGB. No se haría depender la justificación de la utilización del coche ajeno según el estado de necesidad civil del examen conforme a deber, pero la justificación de la huida del lugar del



Finalmente, hay que señalar que la naturaleza del riesgo permitido y su relación con el fundamento de algunas o todas las causas de justificación son cuestiones muy complejas. Primero hay que abordar si el riesgo permitido tiene autonomía propia o es un principio aplicable a algunas o todas las restantes causas de justificación<sup>46</sup>.

## **6. El privilegio del derecho al error del Estado y el deber de examen. El deber de examen en la obediencia debida**

En el derecho funcional (derechos del cargo) se hace aplicación por un sector doctrinal de la teoría del privilegio del error del Estado para justificar la intervención en tanto esta se base en un examen conforme a deber. En este sentido, el examen conforme a deber sólo puede significar la creación de un subrogado para la acción funcional en sí injusta; el Derecho toma en serio el peligro de decisiones erróneas bajo el presupuesto de que el funcionario, consciente de su responsabilidad, ejecute cuidadosamente la discreción que le compete y dirija la acción funcional según estas premisas. La observa-

---

accidente según el estado de necesidad jurídicopenal dependería de la comprobación conforme al deber de examen de los presupuestos de la causa de justificación. Las mismas dificultades se demuestran en la comparación entre estado de necesidad y consentimiento presunto. Si falta el examen conforme a deber en el segundo, la utilización del coche ajeno estaría justificada por el estado de necesidad jurídicocivil, pero no la huida del lugar del accidente si se aplica el consentimiento presunto. Este resultado es peculiar porque si el transporte del lesionado es necesario para proteger su integridad física y se hubiera dado objetivamente la probabilidad de que el lesionado hubiera aprobado la huida del lugar del accidente teniendo en cuenta las circunstancias concretas, entonces se plantearía la cuestión de por qué debe justificarse el uso del coche ajeno con el § 904 BGB, pero no la huida del lugar del accidente con el consentimiento presunto. La propuesta planteada por LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 170 ss., para justificar tal solución no es satisfactoria, pues sería cuestionable si en los casos de consentimiento presunto la justificación se produce porque el autor ha examinado conforme a deber la existencia de una circunstancia justificante. Para RUDOLPHI se justifica sólo cuando objetivamente la probabilidad se fundamenta con que el afectado hubiera aprobado la conducta si se le hubiera consultado. Mayores dificultades se producen si se compara la conducta del causante del accidente con el § 330 c StGB; según esta prescripción se daría un deber de prestación de auxilio cuando existe un accidente. Sobre la base de un juicio *ex ante*, objetivamente el abandono del lugar del accidente corresponde a la voluntad presunta del lesionado en el accidente y sería necesaria la utilización del coche ajeno para salvar la vida del lesionado. Si el autor reconoce estas circunstancias, aunque no las haya examinado conforme a deber, tendría que castigarse según el § 330 c si permanece inactivo, pero entonces difícilmente se explica que su conducta no se justifique a través del consentimiento presunto debido a la falta del examen conforme a deber.

<sup>46</sup> Estas cuestiones no pueden ser abordadas en este trabajo. Para una más amplia exposición y sobre la naturaleza jurídica del riesgo permitido, vid., por todos, PAREDES CASTAÑÓN, El riesgo permitido, 1995, *passim*.

ción del deber de examen debe poder compensar el juicio erróneo sobre la situación y de este modo fundamentar el privilegio del error, lo que es característico para la formación de un concepto jurídicopenal de conformidad a Derecho y para la fundamentación de la causa de justificación que le corresponde; de ese modo el examen conforme a deber es relevante como elemento legitimador. La suposición del peligro basada en el juicio cuidadoso de la situación -y sólo ella- justifica una acción de servicio que en una consideración estrictamente objetiva carece de legitimación; sólo en esta función el examen conforme a deber es un verdadero presupuesto subjetivo de justificación a cuya existencia se une la conformidad a Derecho de la ejecución funcional<sup>47</sup>. Esta teoría supone admitir un concepto jurídicopenal de antijuridicidad para la actuación funcional en el que el deber de examen constituye un elemento esencial.

En ocasiones se hace una remisión a la definición de la actuación conforme a Derecho del funcionario desde los principios del Derecho administrativo, considerando que estos principios tienen aplicación en Derecho penal, y desde este planteamiento el deber de examen adquiere también especial relevancia como presupuesto de la justificación de la actuación funcional<sup>48</sup>.

Respecto de la obediencia debida, antigua causa de exención de responsabilidad recogida expresamente en el art. 8.12 CP de 1944/73 (el CP 1995 no

---

<sup>47</sup> Defienden esta tesis, entre otros, LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 175; StGB, 25<sup>a</sup>, 1997, antes de los §§ 32 nm. 82; KÜPER, "Pflichtgemässige Prüfung" bei Zuziehung von Durchsuchungszeugen, NJW 1971, 1683 ss.; Die Behandlung des § 105 Abs. 2 StPO für die Rechtmäßigkeit der Diensthaltung (§ 113 Abs. 3 StGB), JZ 1980, 634 ss.; BLEI, AT, 18<sup>a</sup>, 1983, 154; SCHLÜCHTER, Das Strafverfahren, 2<sup>a</sup>, 1983, 219 ss.; BENFER, Allgemeines Strafrecht, 1984, 53; SCHMIDHÄUSER, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch, 2<sup>a</sup>, 1984, 183; MAURACH/ZIPF, AT I, 8<sup>a</sup>, 1992, 406 ss. (= PG I, 1994, 504 ss.), para quienes es preciso el deber de examen en los derechos funcionariales, en la ejecución de la fuerza en el cumplimiento del derecho, en la detención provisional y en la orden en acción de servicio; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5<sup>a</sup>, 1996, 392 (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 537); HAFT, AT, 8<sup>a</sup>, 1998, 77 s., 115 s. COBO/VIVES, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 448, exigen deber de examen en el ejercicio legítimo del cargo. Aquí interesa no que el funcionario se decida en favor de la medida que se presenta como justa en una consideración *ex post*, sino que, en virtud de un examen *ex ante*, adecuado a deber, aparezca como justa la medida adoptada. Reconocen el privilegio estatal del error junto con la perspectiva *ex ante*. Esta no comporta en su opinión una fundamentación subjetiva de la justificación, sino que se basa en la idea del interés preponderante. Más ampliamente sobre la justificación en el ámbito funcional y sobre la existencia o no de un deber de examen y de un concepto especial de antijuridicidad, VITT, Gedanken zum Begriff der "Rechtmäßigkeit der Diensthaltung" bei § 113 StGB, ZStW 106 (1994), 582 ss., 594 ss.

<sup>48</sup> Sobre esta interpretación vid., por todos, REHBINDER, Die Rechtmäßigkeit der Amtsausbildung im § 113 StGB, GA 1963, 39 s.; AMELUNG, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, 334 s.

la recoge expresamente, pero se admite su eficacia justificante, discutiéndose en qué eximente se debe ubicar), un amplio sector de la doctrina destacaba como presupuesto subjetivo para admitir su eficacia eximente el examen conforme a deber por parte del inferior jerárquico de la orden que tenía que cumplir<sup>49</sup>.

Tampoco estas explicaciones justifican la existencia del requisito adicional deber de examen en este grupo de causas de justificación. Desde la primera explicación se pretende construir un concepto de antijuridicidad específico en el ámbito del Derecho penal para poder justificar la conducta errónea del funcionario. Para ello, el examen conforme a deber de la situación tiene el significado de atribuir un juicio de conformidad a Derecho de la conducta del funcionario, pese a que dicha actuación es objetivamente contraria a Derecho. Pero ese pretendido concepto jurídicopenal de antijuridicidad no es necesario para conseguir lo que se pretende, la protección del funcionario diligente que, pese a esa actuación cuidadosa y diligente, llega a un resultado objetivamente contrario a Derecho. La protección del funcionario se puede llevar a cabo con los criterios generales aplicables a todas las causas de justificación: la toma en consideración de presupuestos objetivos formados por elementos de pronóstico o inciertos, la adopción de la perspectiva *ex ante* en la comprobación de la situación objetiva y la aplicación de las reglas del error sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación si la situación objetiva justificante no concurre.

En la actividad funcional se confunde el examen conforme a deber con la existencia de un margen de discrecionalidad en el ejercicio de la actividad

---

<sup>49</sup> Entre otros, NUÑEZ, ¿Se puede fundar en el error la impunidad por obediencia debida?, DocP 1978, 331 s., quien distingue entre la obediencia debida en el ámbito militar y el civil (y referido al Derecho argentino); MORILLAS CUEVA, La eximente de obediencia debida en la PANCP: una continuidad discutible, RFDUC monográfico 6 (1983), 488, exponiendo la opinión de RODRIGUEZ DEVESA, sobre el deber de examen del inferior jerárquico; QUERALT, La obediencia debida en el CP. Análisis de una causa de justificación (art. 8.12 del CP), 1986, 226, 236 ss., 243 ss., quien considera que el ordenamiento jurídico atribuye expresamente a los funcionarios un deber de examen, dado que el funcionario es responsable del ejercicio de las funciones de su cargo. Pero tal deber no se extiende a todos los extremos de la orden, sino sólo a los que afectan a su presunción de legalidad, es decir, se limita a verificar la corrección de que la orden sea de la clase a la que se ha hecho referencia (p. 463); MUÑOZ CONDE, Teoría general del delito, 2ª, 1991, 109; en: MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, PG, 1993, 307, para quien este deber de examen es limitado en la medida en que respecto a la orden del superior juega la presunción de legalidad. La negligencia en el deber de examen puede fundamentar una atenuación de la culpabilidad (lo que significa que en último término este autor considera que no se trata de un especial presupuesto subjetivo de justificación, sino del normal tratamiento del error en las causas de justificación, ya que es defensor de la teoría estricta de la culpabilidad); R. DEVESA/SERRANO, PG, 18ª, 1995, 546.

funcionarial. En el proceso de aplicación de la ley existe un espacio dejado a la estimación subjetiva de la propia Administración con el que completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad administrativa o su contenido en concreto<sup>50</sup>. Y esta potestad discrecional ha de distinguirse de los conceptos jurídicos indeterminados, ya que con estos la ley pretende referirse a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en un enunciado, aunque está claro que intenta delimitar un supuesto concreto. No admiten una determinación rigurosa, pero se refieren a un supuesto de la realidad que no obstante la indeterminación del concepto, sí admite ser precisado en el momento de la aplicación al caso concreto<sup>51</sup>. Teniendo en cuenta la presencia de una potestad discrecional en el ejercicio de la actividad administrativa y de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en el establecimiento del supuesto de hecho del ejercicio de tal actividad administrativa, podemos rechazar la existencia de un concepto jurídicopenal de conformidad a Derecho de la actividad del funcionario a través de la utilización del examen conforme a deber como un requisito de tal concepto específico<sup>52</sup>. La particularidad que pueda presentar esta causa de justificación no

---

<sup>50</sup> GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo I, 8ª, 1997, 504 s.: "Dentro de toda potestad discrecional han de existir al menos cuatro elementos reglados por la ley: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para actuarla y su referencia a un ente y a un órgano determinado por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica que tendrá que ser una finalidad pública".

<sup>51</sup> Vid. GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso I, 8ª, 1997, 507 s.: "Lo propio del concepto jurídico indeterminado es que su aplicación sólo permite una única solución justa, mientras que el ejercicio de una potestad discrecional permite una pluralidad de soluciones justas. La discrecionalidad es una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración; la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley". En opinión de estos autores, en el concepto jurídico indeterminado podemos distinguir tres zonas bien diferenciadas: una zona de certeza configurada por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre más o menos imprecisa y una zona de certeza negativa también segura en cuanto a la exclusión del concepto (p. 509).

<sup>52</sup> Vid., por todos, GOMEZ BENITEZ, El ejercicio legítimo del cargo, 1980, 52 ss., quien hace una remisión a autores que parten de estas premisas para rechazar la existencia de un concepto específico en materia penal sobre la conformidad a Derecho del ejercicio de la actividad funcionarial. Define la actividad discrecional como aquella actividad establecida en una norma que contiene un precepto de poder cuyos presupuestos expresos no agotan todos los elementos de los que depende su aplicación y a cuya realización de los presupuestos típicos van vinculadas distintas consecuencias jurídicas (p. 63). Esta actividad discrecional es controlada en caso de que se superen los límites de la discrecionalidad o por un uso defectuoso de dicha discrecionalidad, uso que da lugar a arbitrariedad o abuso (pp. 65 ss.). Esta potestad discrecional se combina con la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en el establecimiento del supuesto de hecho de la norma o en la consecuencia

está relacionada con la exigencia de un especial presupuesto subjetivo en el sentido de cumplimiento de un deber de comprobación cuidadoso o escrupuloso de la situación objetiva de justificación, sino que la singularidad estriba en la propia formación de los presupuestos objetivos de dicha exigente, en concreto por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados y la existencia de una potestad discrecional frente a la potestad reglada en la actividad administrativa.

Ahora bien, el reconocimiento de esta diferenciación entre la actividad reglada y la actividad discrecional en el ámbito funcional no significa que sea correcta la aplicación de las reglas del Derecho administrativo en la definición de la actuación conforme a Derecho de la actividad funcional, tal y como se plantea como hemos visto por un sector doctrinal, ya que esto llevaría a la consideración de que sólo el acto nulo de pleno Derecho según lo dispuesto por el Derecho administrativo es un acto antijurídico, mientras que los actos anulables serán actos conforme a Derecho<sup>53</sup>.

En definitiva, en las causas de justificación reconocidas en el genérico Derecho de los funcionarios no existe un especial presupuesto subjetivo, examen conforme a deber, del que dependa la justificación de toda actuación del funcionario con repercusiones en Derecho penal. Si así fuera, las conductas objetivamente correctas y adecuadas a Derecho pero en las que la decisión se haya tomado a la ligera o precipitadamente, se tendrían que considerar como antijurídicas, ilícitas, porque el funcionario no ha examinado concienzudamente la situación objetiva en la que se dispone a intervenir.

La aplicación del concepto especial de antijuridicidad en el ámbito funcional o la remisión al Derecho administrativo tienen como consecuencia el sometimiento del ciudadano a la decisión objetivamente injusta del funcionario sin posibilidades de reaccionar legítimamente y, por tanto, sin opciones de resistirse justamente a la actuación funcional. Esta consecuencia no se legitima con la exigencia del requisito del examen conforme a deber como condición necesaria para justificar la actuación objetivamente incorrecta del funcionario y, en consecuencia, como criterio para limitar en la medida de lo posible el supuesto privilegio del error del Estado. Pero este recurso también resulta innecesario si lo que se pretende es limitar la posible reacción del particular ejerciendo el derecho de legítima defensa frente al funcionario que actúa

---

jurídica, conceptos que pueden consistir en juicios de valor o ser conceptos empíricos, y cuya determinación y aplicación ha de apreciarse cierto margen de apreciación (pp. 75 ss., 85 ss., 123 s.).

<sup>53</sup> Rechaza la aplicación de las reglas del Derecho administrativo en la definición de la actuación conforme a Derecho de la actuación funcional, por todos, ROXIN, AT I, 3<sup>a</sup>, 1997, 670 s. (= PG I, 1997, 738 s.).

supuestamente bajo el amparo de una causa de justificación. El particular que sufre las consecuencias de una acción funcional cometida en la creencia de que concurre la situación objetiva de justificación no podrá alegar la legítima defensa para oponerse a dicha actuación funcional, ya que la conducta del funcionario no será dolosa y, en consecuencia, no constituirá una agresión ilegítima. A lo sumo podrá recurrir al estado de necesidad defensivo como mecanismo de protección de sus intereses jurídicos puestos en peligro por la actuación funcional<sup>54</sup>. Por tanto, el deber de examen no constituye tampoco un requisito de las causas de justificación del ámbito funcional.

## 7. Decisión legislativa

Podemos considerar que el requisito del deber de examen es en algunas ocasiones un presupuesto adicional en algunas causas de justificación por exigencia legislativa. Esta solución ha sido la defendida en el ordenamiento español en relación con la libertad de información y expresión, en la que se ha considerado que el deber de examen se deriva de la regulación de esta libertad en el art. 20 CE<sup>55</sup>. La misma consideración puede hacerse extensiva

<sup>54</sup> Vid., por todos, AMELUNG, JuS 1986, 334 s.; ROXIN, Die strafrechtliche Rechtswidrigkeit beim Handeln von Amtsträgern- eine überholte Konstruktion, FS Pfeiffer 1988, 48; AT I, 3<sup>a</sup>, 1997, 671 ss. (= PG I, 1997, 738 ss.). En cuanto a la definición de la agresión ilegítima en la legítima defensa, sigo la tesis de LUZON PEÑA, PG I, 1996, 589 ss.

<sup>55</sup> Aunque la decisión legislativa en torno a la exigencia del deber de examen no prejuzga cuál es su verdadera naturaleza. Los autores que se han ocupado del estudio de este derecho han considerado unánimemente como requisito o presupuesto imprescindible para su ejercicio el deber de examen de la información que se quiere divulgar. El art. 20 CE dispone lo siguiente: "Se reconocen y protegen los derechos: a). A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. d). A comunicar o recibir libremente *información veraz* por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades" (cursiva destacada por mí). Admiten que el deber de examen es un requisito adicional en el derecho a la libertad de información y expresión, entre otros, BACIGALUPO, Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias, REDConstitucional 7 (1987), 96 ss.; RFDUGr 12 (1987), LH Sainz Cantero I, 1989, 23 ss.; BERDUGO, Honor, 1987, 124 ss.; ADP 1991, 348 s.; ASUA BATARRITA, LH Fernández Albor, 1989, 28 s.; BAJO FERNANDEZ, Causas de justificación en los delitos contra el honor, LH R. Devesa I, 1989, 97 s.; GOMEZ PAVON, La intimidad, 1989, 87 ss.; BERNAL DEL CASTILLO, Los conflictos entre los derechos al honor y a la información en el ámbito penal en el Derecho vigente y en el PCP, LL 1993-3, 912 s. El TS también exige el deber de examen en la libertad de información: vid. STS 3-6-1988 (A 4430); 15-4-1989 (A 3357); 15-9-1992 (A 7151); 22-5-1993 (A 4232). LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 168 s., destaca como en los proyectos de StGB se menciona el deber de examen en algunas causas de justificación: en la salvaguarda de intereses legítimos, § 284 Proyecto 1911; § 345 Proyecto 1913 y 1919; § 318 Proyecto 1930; § 286 Anteproyecto 1925, (citados en p. 168, nn. 18 a 20). En el

a los arts. 491 y 492 LECrim, en la detención provisional efectuada por el particular y el agente de la autoridad respectivamente, cuando la detención se realice bajo la creencia de que existen motivos racionalmente suficientes para llevar a cabo la misma (en esta hipótesis incluso parece que el examen conforme a deber es suficiente por sí solo para justificar la detención provisional)<sup>56</sup>.

#### IV. Críticas al deber de examen como requisito adicional de las causas de justificación

Al mencionar las distintas explicaciones del deber de examen como requisito adicional de algunas causas de justificación ya se han planteado las principales críticas a tal forma argumentativa. Ahora se pretende exponer las objeciones generales a la consideración del deber de examen como un requisito subjetivo en las causas de justificación para, a continuación, mostrar cuál es su verdadera naturaleza.

Si el deber de examen fuera un presupuesto subjetivo adicional en ciertas causas de justificación, se produciría la siguiente situación: en el caso de concurrencia efectiva de la situación justificante y en que el sujeto parte de la

---

Proyecto 1962, § 178, la fundamentación oficial (p. 324, citado en nota 22, p. 169) explica que el precepto deja abierto si se actúa o no sobre una causa de justificación. En este Proyecto, en referencia al estado de necesidad, se renuncia al deber de examen y como fundamentación se indica que sólo en el caso de la errónea suposición de los presupuestos objetivos de justificación del estado de necesidad se tiene en cuenta si el autor ha examinado cuidadosamente las circunstancias y ha ponderado conforme a deber los intereses que entran en colisión, a efectos de comprobar si el error es excusable —el error en el estado de necesidad está regulado en el § 39.2 del Proyecto de 1962- (fundamentación p. 160, citada en p. 169, n. 25). MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht BT I*, 7ª, 1988, 81, señalan que en el § 218 a StGB el elemento “reconocimiento médico” requiere el deber de examen en el médico. Una postura especial defiende MORALES PRATS, *Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*, CPC 1988, 693 s., al considerar que el ejercicio de la libertad informativa o de expresión en los casos en que se ha cumplido el deber de veracidad es una causa de atipicidad de la conducta, pese a que no se exprese una información objetivamente veraz. La atipicidad de la conducta no se deriva exclusivamente de la comprobación del deber de diligencia exigible al sujeto, sino en primer lugar de la valoración que merece en cada caso la vinculación del ejercicio de la libertad de información con los principios democráticos.

<sup>56</sup> Para más detalles sobre la existencia o no del requisito del deber de examen en la detención provisional vid., por todos, PORTILLA CONTRERAS, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, 1990, 371 s.; MUÑOZ SANCHEZ, *El delito de detención*, 1992, 211 ss.; ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, 1993, 268 ss.; DE HOYOS SANCHO, *La detención por delito*, 1998, 145 s.; 219 ss.

existencia efectiva de la causa de justificación, por tanto en el supuesto de concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos de justificación, pero en que la suposición de que concurre la causa eximente ha sido producto de un examen superficial de la situación objetiva, no del examen cuidadoso y conforme a deber, resultaría que, al concurrir objetivamente la situación justificante, el desvalor de resultado está excluido o compensado (en las causas de justificación de la acción se excluye el desvalor objetivo de acción); al partir el sujeto subjetivamente de la concurrencia de la situación justificante no podrá existir tampoco desvalor de acción, al menos constitutivo del desvalor del delito doloso. Entonces, ¿cómo castigar la falta de un examen conforme a deber en tales supuestos? ¿Acaso la ausencia de este presupuesto subjetivo adicional puede tener la fuerza de contrarrestar la eficacia del resto de los presupuestos? A lo más que se llega es a considerar que esa falta de examen cuidadoso de la situación puede constituir una actuación imprudente, pero al concurrir efectivamente la situación objetiva de justificación, el desvalor de resultado estaría compensado, y por lo tanto sería una tentativa imprudente, en conclusión, una actuación totalmente impune<sup>57</sup>. Esta crítica es puesta de relieve por Arthur Kaufmann<sup>58</sup>, quien considera que la lesión del deber de

---

<sup>57</sup> Esto significaría no aplicar la causa de justificación, sino que lo que resultaría sería atipicidad de la conducta porque la tentativa imprudente es atípica. Y, además, esto olvida que el sujeto también había supuesto la concurrencia de la causa de justificación, es decir, cumplía los presupuestos objetivos y subjetivos de justificación. Por tanto, ¿dónde está la actuación imprudente? Tal imprudencia es anterior a la realización de la conducta dolosa, y podrá dar lugar a una representación no totalmente correcta, y en su caso (no necesariamente) a algún exceso sobre lo realmente justificado. Pero si la representación se debe a un examen superficial, pero luego su actuación se circunscribe a lo necesario en la salvaguarda del bien jurídico, no tiene sentido hacer mención de la actuación imprudente de la que se deriva la representación de la situación justificante.

<sup>58</sup> Arthur KAUFMANN, JZ 1956, 393, pone como ejemplos los casos en los que el cazador no se cerciora de si el objetivo al que dispara es realmente una pieza de caza o es un hombre pero resulta ser un reno, o el caso del médico que con la interrupción del embarazo ha salvado realmente la vida de la madre, pero que puede haber procedido superficialmente en el examen de la situación de necesidad. Critica la conclusión de Armin KAUFMANN, *Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung*, JZ 1955, 39, quien considera que la teoría de los elementos negativos del tipo en la lesión del deber de examen debe castigar por comisión imprudente cuando los presupuestos objetivos de justificación existen realmente. A esto contesta Arthur KAUFMANN que en tal caso la conducta ya no es típica, y por tanto no puede ser castigada. Tal objeción sí es acertada si se dirige contra el BGH, que ve en el examen conforme a deber un elemento subjetivo de justificación y estima que en caso de que se lesione debe castigarse por comisión dolosa. Cuando, en los ejemplos usados, el autor no tiene la "suerte" de que su objetivo sea un reno o que la madre no esté en peligro, por tanto cuando se da un tipo punible, sí es importante jurídicamente la lesión del deber de cuidado. Pero mientras que el cazador indiscutiblemente tiene que ser castigado por homicidio imprudente, el médico es castigado por aborto doloso: ¿dónde está el fundamento para este distinto tratamiento?



examen de la situación objetiva no es relevante porque generalmente falta la realización de un tipo punible, y donde no existe tal tipo no tiene sentido preguntarse si el autor ha lesionado o no tal deber de cuidado<sup>59</sup>.

Pero si esta es la consecuencia objetable en caso de incumplimiento del deber de examen cuando la causa de justificación concurre objetivamente y el sujeto es consciente de ello, también ha de criticarse la consecuencia que se produce en caso de que se haya cumplido con el requisito adicional del examen conforme a deber pero la situación objetiva de justificación no concorra. En este caso se tendrá que concluir admitiendo la justificación de la conducta, ya que como hemos visto, el deber de examen adquiere relevancia especial, siendo secundario el que efectivamente esté presente la situación objetiva de justificación. Pero a diferencia del caso anterior, en que se castigaba con la pena del delito doloso un supuesto en el que a lo sumo constituiría una tentativa imprudente, ahora se justifica la acción y, en su caso el resultado, pese a que la situación objetiva de justificación no concurre realmente; esto es, en el primer supuesto, pese a que se ha compensado tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, se castiga por el incumplimiento del deber de examen con la pena del delito doloso; en el segundo supuesto, pese a que el desvalor de resultado y el desvalor objetivo de acción siguen estando presentes, el cumplimiento del deber de examen hace que la conducta esté plenamente justificada. Sin embargo, el cumplimiento del deber objetivo de cuidado cuando la situación objetiva de justificación supuestamente concurrente no está presente podrá excluir sólo el desvalor subjetivo de acción, esto es, estaremos en presencia de un supuesto de caso fortuito

---

<sup>59</sup> Vid., en el mismo sentido crítico, WELZEL, JZ 1955, 143; MÜLLER, Negative Tatumstände, 1958, 100, 104 s.; SENGMÜLLER, Irrtum Notstand, 1960, 38; LENCKNER, Notstand, 1965, 198 s., 201 ss.; FS H. Mayer 1965, 165 s.; HEINITZ, Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, FS Eb. Schmidt 2<sup>a</sup>, 1971, 279 s., 282; NOWAKOWSKI, JBI 1972, 28; ZIELINSKI, Handlungsunwert, 1973, 275 (= Disvalor de acción, 1990, 325 s.); SCHAFFSTEIN, Die Maßstab für das Gefahurteil beim rechtfertigenden Notstand, FS Bruns 1978, 103 s.; RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 83, 89, 92; PAEFFGEN, Verrat, 1979, 154; GOMEZ BENITEZ, El ejercicio legítimo del cargo, 1980, 31; WOLTER, Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht. Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotsirrtum -OLG Celle NJW 1977, 1644, JuS 1979, 485; Zurechnung, 1981, 169 s.; DORNSEIFER, Strafrecht: Der in Not geratene Giftmischer, JuS 1982, 764; Arthur KAUFMANN, Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik, 2<sup>a</sup>, 1983, 115 s.; CERÉZO, Consideraciones generales sobre las causas de justificación, FS Jescheck I, 1985, 451; PG II, 6<sup>a</sup>, 1998, 200; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 258 ss.; BACKES/RANSIEK, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, JuS 1989, 627; DÖLLING, Anmerkung zu BGH Ur. 26.10.1988-3StR 198/88, JR 1990, 173; KÜHL, AT, 1994, 286; SAMSON, SK, 5<sup>a</sup>, 1995, antes del § 32 nm. 46, § 34 nm. 55; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 49<sup>a</sup>, 1999, § 34 nm. 18.

por error invencible sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

En esta línea argumentativa se puede añadir lo siguiente: si se admite la exigencia del deber de examen como requisito adicional, al menos en los casos de equiparación entre justificación real y justificación putativa, esto es, en los casos de suposición errónea e invencible de que concurre la situación objetiva de justificación tras la comprobación conforme a deber de las circunstancias concurrentes, esto lleva a la consecuencia de plantear de manera diferente el elemento subjetivo de justificación en los casos de concurrencia efectiva de la situación objetiva de justificación y en los casos de justificación putativa: en el primer caso basta con el conocimiento de que concurre dicha situación objetiva, en el segundo es preciso que este "conocimiento" sea producto de dicho examen conforme a deber. Pero esta interpretación tampoco es correcta, pues el elemento subjetivo de justificación es el mismo en ambos casos, y la diferencia se ha de plantear en la presencia efectiva o no de los elementos objetivos: si concurren realmente, el sujeto habrá actuado justificadamente, si no concurren realmente, el sujeto habrá sufrido un error directo sobre la concurrencia en el hecho de los elementos objetivos de una causa de justificación, a tratar conforme a las reglas del error de tipo<sup>60</sup>.

Con lo dicho hasta ahora queda suficientemente claro que la exigencia en algunas o en todas las causas de justificación del presupuesto adicional del deber de examen adquiere relevancia en los casos en que los presupuestos objetivos de la correspondiente causa de justificación no concurren efectivamente, es decir, es una cuestión de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, y de lo que se trata cuando se infringe el deber de examen es de la presencia de una actuación imprudente (o de una atenuación de la pena del delito doloso, según la teoría que se defiende en torno al error en las causas de justificación). Así lo han reconocido Welzel<sup>61</sup>, desde la

---

<sup>60</sup> Ciertamente, en algunas ocasiones el legislador ha querido equiparar la justificación putativa con la justificación real; en el ordenamiento español esto ha sucedido por ejemplo en la legítima defensa, en concreto en relación con el requisito inesencial de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Lo mismo sucede en la detención provisional practicada por el agente de la autoridad o el particular basada en motivos racionalmente suficientes o bastantes para practicar la detención, en estos dos supuestos el error objetivamente invencible sobre la concurrencia de la situación objetiva de justificación ha de equipararse a la concurrencia real de dicha causa de justificación —o al menos esta puede ser la consecuencia que puede extraerse de la regulación del art. 20.4 CP y los arts. 491 y 492.4<sup>º</sup> LECrim respectivamente—. Para un examen más detenido respecto de esta cuestión, y en especial en relación con la legítima defensa, por todos, LUZON PEÑA, PG I, 1996, 607 s., 638 s.

<sup>61</sup> WELZEL, JZ 1955, 143, y n. 6 a. En igual sentido, SENGMÜLLER, Irrtum Notstand, 1960, 38 s. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, Derecho penal parte general: teoría

teoría estricta de la culpabilidad, y Müller<sup>62</sup> y Rudolphi<sup>63</sup>, entre otros, desde la teoría restringida de la culpabilidad<sup>64</sup>.

Pero aun cuando se admitiera la interpretación contraria y, por tanto, se reconociera que el deber de examen es un requisito adicional en algunas causas de justificación, aún quedaría por explicar bajo qué presupuestos la lesión del deber de examen hace improcedente la justificación, o dicho de otra forma, qué nivel he de exigirse en el deber de examen para justificar la conducta del sujeto. Son imaginables dos interpretaciones:

- Es posible atribuir este efecto sólo a la lesión reprochable del deber. Los partidarios de la teoría del deber de examen aplican sencillamente la capacidad personal de conocimiento del autor<sup>65</sup>. Según este razonamiento, el autor estaría justificado si en su examen conforme a deber de modo no culpable llega a un resultado insostenible completamente<sup>66</sup>.

jurídica del delito, 2ª, 1986, 263; HIRSCH, LK, 11ª, 1992, antes del § 32, nm. 82, 90, 126, 140; 11ª, 1994, § 34 nm. 77.

<sup>62</sup> MÜLLER, Negative Tatumstände, 1958, 112 s. Este autor es partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo, y la cuestión en torno al deber de examen es una cuestión de distinción entre el dolo eventual y la imprudencia, sobre la duda en la concurrencia objetiva de la situación justificante o sobre la suposición errónea de la concurrencia objetiva de la justificación, creencia debida a una negligente observación de la situación objetiva (pp. 98 ss., 10 ss., 105).

<sup>63</sup> RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 92 ss.; GS Armin Kaufmann 1989, 380; SK II, 5ª, 1995, § 193 nm. 24.

<sup>64</sup> Vid., además, LANGE, JZ 1953, 12, 14; HARDWIG, ZStW 78 (1966), 14 s.; NOWAKOWSKI, JBI 1972, 28; KRÜMPELMANN, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft ZStW 1978, 43 s.; SCHAFFSTEIN, FS Bruns 1978, 103 s., 106; WOLTER, JuS 1979, 485; Arthur KAUFMANN, Schuld und Strafe, 2ª, 1983, 115 s., 117 s.; JOSHI JUBERT, El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, ADP 1987, 705 s.; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 258; PORTILLA CONTRERAS, El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber, RFDUGr 13 (1987), LH Sainz Cantero II, 1989, 151 s.; DÖLLING, JR 1990, 173; JAKOBS, AT, 2ª, 1991, 362 s. (= PG, 2ª, 1997, 435 s.); ESER/BURKHARDT, AT I, 4ª, 1992, 149 (= DP, 1995, 266) (ya en Strafrecht III: Delikte gegen die Person und Gemeinschaftswerte, 2ª, 1981, 70, obra de ESER, no requería tal presupuesto en el § 218 a, porque tampoco tiene apoyo legal. De esta opinión hace la excepción para el § 193 StGB, p. 192, en que sí se exige tal deber de examen e información); MAURACH/ZIPF, AT I, 8ª, 1992, 389 (= PG I, 1994, 481 s.); PUPPE, FS Stree/Wessels 1993, 194 s.; KÜHL, AT, 1994, 286; SAMSON, SK, 6ª, 1995, § 34 nm. 55; SANCHEZ GARCIA, Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad. Análisis particular del ejercicio de la coacción directa por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en materia de seguridad y orden públicos, 1995, 150 s.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, 1996, 466 s. (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 449 s., 496); ROXIN, AT I, 3ª, 1997, 534 (= PG I, 1997, 592).

<sup>65</sup> LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 179.

<sup>66</sup> RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 79. Para este autor ciertamente en este caso tiene que quedar exento de pena el sujeto, pero el fundamento de tal exención no está en

- O bien se hace aplicación de los criterios del hombre prudente y cuidadoso en la comprobación del cumplimiento o lesión del deber de examen<sup>67</sup>. De este modo, el criterio para la aplicabilidad del deber de examen es el que corresponde al hombre prudente y cuidadoso en la situación del autor. Con la exigencia del examen conforme a deber sólo se pide que un hombre prudente y cuidadoso en lugar del autor hubiera llegado al resultado de la existencia de una circunstancia justificadora de la conducta del autor, sobre la base del cuidado que le es posible y exigible.

Pero con este último planteamiento se demuestra nuevamente que la exigencia del deber de examen tiene significado sólo para la cuestión acerca de la evitabilidad del error sobre las causas de justificación. El deber de examen tiene pleno sentido sólo si se dirige a comprobar la existencia o inexistencia de la circunstancia que justifica objetivamente la conducta del sujeto<sup>68</sup>.

La exigencia del deber de examen como presupuesto subjetivo de justificación especial en algunas causas de justificación conduce a la extensión de la justificación en aquellos casos en los que los presupuestos objetivos de la causa de justificación en cuestión no concurren objetivamente, pero sí existen unas condiciones que en un examen previo y ponderado inducen a creer en su concurrencia —esto es, la suposición errónea invencible sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de justificación conduce a la apreciación real de la propia causa de justificación—, sin embargo en otros casos llevan a la consecuencia contraria, esto es, a establecer una regulación excepcional en relación con el error vencible sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de justificación (aparte del problema que plantean en relación con la concurrencia real de la causa de justificación y el incumplimiento del deber de examen, que puede conducir a que falte realmente el presupuesto subjetivo de justificación, con la consecuencia de castigar al sujeto por delito consumado o por tentativa imposible). La exigencia del deber de examen como presupuesto subjetivo de justificación especial lleva a la consecuencia que en el error vencible sobre los presupuestos objetivos de justificación, al no haberse cumplido el deber de examen, o bien se considera tal error irrelevante, o todo lo más será tratado como un error de prohibición; esto significa que a través de la exigencia del deber de examen como presupuesto subjetivo de justificación el error directo sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de justificación excepcionalmente será tratado como un error de prohibición en algunas

---

que el ordenamiento jurídico considere su conducta conforme a Derecho, no es la legitimidad de su acción, sino la falta de reprochabilidad de su hecho antijurídico la razón de tal exención.

<sup>67</sup> LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 180.

<sup>68</sup> RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 79 s.

causas de justificación, mientras que en las restantes causas de justificación se aplicarán las reglas de la teoría restringida de la culpabilidad<sup>69</sup>, diferenciación que, en mi opinión, no es correcta.

## V. Deber de examen como criterio de vencibilidad o invencibilidad del error

Pero la opinión mayoritaria considera que el deber de examen no es un presupuesto subjetivo de justificación, sino que tiene relevancia en el error sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de justificación, y el cumplimiento de este deber de examen es el criterio decisivo a la hora de juzgar la vencibilidad o invencibilidad del error.

La ubicación de este elemento en el sector del error sobre las causas de justificación se ha producido tanto por los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad como por los defensores de la teoría restringida de la culpabilidad<sup>70</sup>, si bien las diferencias se han de producir en relación con las conse-

<sup>69</sup> Vid., por todos, PUPPE, NK I, 1995, § 16, nm. 159, quien señala las consecuencias de la exigencia del deber de examen como presupuesto subjetivo de justificación en el caso de que concurra realmente la situación justificante y el sujeto incumpla tal deber de examen.

<sup>70</sup> Admiten que el deber de examen ha de tener relevancia en el error directo sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de la causa de justificación, y por tanto tiene aplicación general a todas las causas de justificación, SCHRÖDER, ZStW 65 (1953), 207 ss.; LANGE, JZ 1953, 12 ss.; WELZEL, ZStW 67 (1955), 219; JZ 1955, 142 ss.; Strafrecht, 11<sup>a</sup>, 1969, 92 (= PG, 4<sup>a</sup>, 1997, 110); Arthur KAUFMANN, JZ 1956, 393; Schuld und Strafe, 2<sup>a</sup>, 1983, 115 s.; MÜLLER, Negative Tatumstände, 1958, 97 ss., 101 ss., 112 s.; BÖRKER, JR 1960, 170; SENGMÜLLER, Irrtum Notstand, 1960, 37 ss., 101 s.; HARDWIG, ZStW 78 (1966), 14 s.; KRÜPELMANN, GA 1968, 138 s.; Beiheft ZStW 1978, 43 s.; ESER, Strafrecht: Die untaugliche "morning-after-Pille", JuS 1970, 462; HEINITZ, FS Eb. Schmidt, 2<sup>a</sup>, 1971, 279 s., 282; KÜPER, NJW 1971, 1682 ss.; JZ 1980, 633 ss.; Der "verschuldete" rechtfertigende Notstand, zugleich ein Beitrag zur "actio illicita in causa", 1983, 116 ss., 169 s.; JZ 1989, 627; NOWAKOWSKI, JBI 1972, 28; STREE, Rechtswidrigkeit und Schuld im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, 465; ZIELINSKI, Handlungsunwert, 1973, 276 ss., 284 (= Disvalor de acción, 1990, 327 ss., 337); ROXIN, Über die mutmaßliche Einwilligung, FS Welzel 1974, 453; AT I, 3<sup>a</sup>, 1997, 533 s. (= PG I, 1997, 591 s.); HERDEGEN, 25 Jahre BGH 1975, 208 s.; RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 80, 92 s.; GS Armin Kaufmann 1989, 380 s.; SCHAFFSTEIN, FS Bruns 1978, 103 s., 106; PAEFFGEN, Verrat, 1979, 164; WOLTER, JuS 1979, 483; BOTTKE, Wege der Strafrechtsdogmatik, JA 1980, 94 s.; GEILEN, Strafrecht AT, 5<sup>a</sup>, 1980, 108; GOMEZ BENITEZ, El ejercicio legítimo del cargo, 1980, 198 ss.; TRIFFTERER, Optisches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Ein systematischer Grundriß mit Schaubildern. I. Allgemeine Grundlagen, System und Element des Verbrechensaufbaus, 1981, 81; Österreichische Strafrecht AT, 1985, 234; HIRSCH, ZStW 94 (1982), 264; LK, 11<sup>a</sup>, 1992, antes del § 32, nm. 54, 82, 90, 126, 140, 145, aunque en nm. 146 y 156 admite que el deber de examen extiende

cuencias del error vencible y, lo que es más importante, con los requisitos que han de tenerse en cuenta a la hora de juzgar si se ha cumplido este deber de examen, esto es, si en el cumplimiento del deber de examen se han de tener en cuenta las condiciones y circunstancias objetivas o, por el contrario, también es relevante la condición personal del sujeto que alega el error.

El deber de examen tiene su lugar sistemático en la distinción entre la conducta imprudente y la conducta diligente o cuidadosa, por tanto se trata de un elemento que ha de establecer si el error que sufre el autor es vencible o invencible. La conducta imprudente está compuesta esencialmente por la infracción o inobservancia de la norma de cuidado que el ordenamiento jurídico impone al sujeto que pretende realizar conductas peligrosas para bienes jurídicos protegidos penalmente. El deber de cuidado impuesto por el ordenamiento es de carácter objetivo, es decir, el sujeto ha de cumplir el deber de diligencia que se impone a todo ciudadano en este tipo de comportamiento, deber de diligencia que el hombre diligente es capaz de cumplir. Cuando el sujeto incumple este deber objetivo de cuidado se comporta de manera imprudente, comete el injusto propio del delito imprudente, su conducta está prohibida con carácter objetivo-general<sup>71</sup>.

En los casos de suposición errónea por parte del sujeto de la concurrencia de los presupuestos objetivos de justificación el deber de examen obliga a comprobar con la diligencia objetivamente debida, con el cuidado del hombre diligente y cuidadoso, si esa representación subjetiva coincide con la realidad objetiva. Si el sujeto, en la situación tal y como se la ha representado no cumple con este deber de examen y comprobación (deber de examen que será diferente teniendo en cuenta la causa de justificación de que se trate: en la legítima defensa al ser la situación más perentoria el deber de examen es menor, frente al estado de necesidad en el que la situación de peligro puede prolongarse por más tiempo), esta omisión supondrá la infracción del cuida-

---

la justificación en la actuación funcional, esto es, el cumplimiento del deber de examen no da lugar a la apreciación de un error invencible o inevitable, sino a la apreciación de la propia causa de justificación representada subjetivamente por el autor; LK, 11<sup>a</sup>, 1994, § 34, nm. 77; CERESO, FS Jescheck I, 1985, 451; GEPPERT, Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB), Jura 1985, 30; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2<sup>a</sup>, 1986, 262 s.; BOCKELMANN/VOLK, Strafrecht AT, 4<sup>a</sup>, 1987, 101; JOSHI JUBERT, ADP 1987, 706 s.; JUNGCLAUSSEN, Die Subjektiven Rechtfertigungselemente, 1987, 179; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 255 ss., 261 ss., 264, 270 ss., 281 ss.; DIEZ RIPOLLES, ComLP X, 1989, 247; GOMEZ PAVON, La intimidación, 1989, 90 s., PORTILLA CONTRERAS, LH Sainz Cantero II, 1989, 161 s.; DÖLLING, JR 1990, 173 s.; JAKOBS, AT, 2<sup>a</sup>, 1991, 362 (= PG, 2<sup>a</sup>, 1997, 436); DIECKMANN, Jura 1994, 184; KÜHL, AT, 1994, 286; SANCHEZ GARCIA, Ejercicio legítimo del cargo, 1995, 150.

<sup>71</sup> Vid., ampliamente, LUZON PEÑA, PG I, 1996, 490 ss., sobre el concepto, ubicación sistemática y elementos del tipo imprudente.

do objetivamente debido, el incumplimiento de la diligencia impuesta al hombre medio ideal cuidadoso y prudente. En tal caso se podrá fundamentar el reproche por el comportamiento imprudente cometido por el autor, y su castigo o impunidad dependerá de la tipificación expresa o no de dicha conducta (art. 12 CP).

Cuando el sujeto, en el cumplimiento de este deber de examen y comprobación, se comporta como lo hubiera hecho el hombre medio ideal colocado en su misma situación, cumple con las normas de cuidado exigibles objetivamente en esta actuación, o sea, de manera diligente y prudente, y por tanto su error sobre la concurrencia objetiva de justificación será valorado como objetivamente invencible y estaremos en presencia de una conducta justificada por la aplicación del caso fortuito. Puede suceder que el sujeto que se dispone a actuar tenga una capacidad o facultad inferior a la del hombre medio ideal, esto es, el sujeto por su condición subjetiva inferior no puede cumplir la norma de cuidado y diligencia que el ciudadano cuidadoso y diligente observaría; en tal situación el sujeto, pese a examinar la situación representada, no podrá evitar el error directo sobre la concurrencia de la causa de justificación. Sin embargo en este caso estamos ante un error subjetivamente invencible que no excluye la antijuridicidad de la conducta, se ha infringido la norma de conducta objetivamente establecida por el ordenamiento jurídico y sólo se excluirá o atenuará la culpabilidad del autor por su situación subjetiva inferior a la del hombre medio<sup>72</sup>. A través del cumplimiento del deber de examen el sujeto habría previsto que la causa de justificación representada no concurría realmente, y este juicio habría sido alcanzado por cualquiera en la posición del autor. Y la infracción de este deber de examen puede deberse a una imprudencia temeraria o grave por parte del sujeto, o por el contrario puede tratarse de una conducta imprudente leve o menos grave; en la primera el sujeto vulnera las normas más elementales sobre la diligencia y cuidado objetivo, mientras que en la segunda el sujeto ha cumplido algunas de las normas de cuidado o diligencia aunque estas resultan insuficientes para evitar la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido en el caso concreto<sup>73</sup>. A través de esta diferenciación en el grado de inobservancia de la norma de cuidado se podrá hacer responder al autor por un tipo imprudente u otro dependiendo de la gravedad de la imprudencia y de la propia tipificación o no tipificación de esta por el CP<sup>74</sup>. De este modo, a la solución a favor del error de tipo en el tratamiento del error directo sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de justificación ha de añadirse el estudio de la

<sup>72</sup> Sobre esta cuestión más detenidamente, LUZON PEÑA, PG I, 1996, 500 ss.

<sup>73</sup> Sobre la distinción entre la imprudencia grave y la imprudencia leve, vid., por todos, LUZON PEÑA, PG I, 1996, 517 ss.

<sup>74</sup> Téngase en cuenta que, en los delitos imprudentes, el CP exige imprudencia grave y en las faltas, unas veces se exige imprudencia grave (lesiones menos graves, art. 621.1 CP) y otras veces imprudencia leve (art. 621.2 y 3 CP)

propia conducta imprudente para saber qué clase de conducta imprudente se ha cometido atendiendo a la gravedad de la misma y a la mayor o menor infracción del deber de examen.

Toda esta explicación es correcta si el error que ha padecido el sujeto es subsumible en el error directo sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento jurídico; no cualquier suposición errónea, superficial o no, de que la conducta está justificada da lugar a un error sobre la situación objetiva de justificación. A título de ejemplo podemos citar la sentencia del BGH de 25-3-1988, similar a la STS de 27 de octubre de 1995<sup>75</sup>, en las cuales se planteó la posible justificación de la ligadura de trompas practicada por los médicos que asistían a la cesárea de una mujer en la supuesta defensa de la vida o salud de la mujer ante el peligro que planteaba un nuevo embarazo y la consiguiente cesárea. En ambos casos, el error de los médicos no puede ser valorado como la suposición errónea de que concurrían los presupuestos o elementos objetivos de una causa de justificación (el BGH optó por el error sobre la concurrencia en el hecho del consentimiento presunto, el TS admitió un error vencible de prohibición, rechazando el error directo sobre la concurrencia del ejercicio legítimo de la profesión) y, en consecuencia, no ha lugar a plantear el criterio del examen conforme a deber como requisito para valorar la vencibilidad o invencibilidad del error de tipo<sup>76</sup>. Sólo la suposición errónea de los hechos que constituyen la situación objetiva de una causa de justificación es relevante a los efectos de plantear el criterio del examen conforme a deber y, en consecuencia, la diferenciación entre la conducta imprudente y el caso fortuito como causa de justificación de la acción. Si se analiza en concreto la sentencia del TS español vemos que el rechazo del error sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación es correcto. En primer lugar, la mujer no había prestado su consentimiento expreso para la práctica de la ligadura de trompas, y el médico sabía que faltaba tal consentimiento expreso. En segundo lugar, no concurría ninguno de los tres supuestos recogidos en el art. 10.6 Ley General de Sanidad en los que está autorizada la intervención médica sin el consentimiento expreso del paciente: no existía un riesgo para la salud pública y el médico era consciente de que tal riesgo estaba ausente; la mujer estaba capacitada para tomar decisiones y tal circunstancia era conocida por el médico; y en último lugar tampoco la demora en la intervención iba a ocasionar lesiones irreversibles o

---

<sup>75</sup> STS 27-10-1995 (A 7910).

<sup>76</sup> La Sentencia del BGH ha sido objeto de serias críticas en la doctrina alemana: vid., por todos, GEPPERT, Anmerkung BGH Beschl. v. 25.3.1988-2StRr 93/88, JZ 1988, 1025 ss.; HOYER, Anmerkung BGH Beschl. v. 25.3.1988-2StRr 93/88, Strafverteidiger 1989, 245 s.; MÜLLER-DIETZ, JuS 1989, 280 ss.; ROXIN, AT I, 3<sup>a</sup>, 1997, 701 709 s. (= PG I —en esta parte traducido por Diego-Manuel Luzón Peña—, 1997, 769 s., 777 s.).



el peligro de fallecimiento, circunstancia que también era conocida por el médico<sup>77</sup>. Sólo puede plantear alguna duda la posible justificación de la intervención médica a través del consentimiento presunto de la mujer o, en su caso, el error directo sobre la concurrencia en el hecho de esta causa de justificación (tal y como se planteó en la sentencia del BGH alemán). Sobre esta cuestión también se pronuncia el TS español, rechazando la concurrencia real del consentimiento presunto porque el médico decidió personalmente la práctica de la ligadura de trompas sin consultar el parecer de los familiares que acompañaban a la mujer, método idóneo según el TS para conocer en este tipo de casos la forma de pensar de la paciente. En definitiva, a juicio del TS el médico ha presumido que la mujer consentía en la práctica de la ligadura de trompas basado en su experiencia profesional, no en posible voluntad real de la mujer concreta que iba a ser sometida a la intervención quirúrgica, lo que significa plantear un error directo sobre la existencia de una causa de justificación y, en consecuencia, admitir que estamos en presencia de un error de prohibición<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> En la Sentencia se hace mención de estas tres situaciones en las que se puede realizar la intervención médica sin consentimiento expreso del paciente, haciendo constar que en el presente caso era "...igualmente evidente que no concurría ninguna de estas circunstancias". Y se añade que "en cualquier caso, la indicación médica correcta no puede considerarse lícita y justificante de la intervención de que se trate, salvo que sea necesario tomar urgentemente alguna decisión al respecto, por existir riesgo inminente para la vida o la integridad de la persona; pues en tal caso estaríamos ante un típico 'estado de necesidad'. En otro caso, el médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella. Si, pese a ello, lo hace, no puede 'justificar' su conducta alegando haber actuado en el ejercicio legítimo de su profesión".

<sup>78</sup> A la misma conclusión de admitir en todo caso un error de prohibición llegan los autores alemanes citados anteriormente que se han ocupado de analizar la sentencia del BGH, criticando duramente el planteamiento del caso como un supuesto de error directo sobre la concurrencia en el hecho del consentimiento presunto. No podemos entrar aquí en mayores detalles sobre la corrección o incorrección de la solución del TS español, pues ello haría necesario en primer lugar realizar un breve estudio sobre el consentimiento presunto, su naturaleza jurídica, ámbito de aplicación y requisitos. Para una mayor profundización sobre esta causa de justificación vid., por todos, ARNDT, *Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund*, 1929, passim; ROXIN, *Über die mutmaßliche Einwilligung*, FS Welzel 1974, 447 ss.; AT I, 3<sup>a</sup>, 1997, 696 ss. (= PG I, 1997, 764 ss.); HEIDNER, *Die Bedeutung der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, insbesondere im Rahmen des ärztlichen Heileingriffs*, 1987, passim; DE LA MATA BARRANCO, *El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio*, en Silva Sánchez (editor), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, LH Roxin 1997, 387 ss.

# Fundamento material de la culpabilidad, exigibilidad e inexigibilidad individual\*

Ismael Manuel Aráuz Ulloa  
Profesor de Derecho Penal  
Universidad Centroamericana

## I. Fundamento material de la culpabilidad (algunas precisiones)

Tradicionalmente se ha distinguido por los estudiosos del Derecho penal entre un concepto formal de culpabilidad y un concepto (o fundamento) material de la misma<sup>1</sup>, tal distinción representa un paralelismo en relación con los conceptos de antijuridicidad formal y antijuridicidad material desarrollados ya por la teoría del delito, en este sentido se dice que la conducta es formalmente antijurídica cuando ésta “es contraria a las normas jurídicas y por tanto es prohibida y desvalorada por las mismas”, es materialmente antijurídica la conducta cuya dañosidad o nocividad social “lesiona o pone en peligro algún bien jurídico”<sup>2</sup>.

Siguiendo los parámetros anteriormente relacionados relativos a la antijuridicidad se ha elaborado lo que se ha dado en llamar un concepto formal y un concepto (o fundamento) material de culpabilidad, teniendo como premisa la necesidad de distinguir entre los requisitos personales que el ordenamiento exige para que pueda darse el juicio de imputación<sup>3</sup> que representa la culpabilidad (aspecto formal) y los motivos por los que esos requisitos son seleccionados como presupuestos de tal juicio (fundamento material).

---

\* El presente trabajo se corresponde, actualizada la bibliografía e introducidas una leves modificaciones, con una primera versión publicada en: CUAREZMA TERAN, SERGIO y MARIO HOUED, Derecho Penal, Criminología y Derecho Procesal Penal. Editorial Hispamer, Colección Textos Jurídicos, Managua, 2000, págs. 371 a 390.

<sup>1</sup> Aunque TORÍO LÓPEZ, CPC 36, 1988, 763, le critica a la doctrina contemporánea la pérdida o al menos el obscurecimiento de la distinción entre culpabilidad en sentido formal y culpabilidad en sentido material.

<sup>2</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Curso, PG I, 1996, 323; ROXIN, Problemas básicos, 1976, 202.

<sup>3</sup> Así, GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 99.

El concepto formal de culpabilidad “abarca aquellos elementos psíquicos del hecho que en un ordenamiento dado se exigen como presupuestos de la imputación subjetiva”<sup>4</sup>, se trata —en palabras de Muñoz Conde— de “aquellos elementos que fuera de la tipicidad y la antijuridicidad forman parte de la teoría general del delito y también condicionan la aplicación de una pena”<sup>5</sup>, son los mayoritariamente conocidos como elementos de la culpabilidad así, la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), el conocimiento (potencial o real<sup>6</sup>) de la antijuridicidad y, en dependencia de la preponderancia que se le otorgue al principio de inexigibilidad, se requiere alternativamente de la no exigibilidad de otra conducta o de la inexistencia de causas de exclusión de la culpabilidad<sup>7</sup>.

También se dice que culpabilidad en sentido formal equivale al conjunto de elementos o requisitos legislativamente exigidos en un *sistema de Derecho penal históricamente dado* como presupuestos de la imputación subjetiva<sup>8</sup>.

El concepto (o fundamento) material de la culpabilidad no se refiere a los requisitos legislativamente exigidos como base de la imputación, sino que trata de descubrir “las razones por las que ciertos factores psíquicos se toman como presupuestos de la imputación subjetiva y en caso de faltar determinan la desaparición del juicio de culpabilidad”<sup>9</sup>.

El concepto formal de culpabilidad en los términos expuestos ha logrado asentarse y hoy en día podría decirse que es prácticamente unánime. No sucede lo mismo con el concepto material de culpabilidad que ha llegado a convertirse en uno de los campos más problemáticos del pensamiento penal es —como señala ROXIN— un “verdadero problema básico de la dogmática juridicopenal”, añadiendo además “que la cuestión decisiva (...) sigue siendo saber qué es lo que realmente fundamenta en el aspecto material el reproche de la culpabilidad, es decir, por qué caracterizamos como “culpable” o “no culpable” una conducta ilícita si concurren determinados requisitos positivos y negativos”<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> JESCHECK, Tratado PG, 1981, 580; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 380; en sentido parecido, COBO/VIVES, DP PG, 5.<sup>a</sup>, 1999, 549.

<sup>5</sup> Vid. MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.<sup>a</sup>, 1998, 396.

<sup>6</sup> TORÍO LÓPEZ, CPC 36, 1988, 763.

<sup>7</sup> Cfr. en uno u otro sentido, TORÍO LÓPEZ, CPC 36, 1988, 763; GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 99; MUÑOZ CONDE/MARTOS NÚÑEZ, EJBCiv II, 1995, 1871; QUINTERO OLIVARES, Curso, PG, 1996, 328; MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.<sup>a</sup>, 1998, 396.

<sup>8</sup> Vid. JESCHECK, Tratado PG, 1981, 580 s.; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 380; en sentido parecido, TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1985, 291; CPC 36, 1988, 763.

<sup>9</sup> JESCHECK, Tratado PG, 1981, 580; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 380.

<sup>10</sup> ROXIN, Problemas básicos, 1976, 201.

Por su parte TORÍO LÓPEZ, señala que cuando se habla de culpabilidad no se piensa en sus requisitos formales que — como dijimos— están fuera de discusión sino que se llama la atención sobre su *ratio essendi* que representa “el campo más problemático, pero también en el más fértil, del pensamiento penal es, un terreno propio de la lucha de escuelas, es decir, de los eternos contrastes entre las direcciones penales y, por derivación, de las teorías de la pena”<sup>11</sup>.

La cuestión del concepto material de culpabilidad ha sido tratada por la doctrina penal como un problema de importancia capital<sup>12</sup> que resuelto satisfactoriamente operaría como criterio valorativo rector y “unificador de la teoría jurídicopenal de la culpabilidad”, representando, al mismo tiempo, un criterio de interpretación que permita incluso “desarrollar nuevas causas supralegales de exclusión de la culpabilidad”<sup>13</sup>.

Un buen número de autores apuntan —con JESCHECK<sup>14</sup>— que el concepto material de culpabilidad puede basarse en exigencias de la ética, de seguridad pública, en la especificidad de la conducción de los impulsos del hombre (entendiéndola como actitud interna jurídicamente desaprobada<sup>15</sup>), relacionada con las teorías de los fines de la pena, o —como COBO/VIVES—, cimentándola sobre la idea de libertad, “concebida como capacidad de autodeterminarse conforme las exigencias dimanantes de las normas”<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1985, 291; CPC 36, 1988, 764.

<sup>12</sup> ROXIN, Problemas básicos, 1976, 201; por su parte MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 397, apunta que el establecimiento de los criterios para elaborar el fundamento material de la culpabilidad es un requisito que “toda democracia que aspira a ser verdadera debe desarrollar”.

<sup>13</sup> ROXIN, Problemas básicos, 1976, 201; tb. en: DP PG I, 1997, 798, en donde requiere la existencia de un fundamento material de la culpabilidad atendiendo a razones derivadas del Estado de Derecho.

<sup>14</sup> Cfr. JESCHECK, Tratado PG, 1981, 581.

<sup>15</sup> Cfr. COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 549.

<sup>16</sup> Interesante la postura de COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 549 s., que pese a la fuerte crítica que la doctrina moderna ha expresado sobre la idea de libertad, la siguen manteniendo como “único fundamento material coherente de la culpabilidad”. Opiniones contrarias a la idea de libertad como fundamento del poder de actuar de un modo distinto (es decir conforme a Derecho), en atención a la indemostrabilidad de la misma, son las mantenidas, entre otros, por ROXIN, Problemas básicos, 1976, 203 s.; CPC 30, 1986, 671; DP PG I, 1997, 799 s.; CERESO MIR, ADPCP 1980, 347 s.; TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1985, 287; GIMBERNAT ORDEIG, Estudios, 3.ª, 1990, 140 ss., 162 ss.; MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 550 ss.; MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 393 s.

Las tendencias más modernas apuntan al establecimiento de los criterios de “motivabilidad”<sup>17</sup>, “motivación normativa” y “normalidad motivacional”<sup>18</sup>, que junto a los criterios derivados de las teorías de los fines de la pena (con base en la idea de prevención general o especial)<sup>19</sup> van asentándose y no se descartan que pronto lleguen a ser mayoritarios —de todos ellos, no es posible tratar en este trabajo pues no pretendemos más que dar algunas indicaciones referenciales—.

La idea de libertad — como libre albedrío— dominó durante mucho tiempo el fundamento material de la culpabilidad que, con el nacimiento de la teoría normativa de la culpabilidad se tradujo como reprochabilidad basada por un lado en un fundamento ético-valorativo y, por otro, en la idea de que el hombre libre posee capacidad individual que le permite comportarse de uno u otro modo frente a la norma, nació así el concepto de exigibilidad como requisito o fundamento de la categoría en estudio, y la inexigibilidad como su negación, es decir, como una causa de exclusión de la culpabilidad, a ambos conceptos (exigibilidad e inexigibilidad) dedicaremos el contenido de las siguientes páginas.

## II. Exigibilidad e inexigibilidad (concepto)

El concepto de exigibilidad e inexigibilidad se encuentra anudado desde su nacimiento con la teoría normativa —como tendremos oportunidad de comprobar en el desarrollo de los apartados posteriores— al concepto o fundamento material de la culpabilidad y se le considera por un amplio sector de la doctrina como una causa de inculpabilidad o, al menos, como un principio informador de las mismas; de esta manera es común encontrarnos con la expresión de que la exigibilidad constituye un elemento positivo del juicio de culpabilidad que debe comprobarse en todo caso y excluir la “responsabilidad”<sup>20</sup> en caso de que falte o, que la no exigibilidad constituye el fundamento de determinadas eximentes que excluyen la culpabilidad.

Los conceptos de exigibilidad e inexigibilidad representan pues dos caras de una misma moneda, la exigibilidad constituye el aspecto positivo y la inexigibilidad el aspecto negativo, al menos así fue concebida en sus orígenes.

<sup>17</sup> A juicio de MUÑOZ CONDE/MARTOS NÚÑEZ, EJBCiv II, 1995, 1871, el fundamento material de la culpabilidad descansa en la función motivadora de la norma penal, en efecto —señala— “la norma penal motiva al ciudadano para que se abstenga de realizar entre los posibles comportamientos que pueda llevar a cabo, precisamente aquel que la norma prohíbe con la amenaza de una pena”; tb. en: MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 397.

<sup>18</sup> Cfr. MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 553 ss.

<sup>19</sup> Por todos, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1993, 21 ss.; tb. en: Fundamentos, LH-Roxin, 1995, 115 ss.

<sup>20</sup> Así, GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 100.

nes, y dado que el principio de inexigibilidad ha sido el más desarrollado por la doctrina (con independencia del área concreta de aplicación<sup>21</sup>), es conveniente advertir que cuando se habla de inexigibilidad debemos entender que se está haciendo referencia al aspecto negativo de la exigibilidad y viceversa<sup>22</sup>.

Desde un sentido puramente normativo (y de orientación causalista) suele decirse por los autores, que "la existencia de un deber de actuar en el sentido requerido por la norma se funda en la posibilidad de llevar a cabo el comportamiento jurídicamente correcto y en la exigibilidad del mismo"<sup>23</sup>; es decir, con palabras de SAINZ CANTERO<sup>24</sup>, que para afirmar la reprochabilidad del injusto típico realizado por un sujeto determinado es necesario, además de la imputabilidad, el dolo o la culpa, que le pueda ser exigido un comportamiento distinto del realizado, es decir, un comportamiento conforme a Derecho. Cuando al sujeto no puede exigírsele tal comportamiento su conducta no es reprochable y por tanto no existe culpabilidad.

De lo apuntado en el párrafo anterior se deduce que para los partidarios de la concepción normativa (causalista) de la culpabilidad, la exigibilidad de conducta adecuada a la norma constituye un elemento imprescindible para la completa formulación del juicio de reproche que se dirige al sujeto por haber actuado contra lo que dispone el Derecho<sup>25</sup>.

En línea con lo anterior MEZGER<sup>26</sup> apuntaba que la inexigibilidad denota la imposibilidad de afirmar la culpabilidad cuando al autor en el caso particular no se le pueda exigir otra forma de actuar. Más modernamente se señala que el estudio de la exigibilidad parte de la idea de que el Derecho en sus relaciones con los sujetos a los que está dirigido exige normalmente la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles pero no imposibles,

<sup>21</sup> Pues hoy en día ha obtenido una preponderancia tal que ha rebasado el elemento culpabilidad como área de aplicación —más detalles en el tratamiento de la ubicación sistemática—.

<sup>22</sup> Refiriéndose también al sentido positivo y negativo de la exigibilidad GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 75.

<sup>23</sup> COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 687, apuntan además que "posibilidad y exigibilidad del actuar de acuerdo con los dictados de la norma no son conceptos idénticos: lo imposible no es exigible; pero, en multitud de ocasiones, el Derecho renuncia a exigir comportamientos que el sujeto podría realizar. De manera que, si bien lo imposible no es exigible lo posible tampoco es, por el mero hecho de serlo, exigible siempre".

<sup>24</sup> SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 12 s.; Lecciones PG, 3.ª, 1990, 715; en el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.ª, 1986, 363.

<sup>25</sup> Vid. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.ª, 1986, 363.

<sup>26</sup> MEZGER, DP PG, 1989, 272, también se observa su línea cambiante en cuanto a la naturaleza y ubicación sistemática del criterio, aspecto que apuntara también SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 442 s.; tb. en: La exigibilidad, 1965, 25.

de esta manera puede decirse que los niveles de exigencia lejos de ser uniformes varían según las circunstancias y los intereses en juego pero que, al mismo tiempo, puedan ser cumplidos por cualquier persona. Así se mantiene como máxima que el Derecho no puede exigir comportamientos que vayan más allá del ámbito de exigencia propio de las normas jurídicas en cuestión; es decir, con Muñoz Conde, que “cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad faltará ese elemento y con él, la culpabilidad”<sup>27</sup>.

Mir Puig, añade que un Derecho penal democrático no requiere ser un Derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría, llegando así a la idea básica que suele verse tras la noción de la no exigibilidad “*las conductas heroicas no son exigibles*”<sup>28</sup>. En sentido parecido SAINZ CANTERO apuntaba que la exigibilidad de la norma llega hasta donde llegan las posibilidades humanas, donde comienza el heroísmo cesa su exigibilidad<sup>29</sup>.

Los conceptos exigibilidad e inexigibilidad tal y como los hemos expuesto en sus líneas generales —y referidos exclusivamente al elemento culpabilidad— han sido fruto de un largo período de gestación y evolución que los ha llevado a ocupar un lugar importante en el estudio de la teoría del delito, pues a través del tiempo lo que ha cambiado es el contenido de lo exigible y el fundamento de la legitimación estatal para imponer un castigo, pero la aceptación de los conceptos exigibilidad e inexigibilidad es algo que está fuera de duda en la interpretación actual no sólo de las causas que excluyen la culpabilidad sino también de aquellas que excluyen la tipicidad y la antijuridicidad<sup>30</sup>, sin más preámbulo nos adentrarnos ahora en el estudio de ese largo proceso histórico que dio vida a los conceptos que tratamos.

### III. La idea de exigibilidad origen y evolución

Es un esfuerzo en vano buscar algún indicio del pensamiento de la exigibilidad en el seno de la teoría psicológica de la culpabilidad pues, como sabemos, en ella la culpabilidad se agota en una relación de carácter psíquico entre el autor y el hecho, prescindiendo de toda referencia al terreno de las normas

<sup>27</sup> MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 436; MUÑOZ CONDE/MARTOS NÚÑEZ, EJBCiv II, 1995, 1871; en sentido parecido, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.ª, 1995, 642.

<sup>28</sup> MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 617.

<sup>29</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, RGLJ 214, 1963, 54; La exigibilidad, 1965, 11.

<sup>30</sup> Cfr. los diferentes trabajos de LUZÓN PEÑA, ADPCP 1993, 21-33; tb. en: Fundamentos, LH-Roxin, 1995, 124, n. 43; tb. Luzón Peña/Mir Puig (edits.), Causas, 1995, 21-43; EJBCiv III, 1995, 3552-3554; Curso PG I, 1996, 568-570, 648-651; sobre ello tb. MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 436 s.

(como normas de determinación) y al carácter exigible o inexigible de las conductas realizadas, es por ello que bajo el imperio de la teoría psicológica de la culpabilidad no podría pensarse nunca en los conceptos exigibilidad e inexigibilidad eminentemente normativos que — como la doctrina prácticamente unánime ha reconocido— tienen su origen en la llamada teoría normativa de la culpabilidad<sup>31</sup>.

Por lo reseñado en el párrafo anterior no resulta extraño que el nacimiento del concepto de exigibilidad e inexigibilidad se asocie a Reinhard Frank, padre de la teoría normativa de la culpabilidad, quien fue el primero que en su crítica a la concepción psicológica de la culpabilidad<sup>32</sup> recurriera al concepto de no exigibilidad como causa de exclusión de la culpabilidad basada en la anormalidad de las circunstancias concomitantes al hecho<sup>33</sup>.

De esta manera, se acepta como correcta la afirmación de que la exigibilidad e inexigibilidad nacen conjuntamente con la teoría normativa y que sólo cuando los presupuestos de ésta última toman cuerpo de doctrina es que empieza a hablarse de que “al sujeto, para ser considerado culpable, debía serle posible adecuar su conducta a lo que la norma manda o prohíbe”<sup>34</sup>.

Luego del valiosísimo punto de partida aportado por Frank correspondió a otros autores —de no menos renombre—, desarrollar y perfilar el concepto de exigibilidad que hoy conocemos, el segundo que se ocupó del tema fue James Goldschmidt, quien contribuyó al desarrollo de la concepción normativa con dos importantes aportes, el primero, es el haber considerado que la antijuridicidad de una conducta supone el quebrantamiento de una “norma de Derecho” que la prohíbe, el segundo, consiste en que junto a esa norma de Derecho existe una “norma de deber” definidora de la culpabilidad, de tal

---

<sup>31</sup> Más detalles acerca de la inviabilidad para establecer un concepto de exigibilidad e inexigibilidad en el seno de la concepción psicológica en: SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 425.

<sup>32</sup> La base de la crítica se asienta en que la culpabilidad no consiste -o no consiste siempre- en una efectiva conexión psíquica entre el sujeto y el hecho, pues tal relación psíquica falta en los casos de culpa inconsciente o sin representación en la que falta la relación cognitiva real entre el sujeto y el hecho; al respecto, TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1985, 288. Vid. tb. los señalamientos realizados por PEREDA (ADPCP 1949, 21 ss.) a los planteamientos de Frank y a la teoría normativa de la culpabilidad, defendiendo a ultranza un concepto psicológico de culpabilidad.

<sup>33</sup> Cfr. DE MIGUEL GARCILÓPEZ, ADPCP 1952, 53; SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 428; JESCHECK, Tratado PG, 1981, 579; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 379; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.<sup>a</sup>, 1986, 366; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 25; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.<sup>a</sup>, 1995, 643.

<sup>34</sup> En este sentido, SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 420; La exigibilidad, 1965, 13; Lecciones PG, 3.<sup>a</sup>, 1990, 715.



forma que ante conductas antijurídicas — infractoras de las normas de Derecho— habrá que afirmar la culpabilidad siempre que de la infracción de la norma de deber se dedujera —atendiendo a las circunstancias concurrentes— que al sujeto le era exigible adecuar su conducta conforme con el Derecho<sup>35</sup>. En la visión de Goldschmidt, “junto a toda norma de Derecho, que exige del individuo una determinada conducta *externa*, existe, no declarada expresamente, una norma que le impone conformar su conducta *interna*, de forma tal que pueda corresponder a las exigencias que el ordenamiento jurídico establece respecto de su conducta exterior”<sup>36</sup>; de esta manera — interpreta Mir Puig<sup>37</sup> —, las “normas de deber” serían aquellas que están dirigidas a motivar el comportamiento interno del sujeto, y que operan en contraposición a las “normas de Derecho” prohibitivas de la conducta externa, así, mientras la infracción de las normas de Derecho determina la antijuridicidad, la infracción de las normas de deber fundaría la reprochabilidad necesaria para la culpabilidad sin más límite que el que devenga de lo exigible al sujeto.

Para Goldschmidt la no exigibilidad encuentra su contenido en una motivación anormal, según la cual si atendiendo a determinadas circunstancias no pudiera exigírsele al autor que se motive según las normas de deber, habrá que negar la culpabilidad por inexigibilidad.

Otro paso importante —para muchos el decisivo<sup>38</sup>— en la construcción de los conceptos exigibilidad e inexigibilidad fue el aportado por Freudenthal sobre la base de la idea de *poder*, consideraba que “para la culpabilidad es decisiva la idea de *poder*. El reproche de culpabilidad se hace al autor por haber actuado como lo ha hecho *pudiendo* y *debiendo* haberse comportado de otra manera. Por eso, cuando al autor, por las circunstancias en que ha actuado, le ha faltado capacidad para comportarse de otra manera, no puede serle hecho el reproche de culpabilidad”<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> En este sentido, SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 434 s.; La exigibilidad, 1965, 16; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.<sup>a</sup>, 1986, 306.

<sup>36</sup> SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 435 s.; La exigibilidad, 1965, 19.

<sup>37</sup> MIR PUIG, DP PG, 5.<sup>a</sup>, 1998, 618.

<sup>38</sup> Así se dice que Freudenthal llevó el concepto de inexigibilidad a su punto culminante pretendiendo incluso, su reconocimiento como causa supralegal de exclusión de la culpabilidad; cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.<sup>a</sup>, 1995, 643 s. También resaltan el gran aporte de Freudenthal —entre otros—, SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 438 s.; RGLJ 214, 1963, 52 s.; La exigibilidad; 1965, 22 s.; ROXIN, Problemas básicos, 1976, 202; JESCHECK, Tratado PG, 1981, 579; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 379; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.<sup>a</sup>, 1986, 366; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 26; BUSTOS RAMÍREZ, DP PG, 4.<sup>a</sup>, 1994, 493; MAURACH/ZIPF, DP PG 1, 1994, 521; MIR PUIG, DP PG, 5.<sup>a</sup>, 1998, 618 s.; COBO/VIVES, DP PG, 5.<sup>a</sup>, 1999, 687 s.

<sup>39</sup> Al respecto, SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 438 s.; La exigibilidad, 1965, 22 s.

Bajo esta línea de pensamiento se agrega que cuando al sujeto no puede serle exigido un comportamiento conforme a la norma penal desaparece la culpabilidad por inexigibilidad. Para Freudenthal la determinación de la no exigibilidad debe realizarse atendiendo a un criterio ético-individual, apoyado unas veces en criterios legales y otras en criterios supraleales, pues, para él, la inexigibilidad es causa general y supraleal de inculpabilidad. Considerada así la inexigibilidad se daba vida a una fórmula amplísima de inculpabilidad capaz de amparar aquellos casos que no entran ni en el estado de necesidad ni en otras excusas previstas por el legislador.

Así las cosas la teoría de la exigibilidad se traducía como causa esencial que fundamenta el reproche de la culpabilidad, “el no dejarse motivar por la representación del deber pese a la exigibilidad es reprochabilidad”<sup>40</sup>, si, por el contrario, dadas las circunstancias personales y ambientales, al sujeto no le era jurídicamente exigible la abstención de la conducta realizada, habrá inculpabilidad o exculpación<sup>41</sup>.

Concebida así la inexigibilidad (como causa general y supraleal de inculpabilidad), no era de extrañar que pronto surgieran enconadas críticas dirigidas sobre todo al carácter amplio de la misma, pues —según MEZGER<sup>42</sup>—, la consideración de la no exigibilidad como causa supraleal de exclusión puede conducir a excesos insostenibles en donde las valoraciones individuales del autor particular se impongan a las valoraciones objetivas del ordenamiento jurídico y de la ley<sup>43</sup>.

Aparte de la observación que ataca el carácter eminentemente subjetivo de la teoría de Freudenthal sus críticos además aportaron otros argumentos también de peso, uno de ellos está dirigido al rechazo de la analogía pues —afirma Maurach—, la ley penal cierra el paso a la admisión de causas supraleales, de lo cual se desprende que debe atenderse al contenido propio de la norma, salvo alguna excepción que para el caso en cuestión no existe —añade—, la frase “tú debes luego tu puedes”, no necesita estar expresa para oponerse al principio de no exigibilidad como causa de exclusión supraleal, “pues existe en cada prohibición y en cada imperativo del Derecho penal”<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> ROXIN, Problemas básicos, 1976, 202.

<sup>41</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, EJBCiv III, 1995, 3552.

<sup>42</sup> MEZGER, DP PG, 1989, 272 s.

<sup>43</sup> Un resumen del pensamiento de Mezger en: SAINZ CANTERO, ADPCP, 1960, 442 s.; La exigibilidad, 1965, 26 s.

<sup>44</sup> MAURACH/ZIPF, DP PG 1, 1994, 556 s.; tb. SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 32 s.

Otros argumentos están dirigidos a que la no exigibilidad como causa de exclusión supralegal produce “el reblandecimiento del Derecho” representando “un peligro para la certeza y el mantenimiento del orden jurídico” al conducir a una “insostenible relativización del concepto de culpabilidad”, provocando una individualización que “aleja el fallo del Juez del Derecho positivo y supone una vuelta al Derecho natural”<sup>45</sup>.

Con todas estas críticas era de esperar un replanteamiento del principio de inexigibilidad basado en otros criterios, se desarrolló entonces una visión objetivada del principio<sup>46</sup> que tomaba como referencia al ciudadano normal y que hacía depender la exculpación no ya de criterios valorativos individuales sino “de la existencia objetiva de unos motivos preponderantes en el autor o, por mejor decir, de unos motivos que el ordenamiento jurídico debía reconocer como superiores al motivo del deber en relación con el hombre medio”<sup>47</sup>.

La estimación de la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación basada en la capacidad de motivación del hombre medio, logró aceptación y se mantuvo durante algún tiempo, llegando incluso a conformar la base de algunas sentencias de los Tribunales alemanes, sin embargo, esta aceptación cedió ante la opinión manifiesta de la Jurisprudencia —y más tarde de un sector de la doctrina— de que el Derecho penal precisa en el ámbito de la culpabilidad baremos que, aún ajustados a la valoración de la formación de la voluntad, se hallen formalizados y legalmente fijados<sup>48</sup>. De esta manera surgió la idea de que la inexigibilidad lejos de constituir una causa de exclusión supralegal, contenía, más bien, un principio regulativo que inspiraba al legislador en el establecimiento de algunas causas de exculpación y, como tal principio regulativo, también podría encontrarse en el ámbito de la tipicidad y la antijuridicidad.

La idea expuesta en la parte final del párrafo anterior se debe a Henkel quién partía de la premisa de que se debía prescindir de la consideración —mantenida hasta ese momento—, de que la exigibilidad es un elemento de la culpabilidad y la no exigibilidad una causa de exclusión de ese elemento del delito, más bien, a juicio del mencionado autor, la no exigibilidad es un “criterio regu-

---

<sup>45</sup> Opiniones de GERLAND, SCHUMACHER, FINGER y VON WEVER, traídas a colación por SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 445; La exigibilidad, 1965, 28; tb. JESCHECK, Tratado PG, 1981, 687; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 457; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 26 s.; ROXIN, DP PG I, 1997, 960; MIR PUIG, DP PG, 5.<sup>a</sup>, 1998, 619.

<sup>46</sup> Impulsada por WEGNER, defendida y desarrollada por GOLDSCHMIDT y SCHAFFTSTEIN; al respecto SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 100 s.

<sup>47</sup> Cfr. MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 27.

<sup>48</sup> Vid. JESCHECK, Tratado PG, 1981, 687 s.; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 457 s.

lativo jurídico general” aplicable no sólo en el área de la culpabilidad sino que, también, debe extenderse a todos los elementos de la teoría jurídica del delito como principio regulador de las categorías jurídico penales de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad<sup>49</sup>.

A juicio de Roxin lo más importante de la aportación de Henkel es que *demonstró irrefutablemente que la exigibilidad no es un concepto normativo, sino un principio regulador* que por su significación debe ser incluido entre los componentes de la teoría general del Derecho<sup>50</sup>. La inexigibilidad, concebida al modo de Henkel, no encierra ningún tipo de contenido valorativo, sino que es un concepto desprovisto de valor y, por tanto, no normativo. La consecuencia fundamental de esta carencia de contenido normativo es que la exigibilidad ya no puede ser el fundamento material de la culpabilidad porque no puede establecerse paralelismo con el concepto de antijuridicidad material pues, si la antijuridicidad material se determina como “nocividad social tipificada”, no puede decirse que nocividad social sea un criterio sin contenido, la exigibilidad, en cambio, es una fórmula vacía, que como tal no puede constituir el fundamento material de la culpabilidad<sup>51</sup>.

Además del valioso aporte reseñado por Roxin, es atribuible a Henkel el haber sentado sobre bases firmes el concepto de inexigibilidad, al establecer también los baremos por los que debe medirse la aplicación del criterio así: “En el área del injusto debe medirse con cálculos *objetivos*, no ha de mirarse a la conducta del autor del caso concreto solamente, sino a la conducta que hubiera realizado cualquier otro hombre situado en las mismas circunstancias; por el contrario, en el área de la culpabilidad, debe medirse según la conducta del autor determinado, *subjetivamente*, sin referencia ninguna a cualquier otro individuo”<sup>52</sup>.

De los postulados de Henkel se extrae que se puede plantear tanto una exigibilidad objetiva, que opera a nivel del injusto, como una exigibilidad sub-

<sup>49</sup> Sobre este criterio vid. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1993, 21-33; tb. en: Fundamentos, LH-Roxin, 1995, 124, n. 43; tb. Luzón Peña/Mir Puig (edits.), Causas, 1995, 21-43; EJBCiv III, 1995, 3552-3554; Curso PG I, 1996, 568-570, 648-651. Además las referencias realizadas por SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 452; La exigibilidad, 1965, 35 s.; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 30.

<sup>50</sup> Cfr. ROXIN, Problemas básicos, 1976, 202.

<sup>51</sup> ROXIN, Problemas básicos, 1976, 202; tb. MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 30.

<sup>52</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 453; La exigibilidad, 1965, 38. Vid. las críticas a la teoría de Henkel, así como una réplica de las mismas en: TORÍO LÓPEZ, ADPCP, 1985, 299; fundamentalmente las efectuadas por Frellesen en: MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 31.

jetiva, que opera a nivel de la culpabilidad<sup>53</sup>, es decir, —siguiendo a Luzón Peña— que en el área del injusto puede hablarse tanto de inexigibilidad jurídica general (excluyente de la antijuridicidad), como de inexigibilidad penal general (excluyente de la tipicidad) y, en el área de la culpabilidad de una inexigibilidad individual o subjetiva<sup>54</sup>, de todos estos supuestos nos ocuparemos en el apartado correspondiente —*infra* VI—. En España los conceptos exigibilidad e inexigibilidad no fueron conocidos sino hasta la publicación de la traducción al Tratado de Mezger realizada por Rodríguez Muñoz (1ª ed. 1935, 2ª ed. 1949)<sup>55</sup>, desde entonces, la evolución de los conceptos ha experimentado el mismo recorrido que el reseñado con relación a la doctrina alemana y hoy en día puede decirse que la posición de Henkel, —en el sentido expuesto por Luzón— va adquiriendo cada vez más adeptos<sup>56</sup>. Sin embargo, es preciso reconocer que de momento es mayoritario aquel sector de la doctrina que limita la aplicación del concepto a determinadas causas de exculpación (el llamado estado de necesidad exculpante, encubrimiento entre parientes, el miedo insuperable y antes del CP de 1995 se extendía a algunos supuestos de obediencia debida) como un criterio informador de las mismas<sup>57</sup>.

#### IV. Naturaleza jurídica y ubicación sistemática de la idea de inexigibilidad

Lo desarrollado en los puntos anteriores permite preguntarnos acerca de la verdadera naturaleza de los conceptos exigibilidad e inexigibilidad y su correspondiente ubicación sistemática. Tres son las respuestas posibles: la primera, consiste en admitir que el concepto de inexigibilidad es una causa de exculpación supralegal con influencia directa en el terreno de la culpabilidad; la segunda, es admitirlo como un criterio informador de las causas de exculpación en cuyo caso su influencia se circunscribe también, al terreno de la culpabilidad; y la tercera, es aceptar que el concepto inexigibilidad es un criterio regulativo jurídico general cuyo radio de acción abarca todos los elementos del delito.

<sup>53</sup> Cfr. al respecto, BUSTOS RAMÍREZ, DP PG, 4.ª, 1994, 493.

<sup>54</sup> Vid. los trabajos citados *supra* n. 30.

<sup>55</sup> Así lo exponen SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 109; MIR PUIG, Adiciones a Jescheck PG, 1981, 583, 690; GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 74; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.ª, 1995, 644.

<sup>56</sup> En Alemania la teoría de HENKEL ha terminado imponiéndose como doctrina dominante, al respecto SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 300 s.

<sup>57</sup> Al respecto, SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 122 s.; MIR PUIG, Adiciones a Jescheck PG, 1981, 690; MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 619; COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 691. En la doctrina alemana, JAKOBS, DP PG, 1995, 715 s., haciendo referencia a la doctrina dominante afirma que también podría ser viable una cláusula general de inexigibilidad sometida a determinados requisitos pero que en cualquier caso carece de importancia práctica.

1. La primera posición compuesta por la teoría que defendía la admisión de la inexigibilidad como causa supralegal de exclusión de la culpabilidad desarrollada por Freudenthal consideraba —como vimos—, que el concepto de exigibilidad es un elemento positivo del juicio de culpabilidad del que cualquier situación de inexigibilidad, aunque no esté prevista legalmente, constituye su negación y conduce, por tanto, a la su absolución pues la conducta realizada pese a ser antijurídica no puede (por circunstancias objetivas o subjetivas) ser culpable. Para los defensores y adeptos de esta teoría el lugar de la inexigibilidad no puede ser otro que la culpabilidad.

Ya hemos anticipado a través de la exposición las críticas manifestadas por buena parte de los autores de la época basadas fundamentalmente en la obligatoriedad y generalidad de las normas, la exclusiva competencia del legislador para el establecimiento de las causas de exculpación<sup>58</sup> y los problemas que la admisión de esta causa supralegal acarrearía para la seguridad jurídica y certeza del Derecho<sup>59</sup>.

2. La segunda posición atiende a la inexigibilidad como un criterio informador de las causas de exculpación, aduciendo que el legislador al momento de redactar ciertas causas de exención<sup>60</sup> ha tomado en consideración el principio de inexigibilidad y al amparo de él ha declarado expresamente que no podrá imponerse una pena si el sujeto pese a ser imputable y de haber realizado dolosa o culposamente una conducta 'típicamente antijurídica', no le era exigible otra distinta. La exención de responsabilidad criminal no tiene otro fundamento más razonable que la falta de culpabilidad por no ser jurídicamente exigible una conducta distinta<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> En este sentido, señala JESCHECK (Tratado PG, 1981, 684; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 454), "las causas de exculpación (...) sólo pueden, en principio, decidirse por el propio legislador con arreglo a criterios jurídico penales, ya que de otro modo se seguirían las consecuencias de desigualdad ante la ley y subjetivismo".

<sup>59</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 90 s.; Lecciones PG, 3.<sup>a</sup>, 1990, 721 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.<sup>a</sup>, 1986, 370; GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 75; además, los autores citados *supra* n. 45.

<sup>60</sup> Fundamentalmente se inspiran en este principio el llamado estado de necesidad exculpante, encubrimiento entre parientes, el miedo insuperable y algunos supuestos de obediencia debida (antes del CP de 1995).

<sup>61</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 85 s. (con amplias referencias de la doctrina italiana); Lecciones PG, 3.<sup>a</sup>, 1990, 723; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.<sup>a</sup>, 1986, 370 s.; WELZEL, DP PG, 3.<sup>a</sup>, 1987, 248 s.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.<sup>a</sup>, 1995, 643; por su parte MIR PUIG, DP PG, 5.<sup>a</sup>, 1998, 619, además de entender la inexigibilidad como el fundamento de las causas de exculpación reconoce que puede servir de "principio regulativo" general.

Algunos defensores y partidarios de esta postura entienden que en los casos de inexigibilidad real no prevista expresamente por las normas, podrá aplicarse la eximente y producir por tanto efectos exculpatorios fuera de las hipótesis específicas a las que sirve de fundamento<sup>62</sup>. La extensión se basa en la aplicación analógica (*in bonam partem*) del principio, con la idea de mantener su justificación y su base.

La posición anterior representa una importante restricción a la aplicación del principio de inexigibilidad, ya que, al ser aplicable únicamente en sede de culpabilidad, está privando al juzgador de un elemento de mucha importancia en la evitación de resoluciones injustas, pues la conducta excluye la pena pero no otras consecuencias, como (entre otras) las medidas de seguridad, la responsabilidad extrapenal, la punibilidad de la participación o la ilegitimidad de la agresión<sup>63</sup>.

Para autores como Cobo/Vives el problema de la naturaleza y la ubicación sistemática de la inexigibilidad está determinado por la posición que se adopte en la esfera del injusto, así, “si se entiende que la infracción del deber pertenece al injusto, entonces la inexigibilidad, cuando menos la general o abstracta, ha de pertenecer también a él; si, por el contrario, se estima que el injusto se halla constituido exclusivamente por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, entonces la exigibilidad e inexigibilidad han de situarse en el ámbito de la culpabilidad”<sup>64</sup>, bajo este argumento consideran que los conceptos exigibilidad e inexigibilidad no deben operar fuera del campo de la culpabilidad.

También resulta interesante la posición de Maurach que con su particular “desdoblamiento”<sup>65</sup> de la atribuibilidad (culpabilidad), en responsabilidad por el hecho y culpabilidad, ha afirmado que la inexigibilidad no se encuentra al final de la teoría de la culpabilidad sino a su comienzo, así, entiende que “el asiento del problema no debe ser buscado en la teoría de la antijuridicidad o de la culpabilidad sino entre ambas”, en aquello que el llama, responsabilidad por el hecho, de forma tal que las causas de exclusión por inexigibilidad son causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho<sup>66</sup>. No menos interesante es la elaboración de Jakobs que reclama la necesidad de un tipo de culpabilidad paralelamente a la situación del tipo de injusto, en donde los elementos de la inexigibilidad se denominan tipo de exculpación (o tipo nega-

<sup>62</sup> Al respecto COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 693.

<sup>63</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA en: Luzón Peña/Mir Puig (edits.), Causas, 1995, 35 s.; Curso PG I, 1996, 577.

<sup>64</sup> COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 691.

<sup>65</sup> Con una expresión de ROXIN, Problemas básicos, 1976, 208.

<sup>66</sup> Vid. MAURACH/ZIPF, DP PG 1, 1994, 552 s.

tivo de culpabilidad) que opera con una función análoga a la de las causas de justificación en el tipo de injusto<sup>67</sup>.

3. La tercera de las alternativas desarrolladas por la doctrina es aquella introducida por Henkel bajo la idea de que la no exigibilidad de otra conducta no es un principio privativo de la culpabilidad, sino más bien, un *principio regulador* e informador de todo el Ordenamiento jurídico y que, como “criterio regulativo jurídico general”, es aplicable a todos los elementos de la teoría jurídica del delito, como inexigibilidad jurídica general en el área del injusto, como inexigibilidad penal general en la tipicidad y, como inexigibilidad individual o subjetiva en la culpabilidad<sup>68</sup>.

La tesis que considera la inexigibilidad como un principio regulativo de carácter general, es la que nos parece más correcta y acorde con la idea de justicia, de ella trataremos con más detalle al fundamentar el tratamiento de los diversos supuestos.

## V. Criterios para la determinación del carácter exigible o inexigible de la conducta

Ya hemos adelantado a través de lo que llevamos desarrollado que han existido —y aún existen— básicamente tres criterios para la determinación de lo exigible e inexigible que sirven de base al juzgador en la valoración del injusto, se habla entonces de un criterio subjetivo, un criterio objetivo y una posición intermedia objetiva-subjetiva.

1. El criterio subjetivo (como vimos al tratar la evolución) tiene su base en Freudenthal y su concepción de la inexigibilidad, así, cuando el sujeto en la situación concreta no tiene la posibilidad de comportarse según los designios de la norma de Derecho, no puede exigírsele la adecuación de su comportamiento a la norma de deber, desaparece entonces con el poder el reproche y con éste la culpabilidad<sup>69</sup>. Para Freudenthal la exigibilidad e inexigibilidad de

<sup>67</sup> Más detalles en: JAKOBS, DP PG, 1995, 596 s.

<sup>68</sup> Mostrándose de acuerdo con los postulados de Henkel, en el sentido de que la inexigibilidad es un “criterio regulativo jurídico general”, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1993, 21-33; tb. en: Fundamentos, LH-Roxin, 1995, 124, n. 43; tb. Luzón Peña/Mir Puig (edits.), Causas, 1995, 21-43; EJBCiv III, 1995, 3552-3554; Curso PG I, 1996, 568-570, 648-651. Referencias al mismo pueden encontrarse tb. en: ROXIN, Problemas básicos, 1976, 202 s.; TORÍO LÓPEZ, CPC 36, 1988, 761; ADPCP 1985, 299; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 33 s., en donde propone llenar de contenido el principio de inexigibilidad atendiendo a un carácter normativo-constitucional; MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 436 s.

<sup>69</sup> MITTERMAYER (citado por SAINZ CANTERO, Lecciones PG, 3.ª, 1990, 720), también defensor del criterio subjetivo afirmaba “que al autor no puede hacersele el reproche



la conducta se determina de acuerdo a un criterio ético-individual de carácter subjetivo que aprecia tanto las circunstancias externas del caso concreto como las circunstancias internas referidas a la situación anímica del autor, al ambiente social y a las condiciones morales y familiares del agente.

Este criterio ha sido mayoritariamente rechazado por conducir a una individualización extrema del juicio de culpabilidad al atender primordialmente al poder concreto del autor además de basarse en principios éticos y morales que no se corresponden con el concepto jurídico de culpabilidad<sup>70</sup>.

2. El criterio objetivo<sup>71</sup>, hace referencia al poder psico-físico no del autor sino del “ciudadano medio” situado en sus mismas circunstancias, los módulos de lo exigible y lo inexigible debían entonces establecerse considerando el hipotético comportamiento que el hombre medio puesto en las circunstancias del autor concreto hubiera llevado a cabo, de suerte que si la conducta no podía serle exigida al hombre medio tampoco podía exigírsele al autor del hecho; en opinión de Goldschmidt, era un error intentar determinar la normal motivación del sujeto atendiendo a las cualidades y capacidad personal de éste en relación con el hecho, más bien, debía basarse en una medida objetiva en donde el poder se haga depender de un deber, es el poder de los otros (el ciudadano medio) el que se vuelve un deber para el autor<sup>72</sup>.

Sainz Cantero, por su parte, es de la opinión que la exigibilidad debe hacerse recurriendo al criterio del hombre medio, pues, este concepto —el del hombre medio—, “está arraigado en la misma naturaleza del ordenamiento jurídico, y al cual tiene que recurrir necesariamente el Derecho para la regulación de muchas de sus instituciones”<sup>73</sup>; además, señala que el legislador dicta normas pensando en el ciudadano que ni adopta actitudes heroicas ante las cuestiones insuperables, ni huye, aterrado por miedo con la menor dificultad, es por ello que considera que el criterio objetivo es el único que permite limitar los excesos que la aceptación del concepto de inexigibilidad puede suponer<sup>74</sup>.

---

de culpabilidad porque no haya alcanzado la altura espiritual del ciudadano medio, pues, la culpabilidad sólo puede ser apreciada individualmente”.

<sup>70</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, La inexigibilidad, 1965, 97 s.; Lecciones PG, 3.ª, 1990, 719 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.ª, 1986, 373; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 26 s.

<sup>71</sup> Su creación se debe a WEGNER, y ha sido defendido por GOLDSCHMIDT, KOLHRAUSCH, E. SCHMIDT y SCHAFFTSTEIN; más detalles en: SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 100 s.

<sup>72</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 100 s.

<sup>73</sup> SAINZ CANTERO, RGLJ 214, 1963, 55 s.

<sup>74</sup> SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 103 s.; Lecciones PG, 3.ª, 1990, 721; también sobre el concepto del hombre medio, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.ª, 1986, 374; BUSTOS RAMÍREZ, DP PG, 4.ª, 1994, 495.

Como todo lo que es objeto de discusión científica al criterio objetivo también se le han formulado objeciones, una de ellas —expuesta por Scarano— es que éste carece de valor normativo pues el concepto del hombre medio se refiere sólo a un tipo de hombre perteneciente a un sector de la sociedad así, afirma, que “para la clase dirigente no podrá ser comprendido el estado de necesidad en los delitos de hurto, como lo es, sin embargo para el hombre de la calle”<sup>75</sup>.

En la misma línea, se expresan en España De Miguel Garcilopez y —más modernamente— Quintero Olivares, para el primero, el criterio en cuestión es un patrón comparativo sumamente abstracto y convencional que representa un trasplante del *bonus pater familias* del Derecho civil al Derecho penal<sup>76</sup>. Para el segundo, el criterio del hombre medio es una referencia comparativa de carácter objetivista y generalizador apoyado en un paralelismo ajeno a la persona concreta que se juzga y que nada tiene que ver con el juicio personal (sobre la relación entre el autor y su hecho) que pretende ser la culpabilidad. Por otra parte señala que una valoración sociológica arrojaría que buena parte de los delincuentes no son por definición hombres “normales” o “medios” con lo que además resulta que la medida de lo exigible y lo inexigible se realiza con base a un “grupo humano teórico al que el delincuente quizá no pertenece, lo que implica una *igualación artificial e injusta*”<sup>77</sup>.

**3.** El criterio mixto (objetivo subjetivo) está en correspondencia con los postulados de Henkel y aquellos que como él ven en el concepto de inexigibilidad un “principio regulativo de carácter jurídico general”, de esta forma, el criterio objetivo se aplicará para la determinación del carácter exigible o inexigible de la conducta en sede de tipicidad (como inexigibilidad penal general) y antijuridicidad (como inexigibilidad jurídica general), es decir, que se examinará la cuestión utilizando el baremo del hombre medio situado en el lugar del autor, en los mismos términos expuestos en el apartado anterior. El criterio subjetivo se aplicará para determinar el carácter exigible o inexigible de la conducta en sede de culpabilidad (como inexigibilidad individual o subjetiva) partiendo de la conducta y condiciones del autor determinado, pues, además de las condiciones en las que actuó se deben contemplar todas sus condiciones personales, sus cualidades y capacidades especiales si las tiene.

<sup>75</sup> Detalladamente SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 102.

<sup>76</sup> DE MIGUEL GARCILÓPEZ, ADPCP 1952, 54, n. 5.

<sup>77</sup> QUINTERO OLIVARES, Curso, PG, 1996, 329.

## VI. Supuestos de aplicación del principio de inexigibilidad

Según hemos venido planteando la inexigibilidad como “principio regulativo jurídico general”<sup>78</sup> desarrolla su nivel de influencia en todos los elementos de la teoría del delito, traduciéndose en inexigibilidad jurídica general excluyente de la antijuridicidad del hecho, como inexigibilidad penal general excluyente sólo de la tipicidad y como inexigibilidad individual o subjetiva excluyente de la culpabilidad, de ello trataremos con más concreción en los apartados que siguen<sup>79</sup>.

### 1. Inexigibilidad jurídica general

Los supuestos de inexigibilidad general están referidos a situaciones en las que el Ordenamiento jurídico no puede o no quiere exigir a sus destinatarios mayores sacrificios que los propios que supone el cumplimiento de sus normas en situaciones normales, de modo que, ante circunstancias especiales —en principio constitutivas de un injusto penal— de colisión o conflicto de intereses jurídicamente protegidos en las que se lesiona uno de dichos bienes, los niveles de exigencia ceden a favor del hipotético agresor en atención a que el Derecho no podría exigir de nadie la abstención de cometer el hecho.

Como bien ha señalado Luzón Peña en estos casos la inexigibilidad jurídica general opera como una *causa de justificación supralegal* basada en “criterios sociales y jurídicos del Derecho en general, unas veces plasmados expresamente en la ley, y otras derivados de principios jurídicos generales” que excluyen toda la antijuridicidad y que lejos de lesionar el principio de legalidad penal contribuyen a dar una solución justa a cada caso, en concordancia con las otras causas de justificación legalmente reconocidas<sup>80</sup> y las valoraciones generales del Derecho<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Esta parece ser la posición asumida por el Proyecto de Código penal de la República de Nicaragua —PCPRN— al establecer el criterio de la exigibilidad (inexigibilidad) como una de las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal (art. 34. “Está exento de responsabilidad criminal quien:”), en su circunstancia 10.<sup>a</sup> (“realiza una acción u omisión en circunstancias en la cual no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó”).

<sup>79</sup> Para precisar las diferencias entre causas de justificación y causas de atipicidad, vid. LUZÓN PEÑA en: Luzón Peña/Mir Puig (edits.), *Causas*, 1995, 27 s.; Curso PG I, 1996, 564 s.

<sup>80</sup> LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 650, se refiere a aquellas causas de justificación en las que opera como fundamento la inexigibilidad general, así en el estado de necesidad este criterio se toma en cuenta junto a la ponderación de intereses en conflicto.

<sup>81</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, EJBCiv III, 1995, 3552; Luzón Peña/Mir Puig (edits.), *Causas*, 1995, 31 s.; Curso PG I, 1996, 648 ss.; en sentido parecido, MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.<sup>a</sup>, 1998, 436 s.

Las manifestaciones concretas del principio de inexigibilidad —como inexigibilidad jurídica general— las podemos encontrar, de una parte, en situaciones de estado de necesidad (art. 20.5.º CP) en las cuales está justificada la lesión de un bien jurídico en aras de la salvación de bienes o intereses superiores o equivalentes. También se encuentra una clara expresión del principio de inexigibilidad en los delitos de omisión del deber de socorro (art. 195 CP<sup>82</sup>)<sup>83</sup> y omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución (art. 450 CP<sup>84</sup>)<sup>85</sup>. En estos delitos la fórmula expresa “sin riesgo propio ni de terceros” o “sin riesgo propio o ajeno” que ambos artículos mencionan se refiere a una situación de inexigibilidad (generalmente reconducible a la exigente genérica del estado de necesidad) que excluye la antijuridicidad si el riesgo para el omitente o para un tercero es igual o mayor al peligro en que se encuentra la víctima<sup>86</sup>.

Con relación al delito de Omisión del deber de socorro del artículo 195 1. CP (art. 160 PCPRN), la doctrina prácticamente unánime ha reconocido en él una manifestación expresa del principio de inexigibilidad, en lo que no hay unanimidad es en el área concreta en la que este principio desarrolla sus efectos, así algunos —entre los que nos contamos— piensan que debe constituir un caso de inexigibilidad jurídica general cuando el riesgo de lesión de

---

<sup>82</sup> Art. 195. “1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, *cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros*, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses. 2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno. 3. Si la víctima lo fuere por accidente *ocasionado fortuitamente* por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, y si el accidente se debiere a *imprudencia*, la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses”.

<sup>83</sup> En el PCPRN, al delito de omisión del deber de socorro se lo ubica en el art. 160 del mencionado PCPRN, bajo el título “Omisión de auxilio”, concediéndole, además, una particular redacción que se desprende del requisito del desamparo —requisito que sí se exige, en cambio, en el delito de exposición de personas al peligro del art. 159-.

<sup>84</sup> Art. 450. “1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y *sin riesgo propio o ajeno*, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos salvo que al delito no impedido correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél. 2. En las mismas penas incurrirá quien, *pudiendo hacerlo*, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuyo próxima o actual comisión se tenga noticia”.

<sup>85</sup> Con idéntico contenido el art. 430 del PCPRN.

<sup>86</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, EJBCiv III, 1995, 3553; Curso PG I, 1996, 569 s., 650 s.; DPCir, 2.ª, 1990, 182.

los bienes o intereses del omitente o de un tercero son iguales o mayores a los bienes o intereses en peligro de la víctima, operaría como una causa de justificación<sup>87</sup>; en el caso de que los bienes o intereses en riesgo sean de menor valor que los bienes o intereses en peligro, podría, al no mencionarse en el tipo de los art. 195 y 450 CP (arts. 160 y 430 del PCPRN) el nivel de riesgo para el omitente, afirmarse que ante un riesgo menor se apreciará una situación de inexigibilidad penal general —excluyente sólo de la tipicidad penal—, afirmación ésta que no estaría exenta de discusión, en cualquier caso, habrán casos en los que podría apreciarse también una situación de inexigibilidad individual —generalmente reconducible a la eximente de miedo insuperable—, sobre ello, *infra* 3.

Otra posición que podemos encontrar es la defendida por quienes entienden que la cláusula de inexigibilidad expresamente mencionada constituye un elemento del tipo negativamente formulado que de existir (previa ponderación de intereses) excluye la tipicidad de la conducta pero no su antijuridicidad<sup>88</sup>, frente a ellos existe otro sector para los que constituye una causa de exclusión de la culpabilidad, es decir, opera siempre como inexigibilidad jurídica individual<sup>89</sup>.

Del contenido del precepto en cuestión es correcto deducir que, en este caso, el legislador no ha establecido límite alguno a la clase de riesgo que el omitente

---

<sup>87</sup> Especialmente, LUZÓN PEÑA, EJBCiv III, 1995, 3553; Curso PG I, 1996, 569 s., 650 s. Por su parte, RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro, 1966, 213 s., considera la cláusula en el delito de omisión de socorro como una causa de justificación pero no la basa en el principio de inexigibilidad. Como causa de justificación, MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 33 s., buscando incluso un fundamento constitucional para la justificación de casos problemáticos (uno de ellos el art. 195.3 CP); expresamente como causa de justificación, BAJO FERNÁNDEZ en: Bajo Fernández/Díaz-Maroto, Manual PE, 2.ª, 1991, 77; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.ª, 1995, 644, en cambio, la considera un “elemento negativo del tipo del injusto”; MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 436, por su parte, afirma que en estos o bien se excluye directamente el tipo —como tipo indiciario— o la antijuridicidad de la conducta a través de la eximente genérica del estado de necesidad.

<sup>88</sup> En opinión de SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 75 s., ésta era la posición que Henkel mantenía en relación con el § 330c del Código penal alemán —StGB— (hoy 323c StGB); también parece ser ésta la idea de JESCHECK, Tratado, PG I, 1981, 688; tb. en PG II, 1981, 870; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.ª, 1986, 372, 565; SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 307; HUERTA TOCILDO, Problemas, 1987, 209; LL 1983-4, 1052; RFDUC 68, 1983, 52; MAQUEDA ABREU, Los delitos, 1988, 97.

<sup>89</sup> De este punto de vista, entre otros, SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 78, 145 s.; RGLJ 214, 1963, 73 s.; por su parte MAURACH/ZIPF, DP PG 1, 1994, 555, en relación con el 323c StGB, lo consideran causa de exclusión de la punibilidad.

o un tercero deben de soportar para justificar la omisión<sup>90</sup>, por lo que — desde nuestro punto de vista— no hace falta que el riesgo sea objetivamente mayor que el peligro concreto sufrido por la víctima para que la conducta quede justificada sino que, al mismo tiempo, puede constituir un riesgo equivalente y también quedar justificada a través de los principios de ponderación de intereses y inexigibilidad general propios del estado de necesidad<sup>91</sup>.

Todo lo dicho en relación con el artículo 195.1 CP aplíquese también para el tratamiento del artículo 450 CP (art. 430 PCPRN).

## 2. Inexigibilidad penal general

Además de los casos de inexigibilidad general puede haber supuestos en los que desde otros ámbitos del ordenamiento jurídico sí sea exigible la abstenición o realización de una determinada conducta, sin embargo y pese a ello no ser exigible desde el punto de vista penal, como señala Luzón Peña son casos en los que no “conviene exigir con tanta dureza la conducta totalmente correcta, sacrificada, solidaria, etc.”<sup>92</sup>, en este caso se habla de una inexigibilidad penal general excluyente de la tipicidad.

Sin perjuicio de que existan otros casos de inexigibilidad penal general ésta es aplicable a casos como los establecidos por los art. 410.2, 195 y 450 CP. El primero de ellos se refiere a situaciones de desobediencia (por parte de funcionarios) a órdenes o mandatos manifiestamente infractores de preceptos legales de carácter general, pero que pese a ello su desobediencia pudiera generar responsabilidad disciplinaria por no ser actos nulos sino sólo anulables.

El segundo caso, se trata del delito de omisión del deber de socorro que (todo lo aquí dicho es en líneas generales también aplicable al tercero art. 450 CP), además de constituir un supuesto de inexigibilidad general en los términos apuntados, ‘podría’ constituir un caso de inexigibilidad penal general en aquellos casos en los que el riesgo sea objetivamente inferior (de poca gravedad) al peligro concreto sufrido por la víctima, la conducta pese a no estar justificada es atípica e irrelevante desde el punto de vista penal aunque — como vimos—, siga siendo antijurídica para otra u otras ramas del Derecho.

<sup>90</sup> Así, ALAMILLO CANILLAS, La solidaridad, 1962, 117; POLAINO NAVARRETE en: Cobo Del Rosal (dir.), Manual PE I, 1993, 517.

<sup>91</sup> En este sentido, LUZÓN PEÑA, EJBCiv III, 1995, 3552 s.; Curso PG I, 1996, 569 s., 650 s.; tb. SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1988, 565, considera que la cláusula “sin riesgo propio ni de tercero” contiene un contrapunto liberal que iba más allá de los términos de la eximente de estado de necesidad.

<sup>92</sup> LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 569.

Especial problemática representa el inciso 3º del art. 195, que se refiere a la omisión de socorro cometida por aquel que con un acto anterior fortuito o imprudente ha creado la situación de peligro para la víctima, el tema gira en torno a que si el riesgo de sufrir una sanción penal por el hecho anterior cometido (cuando fuere imprudente), puede ser suficiente como para generar una situación de inexigibilidad (invocando un derecho de autoprotección o de autoencubrimiento). A juicio de Maqueda Abreu, en este caso no puede exigírsele al omitente que con su auxilio se arriesgue a sufrir el perjuicio personal inherente a la persecución penal, se debe —a su juicio— realizar una ponderación, siquiera mínima de los intereses en conflicto “teniendo en cuenta la relevancia del riesgo que representa la realización de la acción de socorro y en particular si afecta a un bien jurídico tolerante como la libertad” objeto de restricción cuando se impone una pena de prisión<sup>93</sup>.

En estas situaciones se pregunta si sobre la base del principio de inexigibilidad cabría justificar la conducta de quien para evitar el descubrimiento de un delito anterior realiza uno nuevo; sobre esto, la opinión dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es aquella que niega la legitimidad de un derecho a la autoprotección o autoencubrimiento cuando ello supone la comisión de un nuevo injusto.

La posición dominante en la doctrina y jurisprudencia española es la que nos parece correcta pues, como ha señalado Díaz y García Conlledo<sup>94</sup>, la acción de socorrer a la propia víctima no supone bajo ningún punto de vista una declaración de culpabilidad por parte del que presta su socorro y mucho menos un acto de confesión, por lo que ,en contra de lo que algunos esgrimen, no se violenta el art. 24.2 CE<sup>95</sup>.

### 3. Inexigibilidad Individual

Cuando de las circunstancias particulares del sujeto se desprende que a él en concreto en la situación en que actuó no podía exigírsele una conducta distinta debido a la especial presión motivacional que sufría o a sus especiales relaciones parentales que le unían a un tercero al que encubre, se puede decir que estamos ante casos de inexigibilidad individual o subjetiva excluyentes de la culpabilidad.

---

<sup>93</sup> MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 33 s., argumentando que la justificación podría realizarse por vía del ejercicio legítimo de un derecho al autoencubrimiento (como prolongación del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable del 24.2 CE).

<sup>94</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en: Derecho de la circulación, 1993, 226 ss.

<sup>95</sup> Por su parte SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1988, 565, señala que es necesario valorar cada caso concreto y determinar si procede o no la aplicación del principio de inexigibilidad.

# Derecho Procesal

## II





# Sobre la participación popular en la justicia penal<sup>1 2</sup>

Ernesto Pedraz Penalva  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Valladolid

## I. Introducción

1. Ante el incontrolado y abrumador prurito reformista que en los últimos años nos ha visto en España parece aconsejable una serena meditación capaz de desbrozar los institutos esenciales codificados precisando su originario valor y actual permanencia. Parar y pensar al menos un instante es sobremanera ineludible por cuanto no raras veces tal afán reformista compulsivo aparece insuficientemente justificado por razones científicas y/o forenses a la vez que, en sensible grado y con excesiva frecuencia, explicable por el irreprimible deseo del aspirante de turno a legislador en pasar a la Historia como un

---

<sup>1</sup> Este trabajo fué mi ponencia presentada a la International Conference Lay Participation in the criminal Trial in the 21<sup>st</sup> Century, Siracusa, Italy, 26-29 may 1999.

<sup>2</sup> Abreviaturas utilizadas: ADR (Alternative Dispute Resolutions); AG (Attorney General), CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22.11.1969), CE (Constitución española de 1978), CEDH (Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4.11.1950), CGPJ (Consejo General del Poder Judicial en la actualidad regulado por la LOPJ de 1985), Cód.pen (Código penal español de 1995); CrimLR (Criminal Law Review); CPPP (Código de processo penal portugues), CPPFr (Code de Procédure Pénale, francés), CPS (Crown Prosecution Services); DSSC (Diario de Sesiones de las Cortes españolas); DSSCC (Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes españolas); DUDH (Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10.12.1948); EstMF (Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por L.50/1981 de 30 de diciembre); LECrim (ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882); LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, española); LOTJ (Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 de 26 de mayo, modificada por LO 8/1995 de 16 de noviembre y por LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código penal); LRJAPyPAC (Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), MF (Ministerio Fiscal), MP (Ministerio Público); ÖstPO (Österreichische Strafprozessordnung. Ordenanza procesal penal austríaca), PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19.12.1966), CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22.11.1969), POA (Prosecution of Offences Act, de 1985. STPO (Strafprozessordnung. Ordenanza procesal penal alemana), TC (Tribunal Constitucional español), TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo), TS (Tribunal Supremo español).

nuevo Alonso Martínez<sup>3</sup>. Ello además con menosprecio de la previsibilidad y permanencia, notas intrínsecas a toda ley.

Esta prudente actitud parece más necesaria ante un texto como el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alabado por todos y que pese a su parcial destrozado durante este siglo merecería acaso su mantenimiento, aunque adaptándolo armónica, coherentemente y de consuno con una literatura y jurisprudencia no particulares. Sin duda alguna es predicable otrosí una cuidadosa y ponderada reflexión en la hipótesis de su total reforma, huérfana de prepotencias y sectarismos ajenos a los avances científicos asumidos por la bibliografía y a la realidad jurídica y orgánica/procesal en cuanto sus naturales destinatarias. El derecho comparado ofrece ejemplos de esta alternativa; constataré la primera en países como Alemania, Austria y Francia que por ahora han optado por la adaptación del viejo texto, y en otros como Portugal e Italia que eligieron el camino de la plena renovación.

En la anunciada línea de cuestionar la validez y vigencia de instituciones predicadas como esenciales por definitorias del hoy aplicable sistema procesal criminal, siempre recomendable pero con mayor intensidad sentida en los albores del siglo XXI, me centraré en la participación popular y en sus diversas modalidades. Este objeto de estudio constituye uno de los “tópicos” presentes en los países continentales y en los anglosajones. Entre nosotros, en algunas de sus manifestaciones, es defendida por una literatura, una práctica y una legislación, al menos sospechosas de actitudes ideológicas y utópicas, en cuanto instrumentos de manipulación al mismo tiempo que de consolidación de privilegios y prerrogativas.

No es posible afrontar un tema como el propuesto sin sentar unas premisas sólo desde las cuales es factible entender su originaria intelección y pervivencia. Aludo al concepto liberal de ley (con sus notas de generalidad, especificidad e irretroactividad) y/en la distinta formulación constitucional prevalente en el mundo anglosajón y continental con sus inmediatas consecuencias<sup>4</sup>, pero además, y así conexamente, a la noción liberal y postliberal de la Justicia incidiendo en las diversas vías de intervención de elementos populares, ya activamente: en el momento de la acusación y/o en el de enjuiciamiento, ya pasivamente: con la exaltación de la publicidad, en especial la mediática.

El estudio de la participación popular en el orden procesal penal ha de comenzar con su previo encuadre histórico analizando las diferentes modalida-

---

<sup>3</sup> Como es sabido en nuestro ámbito, el gran jurista decimonónico ALONSO MARTÍNEZ es reconocido por su importante papel en las codificaciones decimonónicas atribuyéndosele en especial el prólogo de la vigente LECrim.

<sup>4</sup> Entre nosotros: codificación, juez profesional, etc.

des, calidades y momentos en que puede llevarse a cabo, siempre arrancando de su formulación continental —en matizada diversidad de la del “common law”- con origen ya directo ya indirecto en el liberal “code d’instruction criminelle” francés de 1808. En el tema de la acusación popular abordo sumariamente las distintas soluciones legales habidas en algunas naciones como Alemania, Francia, Italia y Portugal, acaso ilustrativas de la orientación crítica aquí defendida para España.

2. Es conocido desde la lectura dinámica de la doctrina de la división de poderes de MONTESQUIEU<sup>5</sup> el rechazo del juez profesional en estrecho vínculo con el concepto de ley en esencia desde entonces defendido. Ya no era admisible en el siglo XVIII un concepto de ley como expresión de voluntad de los poderes del Estado con potestad para ello, pues según MONTESQUIEU (“L’Esprit des lois”<sup>6</sup>) “Las leyes no son mas que las relaciones que derivan de la naturaleza de las cosas; y en este sentido todos los seres tienen sus leyes”. Para MONTESQUIEU, “La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu’elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s’applique cette raison humaine”; “veritas non auctoritas facit legem”<sup>7</sup>.

Autores como Carl SCHMITT defienden que no es la Ley un *stat pro rationae voluntas*<sup>8</sup> y tampoco un mero instrumento técnico para garantizar los derechos y libertades preexistentes.

El art.6 de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano<sup>9</sup> proclama que “la ley es la expresión de la voluntad general...”<sup>10</sup>. Son notas que la ca-

<sup>5</sup> Extensamente, PEDRAZ PENALVA, E, “De la jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu”, en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, edit. Akal, 1990, pp 9 y ss.

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce*, etc., en *Oeuvres complètes*, texte présente et annoté par Roger Caillois, II, Paris, 1951, Première partie, Liv.I, chap.I, p.232

<sup>7</sup> Invirtiéndose así la frase de HOBBS, T., auctoritas non veritas facit legem” (*Leviatan*, ed.de C.Moya y A.Escohotado, Madrid, 1979, cap.XXVI :[De las leyes civiles]), pp.346 y ss., Vid.sobre ello a SCHMITT, C., *La dictadura*, Madrid, 1968, pp.53 y ss

<sup>8</sup> Matizadamente SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, p.150, dice que “...Ley no es la voluntad de uno o de muchos hombres, sino una cosa general-racional; no voluntas, sino ratio...”

<sup>9</sup> Según recuerda HABERMAS, op., cit., p.72, ya LOCKE vincula la ley públicamente formulada a un “common consent”,

<sup>10</sup> Adoptada por la francesa Asamblea Nacional Constituyente en 26 de agosto de 1789. Nótese que al continuar el precepto diciendo:“...Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente o a través de sus representantes, en su formación”, los constituyentes no resolvieron la opción: democracia directa/ democracia

racterizan la generalidad, la especificidad y la irretroactividad. ROUSSEAU<sup>11</sup> mantuvo la exigencia de una formulación general al decir que la ley ha de considerar a los súbditos *en masse* y las acciones en abstracto, jamás a un hombre como persona particular y nunca un acto individual. Así la ley puede muy bien estatuir que habrá privilegios, pero no puede conferirlos a nadie en especial...en una palabra, toda función que tenga un objeto particular no corresponde al poder legislativo". A la especificidad alude HEGEL afirmando que no basta con la generalidad dado que "...sólo al devenir el derecho en ley alcanza la forma de su generalidad y su verdadera determinación. Por lo tanto, se debe considerar en la naturaleza de la legislación no meramente el aspecto formal, por el que algo es expresado como regla de conducta válida para todos, sino que lo esencial es, ante todo, el conocimiento de su contenido reconociendo que participa de una generalidad específica y definida"<sup>12</sup>.

Todas las garantías de la revolucionaria declaración de derechos francesa de 1789 radican en la supremacía de la ley, tipificada pues por su generalidad, abstracción e irretroactividad<sup>13</sup>. Así en el art.7 el derecho a no ser encarcelado ni detenido más que en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas por ella. La ley es así un juicio hipotético acerca de la conducta futura, un precepto por ende para un número indefinido de supuestos determinados. Una ley retroactiva abarca casos concretos que pueden contarse, ocultos tras el lenguaje de una ley general y por lo tanto es en realidad una adición mecánica de medidas individuales. La generalidad de la ley entraña la doctrina de un judicial separado. Si la ley debe ser abstracta, si ha de regular un número desconocido de casos futuros, su aplicación a los supuestos concretos no puede quedar en manos de quienes dictan la regla general. Así los jueces –también los administradores– están sometidos a la ley en su tarea de subsumir un caso específico en una ley general. El sistema legal liberal se asienta en la consistencia lógica de la ley. Se estima que el sistema legal debe ser cerrado, de modo que el parlamento es el único que puede crear leyes mientras que el juez ha de remitirse a las leyes existen-

---

representativa, subsistiendo pues la alternativa: poderes constituyentes/poderes constituídos, con las importantes repercusiones posteriores.

<sup>11</sup> ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social. Écrit politiques*, en *Oeuvres complètes*, III, Bibliothèque de la Pléiade. ed. Marcel Raymond et B.Cagnégin,

<sup>12</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4Aufl, en Georg Wilhelm Friedrich HEGEL *Sämtliche Werke* (Jubiläumsausgabe im zwanzig Bänden), Stuttgart, 1964, § 211, pp. 287-88

<sup>13</sup> De permanencia en lugar de irretroactividad habla HABERMAS, J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied und Berlin, 5 Aufl. 1971, p.71, agregando que "La ley, en el sentido de normas generales, abstractas y permanentes, a cuya simple realización ha de ser reducida la soberanía, contiene una racionalidad en la que converge lo recto con lo justo".

tes<sup>14</sup>. De este modo, en la medida en que la ley expresa la voluntad de todos, acoge la experiencia más general, es el instrumento óptimo para garantizar los derechos<sup>15</sup>.

En el grado en que prima el poder constituyente y así la democracia directa y el mandato imperativo existe una permeabilidad total entre los contenidos sociales afirmados generales y su formalización pública a través de la ley.

Con la prevalencia del poder constituido, democracia representativa y mandato - lógicamente representativo -, aunque sigue manteniéndose la verdad social de la experiencia general concretada en la ley, se agregan estabilidad, continuidad y seguridad a los nuevos poderes constituyentes post-revolucionarios, a los que se otorga autonomía respecto de la sociedad civil. Desde esta segunda perspectiva se estima innecesaria la continua y permanente movilización de los ciudadanos como sujetos políticamente activos, exigiéndoles el respeto de la ley, garantizándoseles por la Constitución y los poderes públicos el ámbito preciso para desarrollar su vida privada: mercantil, financiera, familiar, etc., reservándose la "res publica" los mas "honorados", en su calidad de representantes democráticamente elegidos a través del procedimiento electoral previsto<sup>16</sup>.

Para soslayar la aleatoriedad/inseguridad en los derechos y libertades, ínsita en las variables opciones políticas constituyentes, se hizo preciso, desde el entendimiento de la Primera Norma como instrumento organizativo de los poderes públicos más que como acto de fundamentación y tutela de los derechos y libertades, positivizar la "libertad, vida y propiedad" y los derivados de ésta: contrato, herencia, etc.<sup>17</sup>, lo que, cumpliendo el compromiso de la Constitución de 1791, se plasmó en el código civil francés de 1804 que como norma permanente y estable sanciona la igualdad formal en las posiciones jurídicas subjetivas legalmente reconocidas. Consecuencias de la creación de un derecho positivo estatal fueron: la naturaleza programática de la Ley Fundamental con sus declaraciones de derechos; la progresiva

---

<sup>14</sup> Recordemos ese texto de Cesare Bohesana Marqués de BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. De Juan A. De las Casas, facsimil del impreso en Madrid, MDCCLXXIV, con prólogo de Tomas y Valiente, Madrid, 1993., p.14 "...solo las Leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el Legislador, que representa toda la Sociedad unida por el contrato social. Ningun Magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar á su voluntad penas contra otro individuo de la misma Sociedad..."

<sup>15</sup> Expresión fiel de tal concepción fue la intervención del Diputado republicano SERRACLARA en las Cortes Constituyentes en 24 de mayo de 1869 -DSSCC, núm.81, p.2280, transcrita más adelante en el texto.

<sup>16</sup> Así HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung*, 3 Aufl., Frankfurt a.M, 1993

<sup>17</sup> Que para LOCKE son preestatales.

profesionalización del juez llamado a la aplicación, primeramente exegética, del nuevo sistema normativo que se considera suficiente y cerrado; su inmediato empleo como instrumento de consolidación/profundización del nuevo orden social liberal<sup>18</sup>...

Lo que importa resaltar es que liberalmente la ley positiva se afirma fruto de lo social y en esa medida se predica verdadera y conocida por todos, máxime por los que intervienen en su concreción formal, indirectamente en su calidad de electores y directamente como miembros de la clase política elegida. Fue el Abate Sieyès en pleno período revolucionario quien empero puso de manifiesto, al informar sobre la Tercera Clase como representante de la Nación (“Qu’est-ce que le Tiers-État?”), que no hay una comprensión mayoritaria “...de la masa de ideas comunes integrantes de la opinión pública”<sup>19</sup>.

En su camino hacia el Régimen liberal los ciudadanos, mediante el sufragio censitario y su paralelo jurado censitario<sup>20</sup>, controlan el contenido esencial de la ley –su predicada coincidencia social-<sup>21</sup> tanto en el momento de su crea-

<sup>18</sup> Me sigue pareciendo de imprescindible consulta la discusión entre THIBAUT y SAVIGNY en torno a las ventajas e inconvenientes de la codificación alemana, sobre ello vid. THIBAUT, “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania”, 1814, SAVIGNY “De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho”, 1814, ambos recogidos con un estudio introductorio de J. STERN, las adiciones de SAVIGNY y los juicios de autores contemporáneos como SCHMID, PFEIFFER, ALMENDINGEN, SCHRADER, MORSTADT, FEUERBACH, SCHILDNER, SCHLICHTEGROLL, publicado en Madrid, edit. Aguilar, Trad. José Díaz García, 1970.

<sup>19</sup> Bien es cierto que así el Abate Sieyès diferencia al filósofo y al político, a los que incumben tareas diversas; precisamente a través de la declaración de la verdad posibilita el filósofo la formación de la opinión pública, lo que es esencial cuando dicha opinión dicta sus leyes incluso a los legisladores.

<sup>20</sup> De ineludible consulta es MARAT (“Un nuevo ideal político”, en *Textos escogidos*, Barcelona, 1973) según cabe deducir del siguiente fragmento: “Para echar polvo en los ojos y hacer creer que la Constitución está realmente fundada en los principios enunciados en la declaración de Derechos, los titiriteros de los comités de redacción, la han acompañado del decreto que abole los títulos...y cualquier privilegio que atente contra el derecho común de todos los franceses. Pero es falso que los Padres conscriptos hayan, como pretenden, abolido toda institución que hiera la libertad e igualdad de los derechos; puesto que han comenzado por establecer como base de su trabajo las más humillantes decisiones, las más injuriosas e injustas, al excluir del derecho de ciudadanía, la legibilidad en los cargos públicos y del honor de servir a la patria, a la innumerable clase de los desposeídos, declarados inactivos, no hábiles como electores, administradores, jueces y representantes del pueblo con sus Decretos sobre la contribución directa de las tres jornadas de trabajo, de las diez jornadas de trabajo y del marco de plata, no han hecho sino sustituir las distinciones del nacimiento por las de la fortuna, la influencia de las dignidades por la del oro, la más vil y funesta de las prerrogativas...”, recogido ya en mi trabajo “Sobre el significado y vigencia del jurado”, en *Constitución, Jurisdicción y...*, cit., p. 70

<sup>21</sup> O en expresión de HABERMAS, J, *Theorie und Praxis*, Darmstadt und Neuwied, 1963, suministrando los medios organizativos para la construcción de un orden social gene-

ción pública (en su calidad de legisladores<sup>22</sup>) como en el también público de su aplicación judicial, ora mediante su intervención personal activa instando su observancia (acusación popular, particular, etc.) y/o imponiéndola al juzgar (jurados), ora a través de la percepción del desarrollo procesal: publicidad. En la medida en que la positivación jurídica propicia un juez inamovible, perito en derecho, etc, la participación popular pasiva, publicidad, y la activa en colaboración más ó menos intensa con el MP, se estima más relevante, en especial con la supresión del jurado censitario.

En un apretado y unilateral resumen, destacaré pues que la participación popular en el momento de concreción procesal de la ley, en sede criminal se resuelve, pasivamente, mediante el control de la actuación pública del órgano jurisdiccional, pero activamente a través de su intervención en calidad de acusación y/o como integrante del Tribunal: jurado/escabinado.

3. La subsistencia en España de la acusación popular, también puesta en entredicho decimonómicamente pero en cualquier caso mantenida en la legislación procesal criminal con escasísima utilización en la práctica, al mismo tiempo que la tardía “generalización” del jurado por mor de la Ley de 1888 con irregular valor y permanentemente discutido funcionamiento, quizás cupiera ser aprehendida habida cuenta lo siguiente. La *legal organización* de la Justicia se plasmó en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, rubricada intencionadamente “Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial”<sup>23</sup>. Tal *provisionalidad* sólo es inteligible cual fruto coherente de quienes conociendo la inexistencia de los Tribunales para los que se promulgó y de un cuerpo “organizado”<sup>24</sup> de jueces y magistrados, pretendían su instauración aunque se adelantaran al publicar en 22 de diciembre de 1872 la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a regir el 15 de enero siguiente, sin que v.gr. se hubieren creado los jueces de instrucción y los Tribunales de Partido<sup>25</sup>. La restauración monárquica en 1874 provocó tras la supresión del jurado, del juicio oral y público, etc., y la depuración en el personal de la Justicia, una confusión acerca de las normas procesales penales aplicables resolviéndose en un primer momento con la Compilación de 1879 y después

---

ral. Acerca del papel de creación del nuevo orden ya liberal en nuestro país, vid. PEDRAZ PENALVA, E., “De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano”, en *Constitución, Jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, pp.43 y ss, también aparecido en la RAP, 1976, enero-abril, núm.79, pp.145 y ss.

<sup>22</sup> Mediante el sufragio censitario y el instituto de la representación por los más honorados.

<sup>23</sup> Que por cierto subsistió 115 años hasta la promulgación de la vigente Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>24</sup> Me estoy refiriendo a jueces profesionales, inamovibles de verdad, responsables, dotados de la experiencia necesaria para asumir en plenitud su tarea, etc.

<sup>25</sup> Asimismo provisionalmente subsanado confiriendo sus atribuciones a los jueces de primera instancia y a las Salas de lo criminal de las Audiencias.

con la vigente LECrim de 1882, y de nuevo aparecía una sensación de inestabilidad en los jueces y magistrados en demérito de su independencia e imparcialidad..

Con significativos precedentes anteriores<sup>26</sup>, entre 1870 y 1882, y aún avanzado el siglo XX, una abundante normativa contiene el papel de los jueces en

<sup>26</sup> De este modo tenemos el RD de 22 de septiembre de 1837, por el que se creó una Junta para «auxiliar» al Ministerio en el «arreglo del personal de los Tribunales tendente a coordinar el principio de inamovilidad judicial (art.66 de la Constitución de 1837) (garantizado legalmente con gran diferencia de como aparecía en el Proyecto Isturiz con los planteamientos constitucionales», resultando de dicha coordinación la necesidad de una «depuración política de los Jueces» . GARCIA-GOYENA y AGUIRRE, *Febrero*, T.V, Madrid 1842, pp.198-199, recogen que «En agosto y setiembre de 1835 hubo un movimiento, y á principios de octubre se mandó de Real órden la formacion de un espediente general en cada Audiencia comprensivo de todos los empleados en el ramo judicial, magistrados, jueces, subalternos y procuradores. Nadie se escapó de aquella pesquisa ó purificacion general; el juez informaba de los subalternos de su juzgado; el gobernador civil solia informar del juez; y ocurrió que por los malos informes del juez era separado un escribano, prócurador ó alguacil del juzgado, y por los del gobernador civil acerca del mismo juez era separado éste. Hubo todavía mas; se recogieron los títulos á muchos escribanos sin ser de juzgados, y siendo propietarios de las escribanías. En agosto de 1836 ocurrió otro movimiento, y en 22 de setiembre prócsimo se espidió por Gracia y Justicia el real decreto siguiente: 'Siendo urgente proceder á la calificacion de los magistrados y jueces que deben continuar desempeñando las augustas funciones de administrar justicia, como de los que hayan de ser llamados á ejercerlas, por medio de un ecsámen detenido, imparcial y circunspecto, que al paso que dé seguridad y consideracion al que sea digno de ella, separe de una clase tan importante como influyente al que por sus antecedentes y conducta no merezca pertenecer á la misma; deseando obrar en asunto tan delicado ... y preparar asimismo la organizacion del poder judicial para cuando sea dable hacerla sobre el principio de la inamovilidad de que carecen los actuales magistrados y jueces...he venido...en decretar lo siguiente: Art.1º Se formará una junta compuesta de cinco sugetos eminentes en virtud, saber y patriotismo para preparar el arreglo de los Tribunales y juzgados del Reino. Art.2º. Esta junta procederá inmediatamente á la calificacion de los magistrados y fiscales...A este efecto se le pasaràn todos los espedientes que sean conductentes y ecsistan en la secretaría de vuestro cargo, pudiendo la junta ampliarlos por medio de informes que pedirá á los gefes políticos, diputaciones provinciales, ayuntamientos y otras personas d4e la mayor confianza, quienes deberán evacuarlo sin escusa, y en manera razonada.... En septiembre de 1840 -siguen GARCIA GOYENA y AGUIRRE en la op.,cit., pp.200-201- hubo un pronunciamiento: casi la mitad de los magistrados y muchos mas de la mitad de los jueces fueron lanzados de sus plazas con el título de suspensión, que se convirtió en cesantía como la de tantos otros empleados que se hallaron en el mismo caso, por la órden de la Regencia de 16 de noviembre... De todos los magistrados suspensos ó separados no sabemos que hayan sido repuestos sino dos. (Vid. concretamente p. 201). La misma regencia provisional espidió por Gracia y Justicia el decreto siguiente declarando la inamovilidad de los magistrados y jueces. ESPOSICION «La buena administracion de justicia...ecsige esencial y necesariamente la independencia del poder judicial;



el tránsito hacia el Estado Liberal. Según avancé hace tiempo<sup>27</sup>, la jurisdicción en nuestro siglo XIX se presenta como instrumento esencial del nuevo régimen, pero no únicamente instrumento de constitucionalización liberal social, sino también de configuración y asentamiento del nuevo Estado. En España se va a intentar la creación de la nueva legalidad liberal, no tanto desde lo público, desde el poder políticamente organizado, como desde la aplicación cotidiana, en el caso particular, del nuevo derecho. Mediante la tarea judicial van plasmándose nuevas formas de resolución de conflictos, basamento que implica una nueva legislación, ya liberal.

En todas las Constituciones decimonónicas se proclama la inamovilidad judicial, al igual que en la propia LOPJ de 1870 cuya disposición transitoria 6<sup>a</sup> reza que «se considerará á todos los Jueces y Magistrados en la categoría que hubieren llegado á obtener en la carrera judicial»<sup>28</sup>. Empero, declarada

---

pero jamas ecsistirà esta independencia mientras no sean inamovibles los magistrados y jueces. La Constitucion del Estado consagra esta doctrina...Sin embargo, hasta ahora no ha tenido este articulo (el 66 de la Constitución de 1837 E.P.P.) el cumplimiento debido ni la aplicacion práctica que requería el respeto à la ley fundamental. Cualesquiera que sean las razones en que esto se haya fundado, todas deben ceder à la mas poderosa è irresistible de guardar y hacer que se guarde la Constitucion... DECRETOS Los magistrados y jueces con nombramiento Real en propiedad que se hallaban en actual y efectivo ejercicio de sus respectivos empleos el día 12 del presente mes (de octubre de 1840 E.P.P.), y los que sean nombrados en lo sucesivo con las mismas calidades, no seran depuestos de sus destinos temporales ó perpetuos sino por sentencia ejecutoriada, ni suspendidos sino por auto judicial, ó en virtud de orden del Rey, cuando éste con motivos fundados los mande juzgar por el tribunal competente... Tal vez resulte más plásticamente aprehensible la situación a la que se llegó en la Justicia, tras las sucesivas depuraciones habidas en la primera mitad del siglo pasado, transcribiendo el siguiente texto de Mariano NOUGUÉS: «Siguióse de aquí el chocante fenómeno de que la judicatura, como los demás ramos del Estado, tuviese una dotacion doble ó juegos diversos de Magistrados y Jueces, que servian alternativamente en las épocas del mando progresista ó moderado, y despues se ha visto que tambien, aunque en menor escala, había esta alternativa en el personal judicial, segun las fracciones que dominaban» (“Del principio de la inamovilidad judicial”, en *La Justicia, Revista de Legislación, Jurisprudencia y Administración Pública*, 2<sup>a</sup> época, 1867, II, p.235).

<sup>27</sup> PEDRAZ PENALVA, E., “Sobre la crisis de la Justicia”, en *Revista del Poder Judicial*, 1988, junio, núm.10, pp.35 y ss, también en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, cit., pp.227 y ss.

<sup>28</sup> Parece interesante destacar, por lo que supone de descripción del momento como también de «explicación-justificación» de la alternativa organos colegiados o unipersonales, lo escrito por BARREDA, L. de., «Consideraciones sobre la Ley orgánica del Poder Judicial», en *RGLJ*, 1872,XLI,p.83: «...Si la inamovilidad judicial que está escrita en la ley, fuera una verdad, nosotros preferiríamos el Juez único cuyo ánimo no sería conturbado, como lo es ahora, por las pequeñas tiranías locales que asedian su integridad...Desgraciadamente el cuadro político en que nos agitamos es demasiado movedido para poder delinear sobre él las bases inamovibles de instituciones permanentes. Aceptando los tiempos tales como son, los Tribunales

esa inamovilidad la entrada en vigor de cada una de las Leyes Fundamentales del XIX es utilizada por los diversos grupos políticos para expulsar de la magistratura a los del sistema anterior<sup>29</sup>. Las propias intervenciones parlamentarias de los legisladores confirman esta lectura. Así en la discusión habida en las Cortes Constituyentes en 1837 durante los meses de abril a junio, GOMEZ BECERRA se mostraba partidario de la inamovilidad judicial pero no en épocas de cambios políticos<sup>30</sup>; al igual que HEROS quien estaba dispuesto a votar que los magistrados no pudieran ser removidos de sus destinos, pero sin que su independencia e inamovilidad pudiese ser considerada absoluta<sup>31</sup>; GOMEZ ACEBO en la sesión del 27 de abril del mismo año al oponerse a la aprobación del art.67 de la Constitución (Los jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan) explicó, a mi juicio con toda claridad, la situación vigente en aquel momento al manifestar que la inamovilidad de los jueces y magistrados podrá aplicárseles en su día a los que "...hayan sido nombrados conforme se prevenga en los reglamentos ó leyes que se establezcan en la materia...; pero á nadie se le oculta cómo hasta ahora han sido verificados los nombramientos..."<sup>32</sup>. Antonio GONZALEZ en 27 de abril de 1837 concreta en nombre de la Comisión, frente a lo dicho por GOMEZ ACEBO, que si bien ha de reconocerse que la facultad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales correspondiente a los jueces y

---

colegiados pueden quizá ofrecer una consistencia mayor á la fuerza invasora de las circunstancias, que no esos pobres Jueces cuya humilde personalidad se anonada ante un presuntuoso cacique...»

<sup>29</sup> NOUGUÉS, Mariano, «Del principio de la inamovilidad judicial», op., cit., pp.233 y ss

<sup>30</sup> Así vid.en Diario Oficial de las Sesiones de las Cortes Constituyentes de la Nación Española (DSSCC), núm.108 de 26 de abril de 1837, esp.pp.356.: "...si bien es verdad que los jueces cuando han sido nombrados conforme á las leyes deben ser inamovibles, lo es tambien que no puede resvestírseles de esta consideracion en épocas de cambios políticos, pues si no hubieran sido mudados aun existirian en sus villas todos los jueces nombrados por Calomarde".

<sup>31</sup> HEROS dijo "...Si, pues, la comision establece en este artículo que los magistrados no podrán ser removidos de sus destinos, sean temporales, ó perpetuos, por nada de lo que concierna al ejercicio de sus facultades judiciales puramente, yo le votaré: pero si se entiende que esta independencia é inamovilidad ha de ser absoluta, no lo admito: asi como no lo admito tampoco porque no se establezca el modo de pedir la remocion de un juez ó tribunal que faltase á su deber. Si la comision admite que ...concluya 'o bien por disposicion de las cortes'...quedando al cargo del gobierno poderlos remover, cuando olvidados de sus deberes se metan en cosa ajenas de su institucion", También en DSSCC núm.108 cit., p.357

<sup>32</sup> "Lo comun ha sido no tanto en esta época como en otras anteriores, que concluyendo su carrera en la Universidad un joven, se venía á Madrid: pasaba cuatro, cinco ó seis años en la Corte. A fuerza de gestiones se le nombraba Juez de Primera Instancia ó se le mandaba á una audiencia á ejercer el mas grave cargo de magistratura. ¿Y qué antecedentes tenía á su favor para siquiera presumirse que aquel fuese un jurisconsulto con la ilustración, conocimientos y prudencia que exigía el cargo para que había sido nombrado?..." En DSSCC, núm.109 de 27 de abril de 1837, pp.365 y 366.

tribunales, "...no puede menos de constituir un poder del estado independiente de los otros...", agrega con posterioridad que "El poder judicial emana del poder ejecutivo; así lo han determinado las cortes cuando han aprobado que los jueces deben ser nombrados por el Rey. Esto le constituye en cierta dependencia; y cuando después le habíamos de exigir la responsabilidad, era necesario que le diésemos la circunstancia indispensable para que obrando con libertad pudiera responder de sus acciones; por eso se ha establecido la independencia del poder, y la inamovilidad de los jueces..."<sup>33</sup>. Evidentemente su dependencia orgánica del gobierno influía peligrosa y decisivamente en la independencia e inamovilidad que "oportuna" y funcionalmente se les atribuía a jueces y magistrados.

NOUGUÉS ha expresado con toda crudeza los tiempos referidos: «Nuestro país, desde 1808, se halla en un estado de intranquilidad y en una excitación continua: la guerra de la independencia produjo dos nomenclaturas funestas, la de españoles netos y afrancesados, la de serviles y liberales: en 1814 se les persiguió a éstos con encarnizamiento, y fueron alejados de los destinos, y especialmente de la judicatura los que infundían la más mínima sospecha de no haber sido afectos á la causa nacional vinieron á posesionarse de las Audiencias y de los juzgados muchos que habían sido nombrados por las juntas que se crearon en las provincias, cuando se levantaron contra Napoleón.

Vino el alzamiento de 1820 - sigue diciendo NOUGUÉS-, y durante el trienio hubo separaciones y nuevos nombramientos: tuvo lugar la reacción de 1823, y entonces se establecieron las purificaciones que eliminaron á Magistrados que no cometieron la mayor parte otro delito, que haber obedecido al Gobierno existente y fallado con arreglo á las leyes que regían entonces...En 1832 y 1833 se verificaron separaciones y nombramientos nuevos, como también reposiciones, y se organizó la judicatura con una nueva personalidad. Conforme fue caminando la época, se fué liberalizando la magistratura, tomando tinte más subido en 1836 y 1837 en que dominó el partido progresista; pero en 1840 ya la encontró expurgada el pronunciamiento de setiembre, que á su vez verificó depuraciones que se dejaron sin efecto en gran parte en 1843 y 1844, llegando así las cosas hasta 1854, en que á su vez se hizo una operación contraria, que en igual forma fué alterada en 1856 y 1857...».

La creencia de que se necesitaban jueces independientes y para ello inamovibles es prácticamente general en el XIX español, pero también lo es la de que en su consecución había que superar la incertidumbre dimanante de la diversidad de situaciones políticas por las que se va atravesando y, en estrecha conexión, que el acceso a la magistratura debiera ser lo más objetivo posible en atención a una preparación jurídica y a una experiencia, madurez

---

<sup>33</sup> DSSCC, núm.109, de 27 de abril de 1837, p.366

y por ende prudencia indispensables en el desempeño de la jurisdicción. Uno de los muchísimos ejemplos lo tenemos en la Exposición del Decreto de 3 de julio de 1869 en la que se afirma que "...la inamovilidad judicial que no concibe razón ni proclama la Ciencia sino cuando tiene por objeto una magistratura que satisface cumplidamente el santo fin de su institución, pudiera ser en España, si se aplicase sin oportunidad, una fuente inagotable de peligros para la causa del orden y de la libertad; y, desde luego, por falta necesaria de preparación, un obstáculo que entorpecería la Administración de Justicia", agregándose que nuestra magistratura "...formada en las mas diversas situaciones políticas por la que ha atravesado nuestra Patria, no cabe en lo posible que su organización actual responda á la unidad de la nueva idea que debe ser su espíritu vivificador y se halle en la plenitud de circunstancias adecuadas a los gravísimos deberes que la Constitución impone al Poder judicial". Con mucha crudeza lo mantuvo en las Cortes Constituyentes el Sr. MORET Y PRENDERGAST (Ministro de Ultramar) en respuesta a una interpelación de MARTIN HERRERA en contra del dictamen autorizando al Ministro de Gracia y Justicia para plantear como provisional la de organización de Tribunales: "...Es cierto que la idea de la inamovilidad y de las garantías del poder judicial es común a todos los partidos; es cierto que para nosotros, los hombres de opiniones radicales, es más que eso: es una necesidad...Y yo afirmo...que es imposible aplicar la libertad, ni cumplir la Constitución del país sin que sea una verdad la administración de justicia...Yo declaro que en un país conmovido por profundas luchas civiles, no es posible llegar á la inamovilidad por el camino que indicaba el Sr. Herrera: habría profunda injusticia en tomar como prueba de inamovilidad los años de servicio; y cuando han pasado larguísimos períodos de tiempo sin que haya habido más que el favor para la provisión de los cargos, sin que haya habido más que un criterio estrecho, y todavía ese criterio estrecho unido con otras consideraciones, conceder la inamovilidad á personas que no tienen en su apoyo más que el favor y la antigüedad del dominio exclusivo de un partido, yo no puedo aceptarlo...."<sup>34</sup>.

Tal orientación ya fue expuesta en 1869 en las Cortes Constituyentes, al discutir el art. 94 del proyecto de Constitución<sup>35</sup> en las que por OLÓZAGA<sup>36</sup> se defendió que se entre en la carrera judicial por oposición, que el Rey ha de ejercer una inspección suprema para que se administre pronto y cumplida-

<sup>34</sup> Defiende en esta línea el Proyecto de Ley que impone la capacidad para el acceso, pero sin olvidar la responsabilidad de los funcionarios del "orden judicial". DSSCC, núm.312 de 22 de junio de 1870, p.9055

<sup>35</sup> "El Rey nombra á los magistrados y jueces á propuesta del Consejo de Estado y con arreglo á la ley orgánica de tribunales", presentándose por CHACON, CAPDEPON, ALCALA ZAMORA, FERRATGES y VAZQUEZ DE PUGA la siguiente enmienda: "El rey nombra á los magistrados y jueces con arreglo á la ley orgánica de tribunales"

<sup>36</sup> DSSCC núm.81 de 24 de mayo de 1869, pp.2257 y 2259.

mente Justicia, que debe evitarse un cuerpo inamovible que se reproduce á sí mismo interviniendo en la propuesta de los que ingresen y en la de los ascensos de los que han entrado por “rigorosa oposicion” “un alto cuerpo, compuesto de los hombres que están al fin de su carrera y pueden juzgar bien de los otros que tienen una independencia natural, más que no tengan la inamovilidad absoluta por la ley”; por RIOS ROSAS (Presidente del Consejo del Estado) al afirmar del Rey su prerrogativa de nombrar a los empleados públicos, entre ellos a los de la misma magistratura, aunque con cortapisas formales para eludir las perjudiciales consecuencias de una libérrima facultad, agregándose por el mencionado RIOS ROSAS que “...con una magistratura inamovible, que al fin no es más que una hijuela del poder ejecutivo ó el poder supremo, el rey o el presidente queda anulado en presencia de la magistratura. Esto aparte de que es obvio, es de sentido común, que una corporación que se renueva á sí misma no puede ser tan imparcial como el poder ejecutivo, el rey ó el presidente, ayudado ó no ayudado, ilustrado ó no ilustrado por un cuerpo consultivo. Por consiguiente, para que se respeten los principios, para que el Poder ejecutivo esté razonablemente limitado, no hay más medio que interponer la intervencion de un cuerpo extraño; pero que este cuerpo no sea del órden judicial; y esto es lo que se ha hecho, interviniendo el Consejo de Estado en el nombramiento de los miembros del órden judicial”<sup>37</sup>.

Asimismo fue debatido el sistema de acceso, ascensos, traslados, etc., surgiendo la polémica en torno a la participación alternativa Consejo de Estado o Tribunal Supremo, resuelta en pro del primero.

Acaso pudieren ejemplificarse las dos posiciones, que con mayores o menores variantes se arrastran durante el siglo XIX, en las expuestas en las Cortes Constituyentes en 1869 por SILVELA y SERRACLARA, respectivamente.

Según SILVELA “... hemos visto prácticamente que no bastaba escribir en la Constitución ‘inamovilidad judicial’ para conservar á la magistratura á la altura que corresponde, y por eso hemos planteado un sistema que se resume de esta manera: regla general, que ha dado escelentes resultados en el profesorado, ingreso por oposición: ascenso en virtud de informe del Consejo de Estado, fijando una cuarta parte de las vacantes para que pueda recaer en hombres de reconocida práctica, que por su edad y demás circunstancias no pueden presentarse á una oposición, en cuyo caso la intervención del Consejo de Estado es una garantía, porque no ha de proponer á personas que no sean dignas, así como tampoco las academias han hecho propuestas inaceptables...”<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> DSSCC, núm.81 de de 24 de mayo de 1869, p.2262

<sup>38</sup> Francisco SILVELA, DSSCC, núm.81 de 24 de mayo de 1869, p.2287

Para SERRACLARA "Todos los tratadistas, así teóricos como prácticos, han dicho que esa realización de la Justicia no puede conseguirse sino siendo los funcionarios judiciales enteramente independientes, de tal manera que ni sus propias pasiones, ni las pasiones de algunos que estén colocados en jerarquía superior puedan obrar sobre sus fallos, sino que ellos deben dictarlos según su criterio les marque en cumplimiento de la Ley. Para conseguir, Señores Diputados, esta independencia, se ha convenido, es una tendencia universal, y en este sentido se ha pronunciado la opinión con repetidísimas quejas, que se necesita la inamovilidad de los funcionarios judiciales; porque, efectivamente...en manera alguna puede imparcialmente fallar el Juez que sabe que su separación depende del capricho del Ministro, de una influencia cualquiera, de la queja de una persona perjudicada por él o de tener éste o otro color político. El Juez, en todo lo posible, ha de venir a parecerse a una abstracción; debe representar la estatua fría de la ley; debe ser como un operador matemático que aplique los preceptos del derecho al hecho que se somete a su dictamen"<sup>39</sup>. En semejante orientación, y disintiendo de SILVELA y así de la redacción del art.95, FIGUERAS dijo: "...(precepto)...por el cual en caso de desacuerdo entre el rey y el Consejo de estado, se decide por el rey...(y) no sólo se concede al Consejo de estado la facultad que debiera concederse al Tribunal Supremo de Justicia de hacer las propuestas, sino que además, cuando el mismo Consejo se oponga á la separacion ó traslacion de algun magistrado, todavía se da al rey el derecho de separar y trasladar contra el parecer de ese alto cuerpo. Si esto es inamovilidad, vedlo vosotros y votadlo, que entonces verá la magistratura quién vuelve mejor por ella, si los que estamos sosteniendo su decoro ó los que quieren dejar éste á merced del Poder ejecutivo"<sup>40</sup>

La disyuntiva de independencia total del judicial respecto del ejecutivo o meramente funcional con intervención modulable de éste en la carrera judicial, enraizada profundamente en los vaivenes político-sociales, pervive con y tras la promulgación de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial en 1870. Primará, desde la afirmada supremacía del ejecutivo, la concepción del sometimiento orgánico de la Justicia al mismo, en la línea decimonónica de velar por el importantísimo papel que juega en la constitucionalización liberal de la sociedad. El diverso grado de sujeción de la magistratura al ejecutivo proviene del penoso, progresivo y costoso<sup>41</sup> proceso organizador de la

<sup>39</sup> DSSCC núm.81 de 24 de mayo de 1869, p.2280.

<sup>40</sup> FIGUERAS, en la mencionada sesión de 24 de mayo de 1869, núm.81, p.2287.

<sup>41</sup> No me resisto a transcribir las palabras del Ministro de Ultramar, en la intervención referida en la cita anterior, p.9056 : "...y ya he dicho en alguna ocasión que un país de 3000 millones de presupuesto que gasta 32 en la administración de justicia, no tiene aspecto de país civilizado", agregándose por ROMERO GIRON, quien acepta la dificultad económica denunciada por MARTIN HERRERA al oponerse a la autorización parlamentaria, "Pero su S.S reconoce como un grande obstáculo para la

Justicia que va vislumbrándose poco a poco hasta culminar una vez avanzada la restauración monárquica.

El resultado de la aprobación de la LOPJ en 1870, fue la estructuración funcional de la judicatura, con las consecuencias inmediatas de permanencia y exigencia de un determinado nivel de formación jurídica, extrañas a la anterior situación de libre designación y cese discrecional de sus miembros. Se implanta así un juez funcionario, en cuanto tal sometido a un determinado estatuto regulador, equiparable en bastantes aspectos al general del resto de la función pública ordinaria. Así se prevén las condiciones necesarias para acceder y ascender en la carrera judicial (arts.80 y ss LOPJ 1870), las del nombramiento, antigüedad, dotación, etc. (arts.165 y ss LOPJ 1870), responsabilidad (arts.245 y ss LOPJ 1870), etc.

Sin embargo se sancionan aspectos específicos de la tarea jurisdiccional que con carácter exclusivo se le atribuye (art.2 LOPJ 1870) a la vez que se articula su inamovilidad como instrumento básico de su independencia e imparcialidad.

En lo relativo a la inamovilidad la Disposición Transitoria III proclama que “Los actuales Jueces y Magistrados y los que se nombraren hasta el planteamiento de esta ley no gozarán de inamovilidad mientras no sean examinados sus respectivos expedientes y, en su virtud sean especial y nominalmente declarados inamovibles”. A tal efecto la Disposición V establece que “Los expedientes de que trata la regla anterior serán pasado á una Junta de Clasificación<sup>42</sup> a la que según previene la Disposición VII compete emitir dictamen

---

realización de este proyecto el aumento de los gastos que produce, inconveniente económico que, dada la situación del país, no es posible vencer...¿Cree S.S que las condiciones económicas de un país en que la administración de justicia es deficiente, es incompleta é inconveniente, no mejoran con una buena administración de justicia?...Lo que recibe mal el país es que se paguen obligaciones que no se deben pagar; y yo rogaría a S.S y á sus amigos que prestasen un poquito más de eficacia en que se votasen otros proyectos, como, por ejemplo, los relativos al clero, y de ahí podríamos sacar bastantes recursos para lo que se necesita en la administración de justicia, que, al fin y al cabo, el presupuesto religioso es puramente individual, y la justicia es un elemento del cual no podemos prescindir” (DSSCC, núm.312 de 22.6.1870, p.9058).

<sup>42</sup> Compuesta por las siguientes personas: Presidente del TS, un Consejero de Estado de la sección de Gracia y Justicia –elegido por la misma sección-, el Fiscal del TS, 2 diputados á Cortes nombrados por el Gobierno, un magistrado del TS nombrado por la Sala de Gobierno, de un magistrado de la Audiencia de Madrid nombrado por su Sala de gobierno, de un catedrático de Derecho de la Universidad central nombrado por el Gobierno, de dos Abogados del Colegio de Madrid nombrados por la Junta de gobierno del mismo, de un oficial del Ministerio de Gracia y Justicia que hará de secretario sin voto.

sobre la inamovilidad -individualizadamente, Disposición Transitoria VI- a cuya vista resolverá el Gobierno lo que estime procedente. Por Decreto de 3 de octubre de 1870 se limita a tres el número de los vocales designados por el gobierno y se refuerza el criterio de la Junta imponiendo al Gobierno, cuando disintiere de su criterio favorable, audiencia de la Sección de Gracia y Justicia del Consejo de Estado y, si aquél fuere desfavorable en contra del Gobierno éste, amén de oír a la citada sección del Consejo de Estado, tendría que publicar su decisión razonada en la Gaceta de Madrid. Vale ese cambio para acreditar la nueva orientación en favor de una Justicia más apartada del Ejecutivo.

Son señalables pues: la rúbrica Poder -con la que con frecuencia se pretende singularizarlo respecto de legislativo y ejecutivo<sup>43</sup> - que nominaliza la competencia estatal que constitucionalmente viene atribuida al judicial y su real carencia de significado<sup>44</sup> puesto que por definición ni social ni políticamente

<sup>43</sup> Pensemos en la vigente Constitución de 1978 en la que únicamente se califica de Poder al Judicial (Tít.VI, arts.117 y ss), pero al referirse a los los órganos jurisdiccionales emplea la locución potestad (azrt.117). Con ello sigue generalmente la línea constitucional que comienza con la Ley Fundamental de 19 de marzo de 1812 (Constitución de Cádiz) en la que se habla de potestad (tit.V y arts.242 y ss,) y no de poder; en el Proyecto Istúriz de 20.7.1836 el judicial es calificado de Poder del estado en el art.10; en la Constitución de 1837 de 18 de junio, la rúbrica del Tit.X es la "Del Poder Judicial" pero al referirse a juzgados y tribunales habla de potestad (art.63); la Constitución de 23 de mayo de 1845, nombra "De la Administración de Justicia" al Tít.X y con atinencia a los órganos jurisdiccionales se refiere a la potestad (art.66); la Constitución no promulgada de 1856 rubrica el Tit.X: Poder Judicial y al referirse a los juzgados y tribunales habla de potestad (art.67); la Constitución de 1 de junio de 1869, dedica el Tit.VII al Poder Judicial pero el art.91 se refiere a la potestad; el Proyecto Federal de Constitución de la I República Española de 17.7.1783 consagra el Tit.X al Poder judicial; la Constitución de 30 de junio de 1876 rubrica su Tit.IX "De la Administración de Justicia" y en el art.76 habla de potestad; la Constitución de La República Española de 9 de diciembre de 1931 consagra el Tít.VII a la Justicia.

<sup>44</sup> Asimismo en la Constitución de 1837 se hace uso del término potestad al hablar de los Tribunales y Juzgados -aunque según se ha dicho en la nota anterior la rúbrica del Tit.X sea "Del Poder Judicial"- . Según el diputado OLOZAGA "...si á la palabra *poder* le damos toda la extension que tiene en política, la magistratura no formará un poder, y será un abuso, aunque muy generalmente admitido, llamarle poder judicial; porque en el poder se supone una facultad, una disposicion á usar de fuerzas, cuyos límites estan fiados á la prudencia, al saber y á la rectitud de los individuos que le componen; y la magistratura los tiene mucho mas circunscritos y fijos por las leyes, porque su accion es declarar la conformidad ó no conformidad de ciertos actos con las leyes...Como que sus funciones tan limitadas á la aplicación de la ley, su responsabilidad solo puede ser para caso de infraccion de ley;...". DSSCC, núm.108 de 26 de abril de 1837, p.358. A este tenor GOMEZ ACEBO en la sesión de 27 de abril de 1837, núm.109, p.,365. dijo "...En todo el resto de la constitucion no se usa de la palabra poder hasta que se ha llegado al judicial, y es muy singular que así suceda cuando se ha hablado ya de las córtes, del poder real, del congreso de diputados y del senado sin haber usado de la palabra poder...el poder judicial no es en realidad



cabe un colectivo titular de dicho "poder", razón por la que a mi juicio con acierto la Ley Provisional sobre la Organización del Poder Judicial (de 1870) retoma de la Constitución de Cádiz de 1812 el concepto de potestad jurisdiccional<sup>45</sup>; su "doble naturaleza" de empleado público y como tal orgánicamente dependiente<sup>46</sup> y la de juez como tal funcionalmente independiente; la negación real de su plenitud funcional en el ámbito normativo, aún en sede civil y criminal, por mor de las jurisdicciones especiales (en particular en el orden criminal por la militar en determinadas materias y momentos especialmente sensibles), y por la discutida preeminencia frente a la Administración<sup>47</sup> con reflejo aun en el ámbito civil<sup>48</sup>.

un poder político del estado, sino una parte de la administración pública...". Cfr. la respuesta de Antonio GONZALEZ el mismo día, esp.p.366, manteniendo que la "la facultad de aplicar las leyes, que es inmensa, no puede menos de constituir un poder del estado independiente de los otros..."

<sup>45</sup> Acerca de todo lo que esto supone, más amplia y profundamente, vid. PEDRAZ PENALVA, "De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano", Rev.Administración Pública, 1976, enero-abril, núm.79, pp.145 y ss, y "Sobre el 'poder judicial y la Ley orgánica del poder judicial", Rev.Jca La Ley, 1985, 2, pp.1121 y ss, ambos trabajos también en *Constitución, Jurisdicción y Proceso, cit.,.*

<sup>46</sup> Consúltese la LOPJ de 1870 arts.224 y ss, en los que se sanciona la posibilidad de la destitución, suspensión, traslación y jubilación de jueces y magistrados por decisión del Gobierno amén de por los propios Tribunales (arts.731 y ss LOPJ 1870) en virtud de la denominada "jurisdicción disciplinaria", limitada a la reprensión simple, calificada, postergación para ascensos, privación de sueldo y suspensión de empleo y sueldo (art.741 LOPJ 1870)

<sup>47</sup> DÍEZ-CANSECO Y CADÓRNIGA, Isidoro, *Reformas en la Administración de Justicia*. (Folleto de actualidad), Valladolid, 1899, pp.9 y 10, Apostillaré a ese último punto que uno de los instrumentos a los que "la política" recurre para influir en la Justicia, no fue desde la organización de la la misma –a partir de la LOPJ de 1870- tanto la recomendación en los negocios "...sino empleando otros medios de más seguros y positivos resultados. Como son el suscitar competencias en materia criminal para entorpecer la marcha de un sumario ó para impedir la resolución definitiva del mismo; y el elegir la política la justicia municipal, que es la justicia de cada día y la que constantemente necesita el pequeño propietario, núcleo principal de la sociedad española".

<sup>48</sup> De este modo en las hipótesis de conflictos la prevalencia de la Administración era clara pues sólo estaban legitimados para su promoción los gobernadores de provincia, decidiendo sin ulterior recurso la autoridad administrativa (art.297), -la primacía de la Administración se mantiene en el RD de 8 de septiembre de 1887 por el que se dictan reglas para la resolución de competencias de jurisdicción entre las autoridades administrativas y los Tribunales, decidiendo las competencias de atribuciones y de jurisdicción el Rey, a propuesta del Consejo de Ministros o de su Presidente (art.26)- . Pero asimismo, y a mi juicio es importante, atendiendo a su número y calidad, la primacía de la Administración resultante de las reiteradas e injustificadas inmunidades jurisdiccionales y privilegios procesales, en muy sensible medida aún vigentes. Así en el orden civil vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Los privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil*, Madrid, 1993, passim

# Documentos Penales y Criminológicos

Volumen 1 • Año 2001

Diego-Manuel Luzón Peña  
Ernesto Pedraz Penalva  
Sergio J. Cuarezma Terán

(Directores)

**Documentos Penales y Criminológicos**  
**Volumen 1 - Año 2001**

**Diego-Manuel Luzón Peña**  
**Ernesto Pedraz Penalva**  
**Sergio J. Cuarezma Terán**

**(Directores)**

N

345

C961 Cuarezma Terán, Sergio  
Documentos Penales y criminológicos /  
Sergio Cuarezma Terán -- 1a ed. -- Managua:  
HISPAMER, 2001. 622 p.

ISBN: 99924-33-69-8

1. DEREHO PENAL - CONFERENCIAS

**Cuidado de edición**

Roxana Zapata López  
Sergio J. Cuarezma Terán

**Diseño de Portada**

Reynaldo Silva Flores

**Diseño y Diagramación**

Reynaldo Silva Flores

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© Sergio J. Cuarezma Terán, 2001

© HISPAMER, 2001

Primera Edición 2001

Costado Este de la UCA, Apartado A-221, Zona 13

Managua, Nicaragua

Impreso por Quebecor Impreandes

## Consejo científico internacional

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin (Univ. de Munich); Prof. Dr. Bernd Schünemann (Univ. de Munich); Prof. Dr. Wilfried Bottke (Univ. de Augsburg); Prof. Dr. Urs Kindhäuser (Univ. de Bonn); Prof. Dr. Hans-Ludwig (Univ. de Tübingen); Prof. Dr. Santiago Mir Puig (Univ. de Barcelona); Prof. Dr. Jesús María Silva Sánchez (Univ. Pompeu Fabra); Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro (Univ. Autónoma de Madrid); Prof. Dr. Javier De Vicente Remesal (Univ. de Vigo); Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo (Univ. de León); Prof. Dr. Rodrigo Fabio Suárez Montes ((Emérito) Univ. de Oviedo); Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde (Univ. Pablo Olavide (Sevilla); Prof<sup>a</sup>. Dra. Adela Asúa Batarrita (Univ. del País Vasco (Bilbao)); Prof. Dr. Ángel Torio López (Univ. de Valladolid); Prof. Dr. Ángel Sanz Morán (Univ. de Valladolid); Prof. Dr. José Cerezo Mir (UNED); Prof. Dr. Antonio García-Pablos de Molina (Univ. Complutense de Madrid); Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez (Univ. La Coruña); Prof. Dr. Carlos María Romeo Casabona (Univ. del País Vasco (Bilbao); Prof. Dr. Tomás S. Vives Antón (Univ. de Valencia / Magistrado del Trib. Constitucional); Prof. Dr. Javier Boix Reig (Univ. de Valencia); Prof. Dr. Enrique Orts Berenguer (Univ. de Valencia); Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu (Univ. de Valencia); Prof. Dr. José Luis González Cussac (Univ. Jaume I, Castellón); Prof. Dr. Luis Gracia Martín (Univ. de Zaragoza); Prof. Dr. José Luis Díez Ripollés (Univ. de Málaga); Prof. Dr. José Miguel Zugaldía Espinar (Univ. de Granada); Prof<sup>a</sup>. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo (Univ. Pública de Navarra); Prof<sup>a</sup>. Dra. María Luisa Maqueda Abreu (Univ. de Granada); Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez (Univ. de Barcelona); Prof. Dr. Gonzalo Quintero Olivares (Univ. de las Islas Baleares); Prof. Dr. Juan José González Rus (Univ. de Córdoba); Prof. Dr. Luis Arroyo Zapatero (Univ. Castilla-La Mancha); Prof. Dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi (Univ. del País Vasco (San Sebastián); Prof. Dr. Miguel Polaino Navarrete (Univ. de Sevilla); Prof. Dr. Borja Mapelli Caffarena (Univ. de Sevilla); Prof. Dra. María Teresa Rodríguez Montañés (Univ. de Alcalá); Prof. Dr. José Manuel Paredes Castejón (Univ. de León); Prof. Dr. Agustín Pérez Cruz (Univ. de la Coruña); Prof. Dr. Julio Pérez Gil (Univ. de Burgos); Prof. Dra. María del Carmen Blasco (Univ. de Valladolid); Prof. Dr. Nicolás Cabezudo Rodríguez (Univ. de Valladolid); Prof. Dr. Mar Jimeno Bulnes (Univ. de Burgos); Prof. Dr. Jacobo López Barja de Quiroga (Univ. San Pablo/Vocal del Consejo General del Poder Judicial/Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo de España); Lic. D. Elías Carranza (ILANUD); Prof. Dr. Enzo Musco (Univ. Roma II); Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni (Univ. Nacional de Buenos Aires); Prof. Dr. Carlos Alberto Elbert (Univ. Nacional de Buenos Aires); Prof. Dr. Enrique Ulises García Vitor (Univ. del Litoral (Argentina); Prof. Dr. Edgardo A. Donna (Univ. Belgrano (Buenos Aires, Argentina); Prof. Dr. Alberto Suárez (Univ. Externado de Colombia); Prof. Dr. Jaime Lombana (Univ. del Rosario (Colombia); Prof. Dr. Ramón de la Cruz Ochoa (Univ. de la Habana (Cuba); Prof. Dr. Moisés Moreno Hernández (Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales de México); Prof. Dr. Luis Rodríguez Manzanera (Univ. Autónoma Nacional de México); Prof. Dr. Mario Houed Vega (Univ. de Costa Rica); Prof. Dr. Alberto Novoa Espinoza (Univ. Politécnica de Nicaragua); Prof. Dr. Carlos Muñoz Pope y Ricardo Him (Univ. de Panamá).

### Directores

**Diego-Manuel Luzón Peña**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

**Ernesto Pedraz Penalva**  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Valladolid

**Sergio J. Cuarezma Terán**  
Catedrático de Derecho Penal y Criminología  
Universidad Politécnica de Nicaragua

### Secretaría de redacción y coordinación general

**Roxana I. Zapata López**  
Profesora de Derecho de Autor  
y Derechos Conexos

Para información o colaboraciones, dirigirse a:

Documentos Penales y Criminológicos  
E-mail: [cuarezma@hotmail.com](mailto:cuarezma@hotmail.com)  
Apdo Postal A-113. Managua, Nicaragua

Para suscripciones, dirigirse a:

Editorial Jurídica Hispamer  
Costado Este de la UCA. Managua, Nicaragua.  
[www.hispamer.com.ni](http://www.hispamer.com.ni)  
[importaciones@hispamer.com.ni](mailto:importaciones@hispamer.com.ni)

# INDICE

## I DERECHO PENAL

Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética Diego-Manuel Luzón Peña	11
La interpretación de la Ley penal Mario Houed Vega	19
La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente Miguel Díaz y García Conlledo	29
Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de aponción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados María Teresa Rodríguez Montañés	61
Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»: El caso de los delitos contra el medio ambiente José Manuel Paredes Castañón	83
Algunas consideraciones sobre informática y Derecho penal. El caso de la estafa informática Ricardo M. Mata y Martín	97
Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro Kai Ambos	119
La prescripción del delito en supuestos de concursos de delitos Inés Olaizola Nogales	141
El examen conforme a deber: ¿Especial elemento subjetivo de justificación? María A. Trapero Barreales	171

Fundamento material de la culpabilidad. Exigibilidad e inexigibilidad individual Ismael Manuel Aráuz Ulloa	217
--	-----

## **II**

### **DERECHO PROCESAL**

Sobre la participación popular en la Justicia penal Ernesto Pedraz Penalva	241
--	-----

Proceso penal y Derechos Humanos: Códigos, principios y realidad. Eugenio Raúl Zaffaroni	339
--	-----

Acusación por particulares y juicio por jurado en el ordenamiento español Julio Pérez Gil	363
---	-----

La presunción de inocencia: Las exigencias de licitud y regulación en la actividad probatoria Nicolas Cabezudo Rodríguez	395
---	-----

El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo María del Carmen Blasco Soto	443
--	-----

La Política criminal “populista” y las “políticas” de persecución del Ministerio Público en Costa Rica Alfredo Chirino Sánchez	471
---	-----

## **III**

### **DERECHO PENAL JUVENIL**

La intimidad del menor delincuente y los medios de comunicación María Teresa Martín López	501
---	-----

Garantías básicas de carácter penal, procesal penal y de ejecución en la justicia penal de adolescentes del Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua Elías Carranza y Sergio J. Cuarezma Terán	519
--	-----

#### **IV CRIMINOLOGÍA**

El control sin Estado y sin políticas criminales en la América Latina globalizada Carlos Alberto Elbert	555
---	-----

#### **V ESTUDIOS Y COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES**

Posibilidad de aplicación de la figura del delito continuado a la violación (agresiones sexuales). Una visión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, con especial referencia a las sentencias de 12 de julio de 1997 y 21 de junio de 1991 Isabel Durán Seco	571
La usurpación de estado civil Fernando de la Fuente Honrubia	595
La concurrencia de imprudencias. Sus efectos en la teoría del delito (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 29 de febrero de 1992). Raquel Roso Cañadillas	611



# Derecho Penal

I

# Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética

Diego-Manuel Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Alcalá

I. 1. La cuestión que pretendo plantear y abordar brevemente es la de si la introducción en el nuevo CP 1995 de los nuevos delitos relativos a la manipulación genética es un caso de legislación penal fundamentalmente simbólica, con la consiguiente cuestión sobre la valoración que merece tal empleo del Derecho penal por parte del legislador.

2. De función simbólica del Derecho Penal se habla en diversos sentidos:

a) Para un sector dicha función es inherente al Derecho penal y debe *valorarse positivamente*. En efecto, el propio establecimiento en las normas penales de prohibiciones o mandatos de determinadas conductas consideradas como criminales y sancionadas por ello con penas produce (incluso antes y con independencia de la aplicación de tales normas, aunque más aún con su efectiva aplicación confirmadora de su vigencia) un fuerte efecto simbólico en la conciencia de los ciudadanos. Ya otras normas jurídicas en general cumplen una función simbólica, de marcar —con más o menos precisión— los límites de lo ilícito y lo lícito, con independencia de la eficacia y cumplimiento de la correspondiente regulación; pero en el caso de las normas penales dicha función simbólica es especialmente intensa: porque está señalando los ilícitos criminales, es decir los más graves y socialmente más intolerables.

Hay quienes (como p.ej. Vob) vinculan esta función simbólica a la extendida concepción tradicional de la función “ético-social” de las normas penales, o sea, la que considera que el Derecho penal debe suponer la consagración de principios éticos básicos —insistiéndose a veces en el límite del *minimum* ético— y que por ello despliega una “fuerza configuradora de las costumbres” (en la conocida expresión de Welzel). En definitiva, se trata de asignar por ello a las normas penales una participación en la misión “educativa” de los ciudadanos por parte de las diversas normas e instancias sociales (anterior a la función “reeducativa” o resocializadora del cumplimiento de las penas y medidas).

Pero también se puede optar por la separación estricta del Derecho y la moral o la ética social, prescindiendo de connotaciones moralizantes o educativas, y concebir de modo más neutro la función simbólica del Derecho penal: entendiendo que la incriminación de conductas y la correspondiente previsión de sanciones criminales en las normas penales, ya antes y con independencia de su efectiva y eficaz aplicación o no, tiene un muy relevante y amplio efecto de psicología social: pues la calificación de un comportamiento como criminal o delictivo supone — según los casos— establecer o confirmar frente a los ciudadanos el símbolo de la más grave reprobación (desvaloración y prohibición) jurídica; con otros términos, se señala el “merecimiento de pena” de esa conducta. Y además el efecto psicológico-social de la creación o agravación de pena para ciertas conductas, aunque sea simplemente simbólica, se extiende, como señalan Neumann/Schroth, a la “integración social”, es decir a lo que frecuentemente se denomina hoy prevención general positiva: puede suponer el (re)establecimiento de la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico y sus valores.

- b) Frente a esto, se produce actualmente una corriente muy *crítica* frente a la función simbólica del Derecho penal. Así, entre nosotros, de modo destacado Silva señala que, aunque en prácticamente todas las leyes y también en las penales se produce una función (o efecto, aunque no sea el fin pretendido) simbólica, aparte de su función instrumental, de operar efectivamente sobre la realidad, el problema es el fenómeno, cada vez más frecuente y extendido, de la absolutización y exclusividad de los elementos o aspectos simbólicos en muchas manifestaciones de la actual legislación penal. Se trata de que muchas leyes penales no van a cumplir en la realidad su función instrumental de protección de bienes jurídicos (a través de la prevención) porque no se aplican, sino que se limitan a una función meramente simbólica o “retórica” —como también la denomina Silva—, que sólo opera en la mente de los políticos y de los electores: en los políticos la creación de la norma produce la satisfacción de haber hecho algo, y en los ciudadanos la sensación de tener bajo control el problema. Así se cita, entre otros casos, como ejemplos de legislación básicamente simbólica los de creación de nuevos tipos, o los de aumento de las penas existentes, cuando los anteriores son ya suficientes, o cuando los nuevos no ofrecen perspectivas sustanciales de mejora; o también el hecho de trasladar al Código Penal una norma ya existente en la legislación especial, sólo por el mayor efecto retórico que ello tiene.

Como indica Hassemmer, la producción de legislación puramente simbólica constituye una característica del Derecho penal de nuestro tiempo, lo que a su vez se ve reforzado por la actual tendencia en múltiples países a la expansión del Derecho penal, como recientemente ha estudiado el propio Silva. No obstante, este sector se opone claramente a esta utilización exclusivamente simbólica de las normas penales, porque a corto plazo podrá

ciertamente desplegar efectos educativos, ético-sociales y de integración social en la conciencia ciudadana, pero éstas no son funciones legitimadoras del Derecho penal (o al menos no lo son por sí solas), y a largo plazo bloquearía la legítima función instrumental del mismo, de proteger bienes jurídicos mediante una prevención eficaz de delitos: “a la larga —dice Silva— lo simbólico no es suficiente. Así, una nueva norma o un incremento de la penalidad que, en principio, han tenido importantes efectos en cuanto al establecimiento o restablecimiento de la confianza de la población en el Ordenamiento jurídico, a medio o largo plazo pierden toda fiabilidad con su inaplicación o su ineficacia”.

3. A mi juicio, debe rechazarse en efecto la utilización de las normas penales con finalidad exclusivamente simbólica por las mismas razones acabadas de apuntar: porque a la larga será ineficaz, e incluso contraproducente, para la función protectora de bienes jurídicos a través de la prevención general de delitos (en su faceta de intimidación general, pero también en la de reafirmación del Derecho y confianza de los ciudadanos en el mismo, que presupone la efectiva aplicación de éste); e igualmente será ineficaz y contraproducente desde la perspectiva de la retribución — para las concepciones que la aceptan junto con la prevención— a efectos de dar al delito una respuesta justa y de restablecimiento del Derecho si en definitiva tales normas no se aplican o sólo lo hacen de un modo totalmente insuficiente. En tal caso no se van a cumplir las funciones que hacen necesario y por ello legitiman el recurso al Derecho penal, y en consecuencia es inadmisibles la función exclusivamente simbólica de las normas penales, tanto si el legislador es consciente de que esa es la única función que van a desempeñar como si no lo fuera. Cuando por las circunstancias concurrentes en una materia objeto de regulación sea previsible que las sanciones penales van a ser inaplicadas o totalmente ineficaces, es preferible, también a efectos simbólicos, la regulación extrapenal de la misma estableciendo con claridad lo prohibido y lo permitido y previendo, cuando sea posible, otras sanciones o consecuencias extrapenales con posibilidades reales de aplicación.

En cambio, si va unida a las funciones (preventivas y, en su caso, retributivas) de protección real y eficaz de bienes jurídicos y del Derecho, la función simbólica del Derecho penal no parece rechazable; y por cierto, no tiene por qué ir vinculada a una concepción ético-social o moralizante de las normas penales, sino que puede entenderse desde una concepción estrictamente jurídica de lo desvalorado. El establecimiento del simbolismo de lo criminal de una conducta, es decir de su grave desvalor y reprobación, es el presupuesto lógico de su prohibición penal y constituye por tanto, a veces incluso con independencia de la dureza de su sanción, el primer paso para la prevención general de esa clase de conductas (aunque, el que sea un paso necesario, no significa que sea por sí solo suficiente).

Por otra parte y para acabar de completar las perspectivas posibles, no debe perderse de vista la siguiente consideración: en ocasiones puede suceder que, cuando se creen nuevas figuras delictivas hasta entonces inexistentes pero que políticocriminalmente se consideren indispensables por la importancia de los bienes jurídicos afectados, en un primer momento sea previsible una escasa aplicación judicial de los nuevos tipos —por lo inhabitual, inercias, etc.— y que incluso el legislador sea consciente de ello; pero que la función simbólica de su incriminación y prohibición penal sea el primer paso básico e indispensable no sólo para generalizar la convicción entre los ciudadanos de la grave reprobabilidad de esas conductas y disuadirles de su comisión, sino además para que poco a poco vaya calando también entre los jueces la convicción de que se deben imponer las correspondientes sanciones y, con las correspondientes medidas instrumentales coadyuvantes (de medios técnicos, procesales, etc.) se logre a medio plazo la aplicación de tales normas penales.

**II. 1.** En el caso de los delitos relativos a la manipulación genética en sentido amplio, es decir los que agrupa bajo esa rúbrica el Tít. V del Libro II del CP de 1995, estamos ante figuras absolutamente nuevas en nuestro Derecho penal, y en el de la mayoría de los países, porque tales conductas no se han planteado hasta que los avances de la genética humana y animal y las técnicas de reproducción asistida o artificial en las últimas décadas han hecho aparecer la posibilidad de tales manipulaciones. Hasta el CP 1995 sólo había una regulación extrapenal en Derecho español contenida básicamente en la L 35/1988, de 22-XI, de Técnicas de reproducción asistida, y en la L 42/1988, de 28-XII, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos, con las correspondientes infracciones y sanciones administrativas y consecuencias civiles. Desde luego no ha habido aún tiempo para una mínima aplicación jurisprudencial de estos preceptos, y la duda que se plantea es si en lo sucesivo se van a aplicar en una medida razonable o no. De ello dependerá que estemos ante un caso más de rechazable utilización exclusivamente simbólica del Derecho penal o, por el contrario, ante una aceptable utilización en parte e inicialmente simbólica de normas penales, pero unida y al servicio de la función de protección de bienes jurídicos a través de la efectiva prevención de las conductas que los atacan.

A continuación me limitaré a formular algunas observaciones, no siempre exentas de dudas, al respecto.

**2.** Aparte del número real de infracciones que se puedan producir y de las dificultades no pequeñas para su denuncia, investigación y comprobación, dado el carácter altamente técnico y especializado del medio en que se producirán, es verosímil que muchos de nuestros jueces consideren, al menos al principio, estos preceptos como letra muerta, entre otras razones: porque no

entiendan bien, por falta de formación al respecto, los conceptos técnicos — manipulación de genes, alteración del genotipo— utilizados en el tipo (art. 159) de las manipulaciones genéticas en sentido estricto; porque en las demás, creación de armas biológicas, fecundación artificial no tendente a la procreación, clonación humana, fecundación no consentida, pueden considerarse, pese a que ello sea incierto, que se trata de hipótesis bastante irreales y poco menos que de ciencia-ficción; en cualquier caso, por inercia y falta de tradición; porque no vean claros los bienes jurídicos protegidos y las razones de su importancia; porque puedan considerar excesivas las penas, al menos para algunos supuestos; porque consideren difícil o impracticable “poner puertas al campo”, o sea, trazar límites a unas técnicas de investigación científica en constante transformación; y porque además se encuentren con carencia de medios técnicos suficientes para la investigación de esas conductas.

**3.** Como hemos visto, se ha pasado de una tipificación meramente como infracciones administrativas de varias de estas conductas a la tipificación criminal, sin que en la —en general absolutamente insuficiente— exposición de motivos del CP se justifique en absoluto que parecía necesario y por qué recurrir a la sanción penal en estos supuestos y que no era bastante — conforme al principio de *ultima ratio*— la existencia de sanciones administrativas. Pero además, y frente a lo que hacían los Proyectos de CP hasta el de 1994 inclusive, en vez de confiar esta materia a la legislación penal especial, se ha incluido en el propio Código Penal junto a los delitos contra la vida y la integridad. Ello supone ya una importante carga simbólica, por incluirla entre los preceptos del Derecho penal nuclear y que se supone que tiene vocación de permanencia; lo que, unido a la configuración de las penas, algo más graves que las del aborto, lesiones al feto e incluso algunas lesiones, revela que el legislador considera que los bienes jurídicos afectados son de gran importancia (coincidiendo en ello gran parte de la doctrina: cfr. solamente p.ej., entre las obras generales, Muñoz Conde, Gracia Martín o Valle Muñiz).

Por eso mismo, y aunque el legislador pudiera haberse planteado — cosa que no sabemos— las dificultades y resistencias con que previsiblemente puede tropezar la aplicación judicial de estos delitos, no creo que estemos ante un caso de empleo consciente por el legislador de unas normas penales con una función exclusivamente simbólica o retórica, sino que más bien se puede haber pensado en abrir camino a la conciencia social y judicial de la gravedad de estas conductas mediante su incriminación, para ir posibilitando la paulatina aplicación de las normas.

**4.** De todos modos, que se vaya logrando esa efectiva aplicación judicial de las normas dependerá en buena medida de que los jueces lleguen a ver claras una serie de cuestiones que cabe apuntar:

- a) Los *bienes jurídicos* afectados por estas conductas y su importancia. A este respecto la doctrina está haciendo un importante esfuerzo de clarificación; no ofrece grandes problemas la precisión de los bienes jurídicos en el art. 160 (la propia subsistencia de la especie humana) y en la reproducción asistida no consentida (la libertad de la mujer y su derecho a decidir sobre la maternidad); pero en los tipos de los arts. 159 y 160.1 y 2 hay más dificultades. En las estrictas manipulaciones genéticas del 159, aunque mayoritariamente se habla de inalterabilidad e intangibilidad del genotipo o del patrimonio genético, algún autor (González Cussac) considera la vida embrionaria como bien jurídico afectado, y otros discuten si esa intangibilidad afecta no sólo al individuo sino también a la descendencia y por tanto a la colectividad o especie humana (lo que depende de si se incluyen o no las manipulaciones en células meramente somáticas y no germinales). En la clonación o selección de la raza se considera bien jurídico afectado la identidad e irrespetabilidad del ser humano, pero p.ej. Romeo ha puesto detenidamente de relieve cómo el problema es muy complejo y hay que justificar más a fondo de lo que habitualmente se hace las razones de la prohibición. En la fecundación de óvulos sin finalidad reproductora, unos hablan del derecho a la vida (González Cussac) y a la futura filiación y estado civil del individuo, otros (Gracia Martín) de un interés del Estado en el control de la reproducción asistida y su limitación a la procreación, mientras que otros (Valle Muñiz) ven la afectación de un lejano bien jurídico en el remoto riesgo para el patrimonio genético; a mi juicio, probablemente hay que considerar fundamental como bien jurídico, junto a lo anterior, el valor de la dignidad del ser humano —aunque sea en formación—, es decir, la prohibición de su instrumentación como cosa u objeto (que es lo que implicarán estos supuestos de creación de embriones para su utilización instrumental con diversos fines) y no precisamente como ser humano. Pero por otra parte, también se discute ampliamente en otras manipulaciones genéticas en general sobre la posibilidad o no de considerar la dignidad humana como aspecto adicional de los bienes jurídicos afectados.
- b) También deberá clarificarse suficientemente el *alcance de las diversas conductas típicas*, sobre lo que no existe tampoco pleno acuerdo todavía en la doctrina: p.ej. en las manipulaciones genéticas estrictas, sobre la extensión de dichas manipulaciones y objetos sobre los que puede recaer (células germinales o sexuales o también células somáticas; gametos, preembriones, embriones y fetos o también personas ya nacidas). Ello implica además importantes consecuencias a la hora de decidir si hay *concurso de delitos o de leyes* cuando se produce también el supuesto de hecho de otras figuras como lesiones, aborto o lesiones al feto; y la inseguridad en este campo añade otro factor para explicar una posible actitud judicial de retraimiento para aplicar estas normas.

- c) Por otra parte, algunos autores (p.ej. Valle Muñiz) han señalado que las penas previstas para algunos de los delitos pueden considerarse *desproporcionadamente graves*: así la sanción con penas superiores al aborto o las lesiones al feto, o la equiparación del supuesto menos grave del art. 161.1 al más trascendente de la clonación. Del mismo modo, se puede criticar que se equiparen en pena cualesquiera alteraciones del genotipo, *sin diferenciar* algunas mucho más trascendentes como la hibridación de genes humanos y animales o la creación de homínidos de otras manipulaciones no tan relevantes.

Con independencia de la posición que se adopte para las concretas hipótesis, ello plantea en todo caso la necesidad de una profunda reflexión sobre la conveniencia de ciertas *reformas legales*, que podrían generar un mayor consenso social y jurídico y facilitar la aplicación de estas normas.

- d) Y, dada la gran complejidad técnica de la descripción diferenciada de modalidades típicas y de los requisitos de las posibles causas de justificación (fundamentalmente la necesidad terapéutica o asistencial), ello vuelve a plantear si es preferible la *regulación en el Código Penal* elegida por el CP 1995 (y defendida expresamente por Gracia) o bien, como defienden otros (p.ej. González Cussac) y es más habitual en Derecho comparado, la regulación *en leyes penales especiales*, o bien una *fórmula mixta* de remisión parcial del CP, en cuanto a ciertos requisitos típicos, a la legislación especial. Nuevamente sería muy conveniente llegar a un consenso en este punto.

5. En la eficacia de estas normas, tanto para apelar a la conciencia y disuadir a potenciales infractores (científicos, investigadores, médicos) como para que los jueces se convenzan y decidan a aplicar las sanciones, dado el carácter altamente transnacional de la investigación científica, influiría en gran medida la *generalización y uniformidad* de las prohibiciones penales o administrativas *en los diversos países*, al menos en los de nuestro entorno. Sin embargo, ello está bastante lejos de producirse (cfr. p. ej. la información de Romeo Casabona, Eguzkilore, nº extr. 11, 1997, pp. 117 ss., sobre la distinta situación de convenios y recomendaciones de organismos internacionales y de legislaciones europeas en cuanto a la prohibición penal o no de la clonación).

6. Por último, para la eficacia de la aplicación judicial de estos tipos será imprescindible proporcionar y *reforzar los medios de que disponga la Justicia* encargada de aquélla: con una debida formación al menos básica en cuestiones de genética y reproducción asistida a los jueces y fiscales, con suficiente asistencia de técnicos y expertos, incluyendo la policía judicial, al servicio de la instrucción y enjuiciamiento de las causas, con la creación si fuera preciso de órganos especializados en fiscalía y tribunales (como los que se dan en otras materias de fuerte contenido técnico y alta especialización), o con la introducción de las correspondientes normas procedimentales.



# La interpretación de la Ley penal

Mario A. Houed Vega

Profesor de Derecho Penal  
Universidad de Costa Rica

## I. Introducción

En muchas ocasiones establecer los alcances de una ley penal, cualquiera que ésta sea, no es una labor sencilla, pues se conjugan diversos factores de gran impacto y sensibilidad social, donde debe procurarse el equilibrio entre el respeto de los derechos fundamentales del individuo, con las garantías de protección que demanda la convivencia en sociedad. Desde luego, principios constitucionales de primer orden (legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, reserva y autonomía ética, entre otros) señalan un ineludible camino para adecuar la legislación ordinaria a las necesidades que deben orientar su cumplimiento, pero igualmente se requiere de algunos mecanismos e instrumentos relevantes que colaboren con los operadores del sistema — en especial los jueces— con el propósito de hacer realidad la justa aplicación de la norma jurídica al hecho sometido a conocimiento de los tribunales, o lo que en definitiva se pretende en un Estado de Derecho, garantizar el principio de una verdadera justicia pronta y cumplida.

## II. Significado e importancia de la interpretación

Consiste esta actividad en fijar el sentido de la ley para poder aplicar una regla general a una situación concreta o caso específico. Es lo que algún sector de la doctrina señala con acierto como el desarrollo de las operaciones de “intelección” y “subsunción”, pues la labor de interpretar no sólo exige entender o comprender el contenido de la norma, sino saber aplicarla a un caso real<sup>1</sup>. Ahora bien, aunque su importancia y utilidad está fuera de toda duda —ya que lo que se pretende es resolver del mejor modo el conflicto que ha sido puesto bajo el análisis de quienes tienen el deber de emitir una deci-

---

<sup>1</sup> Núñez, Ricardo; Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediciones Lerner, Argentina, 1977, ps. 97 y 98.

sión— es de rigor que los distintos sujetos que se ven involucrados en aquél lleguen a conocer ampliamente sus principios, métodos, formas y demás características que les permitan realizarla con las menores dificultades posibles. Por tal motivo suele decirse que la interpretación siempre es necesaria, sin que sea un problema que dependa de sí el texto es oscuro o complejo (lo que suele ocurrir con relativa frecuencia) o si es claro, « sino que surge de la abstracción de la ley y la necesidad de poder subsumir dentro de ella situaciones concretas de aplicabilidad»<sup>2</sup>. Así pues, puede afirmarse que «interpretar» es precisamente la tarea que le incumbe a la ciencia jurídica, pues toda la ciencia es interpretativa<sup>3</sup>, estando superadas las proscipciones y prejuicios que tuvieron lugar en el siglo XVIII por parte de los que temían que el intérprete (en especial el juez de derecho) lesionase la autoridad del Estado o que sembrase inseguridad jurídica<sup>4</sup>. Asimismo debe señalarse que en la ciencia del derecho penal la interpretación es imprescindible para la seguridad jurídica «porque posibilita - o busca posibilitar - la previsibilidad de la resolución judicial para los casos concretos»<sup>5</sup>.

### III. El objeto de la interpretación

Debe advertirse que el objeto de la interpretación jurídica es la ley debidamente sancionada y promulgada por el legislador y no propiamente la que resulta de su inteligencia o de la llamada voluntad de éste, como afirmaban los exégetas: “ La escuela de la exégesis veía el objeto de la interpretación en el pensamiento del legislador en el momento de la sanción de la ley, reconstruido con ayuda del desenvolvimiento de su real proceso mental, condicionado por el marco histórico del momento”<sup>6</sup>. Suele afirmarse que la ley, o la llamada voluntad de la ley, que constituye el objeto a interpretar, no es exactamente la voluntad del legislador, sin perjuicio, desde luego, de que su pensamiento y propósito resulte útil para explicar de modo correcto el significado

---

<sup>2</sup> Bustos Ramírez, Juan; Manual de Derecho Penal, Parte General; Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1989, p. 79.

<sup>3</sup> Zaffaroni, E. R.; Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1980, p. 300.

<sup>4</sup> Cesare Beccaria fue uno de los que se pronunció en contra de la potestad de los jueces penales para interpretar las leyes, negando incluso que se pudiese consultar su espíritu por estimarlo sumamente peligroso: « Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores... No hay nada más peligroso que el axioma común de que es necesario consultar al espíritu de la ley. Esto es un dique roto ante el torrente de las opiniones». De los delitos y de las penas; Edit. Temis, Colombia, 1990, ps. 6 y 7.

<sup>5</sup> Zaffaroni, ob. cit. p.300.

<sup>6</sup> Núñez, Ricardo; Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Lerner, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 92.

de la norma, pues ésta no es producto exclusivo y limitado del proceso mental de aquél. Hay pues, una cierta autonomía de la ley, especialmente tratándose de la ley penal, lo que no significa en modo alguno que deba desestimarse por completo el método exegético o gramatical como fuente de ayuda para la comprensión del trabajo que aquí se examina<sup>7</sup>.

#### **IV. Principios generales a que debe ajustarse toda interpretación de la ley penal**

Es necesario distinguir los principios a que debe adecuarse la elaboración científica del derecho penal, de las cuestiones metodológicas. Los primeros se refieren a los postulados generales que establecen los límites permitidos —o, si así se quiere, las reglas para su entendimiento— en la interpretación de la ley, mientras que las segundas atañen a los métodos o formas que pueden ser utilizadas en dicha labor. La doctrina dominante suele establecer tres principios mínimos que deben ser tomados en cuenta para cualquier análisis de la ley penal: la prohibición de la analogía, la comprensión restrictiva como directriz o criterio orientador (“*indubio pro reo*”) y la intranscendencia de la pena.

##### **1. Prohibición de analogía**

La seguridad jurídica que deriva del derecho penal es diferente de la que se obtiene del derecho civil. En tanto que este último se ocupa de regular situaciones de controversia mas o menos normales y corrientes entre los seres humanos, el primero trata de controlar actos graves y perjudiciales que se dan por excepción (por ejemplo lo normal es respetar la vida y la propiedad de los demás, no asesinar y robar), por lo que requiere la injerencia del Estado para sancionar y procurar que no se repitan o puedan producir mayores agravios que repercutan negativamente sobre los bienes jurídicos de sus habitantes. Es así como el derecho civil provee a la seguridad jurídica garantizando que al surgir un conflicto de intereses en las circunstancias dichas, se proceda a resolver, aún cuando la ley no contemple el caso o exista oscuridad en la norma, razón por la que se autoriza (e inclusive se le impone u ordena) al juez para que acuda a la analogía o aplique principios generales del derecho. Esto es lo que suele llamarse «integración» de la ley para el sector de la doctrina que lo diferencia de la interpretación<sup>8</sup>. Sin embargo en materia penal ello no ocurre así. Los principios de legalidad y tipicidad restringen las causas por las cuales un individuo puede ser sancionado por el sistema punitivo. La seguridad jurídica requiere aquí que sólo en los casos

<sup>7</sup> Ver al respecto ob. cit. de Núñez, R. En ps. 93 y ss.

<sup>8</sup> Así Zaffaroni en su ob. cit. p. 303.

previstos por la ley pueda castigarse penalmente, ajustando la intervención del órgano estatal exclusivamente a aquellos. No puede, entonces, aplicarse la misma solución a un caso que fuera de tales límites pueda resultar parecido o semejante con el sancionado, de todo lo cual se deriva que mientras en el derecho civil la analogía es una exigencia, en el derecho penal está proscrita, siendo ello una consecuencia lógica de la consagración del principio universal *nullum crimen sine lege* según se indicó.

No está de más advertir que la analogía que se prohíbe en el ámbito penal es la llamada *in malam partem*, esto es, la que hace más gravosa la punibilidad del sujeto (más allá del posible sentido literal de la ley), mientras que, por el contrario, se permite la denominada *in bonam partem*, la cual autoriza una mayor benignidad que la indicada por el texto de la norma. Lo anterior a pesar de algún sector doctrinario que aboga porque se rechacen ambas, para lo cual debe tomarse en consideración que la analogía *in bonam partem* debe ceder cuando así lo exija la propia seguridad jurídica, por ser ésta la máxima garantía constitucional en un sistema democrático<sup>9</sup>.

## 2. La comprensión restrictiva ( principio “*indubio pro reo*” )

Aunque suele afirmarse que el principio *indubio pro reo* no es una regla de interpretación sino un criterio valorativo que atañe a cuestiones de orden procesal, en particular en lo que se refiere al juzgamiento de las personas y a la apreciación de las pruebas, es lo cierto que en el derecho penal de fondo no se le puede negar trascendencia. No se trata de una mal entendida «interpretación» en sentido lato para cualquier circunstancia no determinada en la letra de la norma, porque podría incurrirse en analogía, sino de observar que existe un límite semántico del texto de la ley, «más allá del cual no puede extenderse la punibilidad»<sup>10</sup>. Así pues, la comprensión restrictiva se debe aplicar cuando de una norma sustantiva se puedan derivar diversos significados, atendiendo al que pueda ser más beneficioso para los intereses del que esté sujeto a sanción, sin que el principio tenga un valor absoluto «porque bien puede suceder que el sistema choque con la expresión entendida en su sentido estricto y se armonice con su sentido amplio, lo que en tal caso podremos hacer, porque tiene carácter absoluto el principio de racionalidad del orden jurídico, que es el presupuesto mismo de nuestra actividad científica»<sup>11</sup>. En resumen, no es que se proponga una regla inflexible según la cual en todos los casos de duda sobre el contenido del derecho de fondo deba imponerse la aplicación del principio *indubio pro reo* (como ocurría cuando se tomaba en cuenta sólo la interpretación exegética de la ley), ya que ello sería

<sup>9</sup> Cfr. al respecto ob. cit. de Zaffaroni, ps. 309 y 310.

<sup>10</sup> Zaffaroni, E.R., Manual de Derecho Penal, Parte General, sexta edic., Ediar, 1988, p. 137.

<sup>11</sup> Zaffaroni *ibidem* nota anterior.

insostenible desde el momento en que la interpretación debe efectuarse en forma de sistema, apelando a otros medios antes que a los meros antecedentes legislativos y la significación gramatical del texto, sino que el citado principio debe servir «como indicador de la actitud primaria en el entendimiento del alcance de una expresión legal de doble o múltiple significado, sin que ello implique su validez absoluta, la que puede verse desplazada ante la contradicción de la ley así entendida con el resto del sistema, en virtud del principio republicano de gobierno, que tiene validez absoluta y primordial jerarquía»<sup>12</sup>.

### **3. El principio de intrascendencia o de personalidad de la pena**

Aunque hoy día no existe duda alguna respecto de que la sanción no puede ir más allá del autor o partícipe del delito, es importante resaltarlo así para evitar abusos o excesos sobre sus verdaderas connotaciones. La pena es una medida de carácter estrictamente personal, pretendiéndose con ella, a través de la injerencia resocializadora estatal, que el condenado pueda reintegrarse luego a la sociedad (lo que lamentablemente no suele cumplirse en un alto porcentaje pero por otras razones que se salen de la dogmática). Tal circunstancia obliga a evitar que cualquier consecuencia derivada de aquélla pueda afectar a terceros, como sucedía en tiempos antiguos donde la «infamia» del reo pasaba a sus parientes. Sin embargo en la realidad este principio, reconocido de modo expreso en la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José («La pena no puede trascender de la persona del delincuente», art. 5, párrafo 3°), muchas veces se diluye y vulnera, en especial cuando los familiares del sentenciado pierden los ingresos que éste aportaba al hogar, convirtiéndose en las «víctimas» indirectas del sistema punitivo. Desde luego, existen algunas formas de atenuar los efectos negativos anteriormente citados, como lo es la remuneración a los internos por los trabajos que realizan en los centros de reclusión, la ayuda estatal a los familiares que quedaron en desamparo, etc., que se pueden implementar y que nuestras leyes autorizan.

### **4. Otros principios**

Además de los referidos principios esenciales, pueden señalarse otros que se derivan de ellos mismos o los complementan. Por ejemplo los denominados principios de racionalidad y de proporcionalidad, según los cuales debe existir cierta relación de equilibrio entre el delito y la pena como su consecuencia jurídica, evitando que esta última sea más gravosa que el daño inferido con la conducta sancionada. Igualmente el principio de humanidad es de

---

<sup>12</sup> Zaffaroni, *Tratato de Derecho Penal*, Tomo I, ob. cit., ps. 314 y 315.

gran importancia, puesto que impone la prohibición en un Estado de derecho, de imponer penas crueles o degradantes así como torturas o maltratos; es decir, procura evitar aquellos actos que desconozcan a los penados como personas, dignos de respeto y de consideración como tales.

#### **IV. Métodos o formas de interpretación**

Según se puede observar en los anteriores comentarios de este trabajo, los principios básicos a que debe ajustarse toda interpretación nos permiten establecer ciertos límites o lineamientos que determinan el comportamiento de dicha actividad, siendo muy importante que los aspectos o instrumentos metodológicos, que son los que proporcionan —por decirlo de alguna manera— los medios o formas para llevar a cabo esa tarea, persigan las mismas orientaciones señaladas con el fin de mantener, en esa necesaria interrelación, un desarrollo racional y adecuado de la labor interpretativa.

Ciertamente existen en la doctrina muy diversos métodos, haciéndose necesario acudir a algún orden, lo que no deja de ser un tanto subjetivo y quizá arbitrario, pero debe entenderse que ello es únicamente con el propósito de presentar un mejor panorama para su estudio y comprensión.

Ante tal perspectiva hemos optado por seguir la línea de pensamiento que analiza los métodos de acuerdo a dos aspectos esenciales: 1) conforme a los sujetos que efectúan la interpretación y 2) en relación con el medio empleado<sup>13</sup>.

##### **1. De acuerdo con los sujetos que realizan la interpretación**

En este caso puede señalarse que son primordialmente tres clases de sujetos que originan la función referida:

- a. Interpretación Judicial: es la que realizan los juzgadores o quienes ejercen la función jurisdiccional al resolver los asuntos concretos sometidos a su conocimiento. Cabe advertir que la interpretación uniforme y reiterada de la ley frente a situaciones jurídicas similares, da origen a lo que se conoce como «jurisprudencia». En nuestro país la jurisprudencia de los tribunales penales (incluyendo la de la Sala de casación) no es obligatoria, es decir no puede ser impuesta a las instancias inferiores, aunque de hecho se presenta tal sujeción con alguna regularidad, ya sea porque se comparten los argumentos del órgano superior o simplemente con el fin de evitar que las resoluciones impugnadas sean luego revocadas por este último. En todo caso, la única jurisprudencia vinculante en Costa Rica para todas las

---

<sup>13</sup> Ese es el orden que sigue básicamente el Prof. Ricardo Núñez en su ob. cit., ps. 87 y siguientes, a la cual se le han hecho algunas variantes poco significativas.

- autoridades (“erga omnes”) es la emanada de la Sala Constitucional (salvo para sí misma) según expresa disposición del artículo 13 de la ley que regula sus actividades<sup>14</sup>.
- b. Interpretación doctrinaria: es la que llevan a cabo los tratadistas y autores como producto de sus investigaciones y comentarios, sin la dificultad que podría significar la aplicación de la ley a un caso concreto (como ocurre con los jueces). Desde luego no tiene carácter obligatorio, por lo que su aceptación o no dependerá normalmente de los fundamentos y argumentaciones que cada quien formule. La labor doctrinaria resulta de mucha importancia como complemento y apoyo, no solo para la interpretación judicial sino para la enseñanza académica y estudio del derecho en todas sus áreas.
- c. Interpretación legislativa: Esta forma de interpretación, no aceptada como tal por un sector importante de la doctrina<sup>15</sup>, es la que efectúa el propio órgano productor de la ley cuando aclara o delimita los alcances de ella. Por tal razón suele llamarse también interpretación auténtica, pues únicamente está autorizado para realizarla quien la creó. Puede ser contextual o posterior. La primera es la que se hace en el propio texto legal, señalando por ejemplo los fines, situaciones, etc. que rodean su eventual aplicación. La segunda es realmente una nueva ley que interpreta la anterior. Para finalizar este punto cabe reconocer que la voluntad del legislador no es necesariamente la voluntad de la ley, pero resulta claro que el contenido de las opiniones y comentarios de quienes hicieron posible su instauración y vigencia, así como los antecedentes en que se basaron, vienen a constituir un recurso de gran utilidad para entenderla e interpretarla.

## 2. En relación con el medio o instrumento empleado

En este aspecto se incluyen las formas o métodos más conocidos de interpretación jurídica.

- a. Método exegético o gramatical: Pretende buscar la voluntad real del legislador, a través del contenido de las palabras de la ley, es decir, atendiendo a su sentido o significado idiomático, con arreglo a las circunstancias vividas por aquél. Se trata de una interpretación literal que se apoya en un método empírico, normalmente en desuso, por carecer de una mayor visión más allá de lo que la misma palabra significa. Ello no quiere decir que carezca de total interés como forma de interpretación, pues en algún caso el contenido idiomático de la norma puede resultar importante para orientar su entendimiento.

<sup>14</sup> Ley de la Jurisdicción Constitucional n°7135 de octubre de 1989.

<sup>15</sup> Así Zaffaroni, en su Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, ob. cit., ps. 300 y 301.

- b. Método histórico: Como su nombre lo dice, alude a las circunstancias o nexos históricos (hechos y valoraciones) que motivaron la norma, así como al propósito o fin que se pretendió alcanzar con ella (de ahí que tenga íntima relación con el método teleológico) y al proceso evolutivo de su creación. Materialmente supone el conocer los trabajos preparatorios de la ley (anteproyectos, exposiciones de motivos, etc. ) y demás antecedentes que le sirvieron de apoyo. Sin embargo «las limitaciones de este procedimiento radican en su tendencia a indagar la voluntad del legislador, lo que presenta todos los peligros de la exégesis»<sup>16</sup>.
- c. Método teleológico: Además de las anteriores formas, el significado de la ley puede alcanzarse conociendo la finalidad o propósito que se tuvo con su creación: « A este respecto tienen especial importancia los bienes protegidos en los distintos títulos, capítulos y tipos delictivos»<sup>17</sup>, así como otros aspectos que pudiesen coadyuvar a establecer el objeto y motivos de la implementación normativa y su puesta en vigencia.
- d. Método sistemático: Es de reconocer que ninguno de los medios examinados por sí solos pueden llegar a determinar con certeza el significado de la norma, pues ello sólo es posible cuando se utiliza un procedimiento que la estudia sistemáticamente. Es así como el presente método busca la comprensión de las leyes «tomando en consideración la jerarquía y vinculación recíproca de ellas, de sus instituciones y preceptos, así como la ubicación de los dos últimos en los títulos y capítulos de aquéllas»<sup>18</sup>. Se trata de un instrumento lógico que se sirve en general de argumentos y de medios técnicos. Por ejemplo el «argumento a contrario « que muchas veces se utiliza por el intérprete, «implica que dada la inexistencia de determinados presupuestos, su existencia tampoco determina cierta consecuencia»<sup>19</sup>. El método sistemático es, pues, una forma idónea de analizar el contenido de las leyes, al que se puede recurrir sin dejar de lado los medios anteriores que le resultarían de necesario complemento.
- e. Otras limitaciones a la interpretación de la ley penal. Para concluir este trabajo, resulta de interés señalar que un sector de la doctrina<sup>20</sup>, seguidora del anterior planteamiento respecto al modo de análisis de los métodos de interpretación, establece otras limitaciones en la labor referida, las que pueden indicarse de forma separada de los principios generales a que debe ajustarse dicha tarea, ya que además de estar muy relacionadas con ellos y servirles de complemento, no son excluyentes, aunque suelen presentarse como derivadas o impuestas por las consecuencias del principio de legalidad.

---

<sup>16</sup> Núñez, R., ob.cit. p. 94.

<sup>17</sup> Núñez, R. ibidem.

<sup>18</sup> Núñez, R. ob. cit. p. 95.

<sup>19</sup> Núñez, R. Ibidem.

<sup>20</sup> Cfr. al respecto de Núñez, R. su ob. cit. en ps. 96 y 97.



Esas limitaciones, en lo que atañe al hecho punible, indican que la interpretación no debe extender las secuelas represivas del delito más allá del límite del particular hecho punible y de la pena respectiva (*"poenali sunt restringenda"*), por lo que —en lo que concierne al hecho punible— debe tender a conservar en lo posible su significación literal (interpretación "restrictiva"); sin embargo admite que por "el telos o el sistema legal, confiriéndole a la fórmula que lo expresa, su verdadero sentido, jurídico, se puede ampliar o restringir esa literalidad"<sup>21</sup>, dependiendo de un asunto concreto, lo que haría admisible en determinadas circunstancias una interpretación "extensiva" de la ley penal. Esta última estaría prohibida cuando exceda el límite admitido por esa intelección jurídica del hecho, porque vulneraría el principio de legalidad<sup>22</sup>.

Por otra parte la literalidad de la fórmula definidora del hecho punible (el tipo penal) puede ser superada sin que se quebrante aquel principio, de conformidad con la evolución y enriquecimiento idiomático de sus conceptos, lo que puede ocurrir de acuerdo con el progreso lingüístico, científico, técnico, económico, social, etc. (interpretación "progresiva").

## V. Conclusiones

La interpretación de las leyes requiere un especial cuidado, particularmente en el caso del derecho penal, donde están previstas sanciones normalmente muy gravosas para los intereses de las personas involucradas en las conductas ilícitas que se pretenden reprimir. Para realizar dicha labor el intérprete (y entre ellos el juzgador es su máximo exponente) debe conocer —además de saber aplicar— los principios y límites a que debe ajustarse, así como los métodos o medios con que puede hacerlo. Como se analizó en este trabajo, existen varios mecanismos e instrumentos a los que se puede recurrir, pero solo con su buen manejo puede garantizarse el éxito en la aplicación de la ley y el respeto de las garantías individuales.

---

<sup>21</sup> Núñez, R. Ob. cit. P. 97.

<sup>22</sup> Núñez, R., ob. cit.p.97.

# La autoría mediata.

## Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente

Miguel Díaz y García Conlledo  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de León\*

### 1. Concepto

La autoría mediata, junto a la autoría inmediata (individual) —habitualmente denominada directa— y la coautoría, es una forma de autoría en sentido estricto, es decir, de realización del tipo correspondiente de la parte especial (tipo de autoría) por un sujeto. Lo peculiar de la autoría mediata es que el autor no realiza el tipo de manera inmediata él solo (o ayudado por partícipes) ni lo realiza conjuntamente con otros (coautores) —si bien cabe hablar también de coautoría mediata cuando varios sujetos realicen conjuntamente el hecho y con él un tipo a través de otro (u otros) que actúa como instrumento—, sino que realiza el tipo a través de otra —u otras— persona que actúa como instrumento.

Al ser una forma de autoría en sentido estricto, ha de reunir todos los requisitos de ésta. Así, según la concepción de la autoría que se mantenga, el autor mediato deberá realizar al menos una acción ejecutiva (teoría objetivo-formal clásica), realizar una acción típica o una conducta subsumible sin más en uno de los tipos de la parte especial (teoría objetivo-formal modificada), poseer el dominio del hecho, etc., además de cumplir el resto de los requisi-

---

\* El presente trabajo reproduce, con ligeras modificaciones, la ponencia (inérita) que presenté al III Congreso de Estudiantes de Derecho Penal, organizado por la Universidad de Barcelona, la Universida Pompeu Fabra de Barcelona y el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, y celebrado en Barcelona (España) del 10 al 12 de abril de 1996. El trabajo se inscribe, entre otros, en los Proyectos de investigación *PB94-0355-CO3-02* (DGICYT) y *PB97-0769-CO3-02* (DGESIC), de los que soy investigador principal. El que el trabajo se presentara en abril de 1996 explica las continuas referencias al hoy derogado CP español de 1944/73, junto a las relativas al hoy vigente CP 1995, que no entró en vigor hasta finales de mayo de 1996.

tos del tipo, incluida la característica especial en los delitos especiales. Desde mi concepción de la autoría, el autor mediato, como todo autor, además de cumplir el resto de requisitos típicos, debe realizar (a través de otro) la acción típica nuclear, lo que, especialmente en los delitos puramente resultativos, se concreta mediante el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho.

En definitiva, autor mediato sería por tanto el sujeto que, a través de otro que actúa como instrumento, realiza la acción típica nuclear, determina objetiva y positivamente el hecho.

Conviene señalar aquí que la autoría mediata comenzó a utilizarse históricamente como expediente para colmar las lagunas de punición derivadas del entendimiento de la participación como sometida al principio de accesoriadad máxima, en virtud del cual, para poder hacer penalmente responsable a un partícipe, el autor debía actuar de manera no sólo típicamente antijurídica (como exige el principio, hoy más defendido, de la accesoriadad limitada de la participación), sino también culpable, no pudiéndose castigar, por ejemplo, la inducción a un menor para que éste cometiera un delito; se convertía entonces al inductor en autor mediato, no estando por tanto sometido su castigo al principio de accesoriadad. Pero posteriormente se ha visto que la autoría mediata es más que eso, es una forma de autoría y, por tanto, aun defendiéndose el principio de accesoriadad limitada y no máxima de la participación, lo que permitiría castigar como participación muchos de los supuestos que resultaban problemáticos con la accesoriadad máxima, hay que estudiar la autoría mediata como figura de autoría y no de participación *stricto sensu*.

En lo que sigue, se expondrán, sin afán de exhaustividad, algunos aspectos básicos de la autoría mediata, dejando de lado otros aspectos interesantes como los de las desviaciones y excesos del instrumento, el del comienzo de la tentativa del autor mediato o el de la posibilidad de autoría mediata imprudente y por omisión.

## 2. Requisitos

Además del requisito común a toda autoría de la realización del tipo por parte del autor mediato, en la autoría mediata dos cosas son fundamentales:

- a) Determinar en virtud de qué criterios o razones se puede afirmar que una persona realiza acciones a través de otra, cuestión a la que enseguida me referiré.
- b) Determinar si esa acción realizada a través de otro es de autoría, pues a través de otro (y en virtud de los criterios acabados de mencionar y que a continuación se explican) se pueden realizar acciones de participación (participación mediata). En relación con este aspecto, que suele olvidarse

al tratar la autoría mediata, es importante analizar la conducta del instrumento, para ver si la misma determina objetiva y positivamente el hecho, con independencia de que el instrumento sea o no un autor penalmente responsable del hecho (lo será en unas ocasiones —supuestos de autor tras el autor—, pero no en otras, por faltarle la cualidad especial en los delitos especiales o por estar su hecho amparado por una causa de atipicidad, justificado o disculpado). Con ello (o sea, con la aceptación de una determinación objetiva y positiva del hecho por parte del instrumento), no se niega, como parece derivarse de alguna de las críticas que mi idea ha suscitado, la existencia (y su particular configuración) de determinación objetiva del hecho (y no sólo del instrumento; o sea, sí hay aportación del autor mediato a la determinación del hecho) por parte del autor mediato (en lo que sí tiene razón la crítica es en que no niego que el instrumento determine objetiva y positivamente el hecho —de un modo distinto, que hace que se dé precisamente, y de manera prevalente, en estos supuestos la estructura de la autoría mediata y no la de la coautoría—, pero justamente eso sigue sin parecerme criticable).

### 3. Supuestos de autoría mediata

Los supuestos de autoría mediata pueden agruparse de diferentes maneras; aquí seguiré básicamente la de Roxín, máximo especialista mundial en la materia, recordando que normalmente las razones que sirven para fundamentar la autoría mediata del sujeto de atrás (coacción, error, etc.) en realidad lo que fundamentan es la posibilidad de realizar acciones (de autoría o de participación) a través de otro. Por otro lado, como se verá, en alguno de los grupos que cito no estoy de acuerdo o al menos tengo serias dudas de que nos hallemos ante supuestos de autoría mediata.

Hay que hacer notar, además, que las opiniones sobre los criterios que se irán viendo al hilo de los grupos citados no son pacíficos en la doctrina, e incluso recientemente un autor alemán de la relevancia de Jakobs ha tachado la contemplación más al uso de los supuestos de autoría mediata en que el “instrumento” actúa sin dolo como de demasiado “psicologizante”, entendiendo que lo más relevante es aquí la “competencia” (si se quiere la “responsabilidad”) del sujeto de atrás respecto de la “incompetencia” (falta de competencia o, dicho de otra forma, de “responsabilidad”) del ejecutor inmediato, interpretando que la autoría mediata es una forma de imputabilidad objetiva (que este autor relaciona también con las otras formas de autoría y con las de participación accesoria); no es posible aquí profundizar en esta opinión.

- a) Supuestos de utilización de coacción u otros procedimientos que obligan a actuar al instrumento.

Se trata de casos en que quien actúa detrás fuerza, intimida o da órdenes vinculantes o coloca en situaciones de necesidad de actuar a otro o aprovecha una ya existente para que realice una determinada conducta.

En los supuestos de coacción o amenaza estricta («te mato, si no matas a C») el instrumento actuará en estado de necesidad (para mí éste siempre constituye una causa de justificación) o miedo insuperable (para mí, causa de exclusión de la culpabilidad), con lo que, según algunos autores, la ley nos ha resuelto ya que el grado de coacción es suficiente (aquí se observa ya una vertiente del llamado principio de responsabilidad). Según estos autores, cuando la coacción no alcanza la justificación o exculpación del ejecutor inmediato, ya no estaríamos ante una autoría mediata del sujeto de atrás, sino ante una inducción o cooperación necesaria en el hecho del ejecutor inmediato; en cualquier caso, es claro que no basta para fundamentar la autoría mediata del sujeto que actúa detrás una mera influencia en la voluntad del que actúa de modo inmediato.

Cuando se crea un estado de necesidad ajeno, pero no por coacción, se podrá afirmar también la autoría mediata del sujeto de atrás: por ejemplo, se provoca el hundimiento de un barco con medios limitados de salvamento, para que unos maten a otros para salvarse. Más dudoso, aunque probablemente también de autoría mediata, es el supuesto del sujeto que aprovecha (no crea) un estado de necesidad ajeno para sus fines («te salvo, si matas a C») o posibilita el hecho salvador (da una pistola para que, matando a otro, alguien que está en una situación de necesidad pueda salvarse). Sin embargo, sólo existirá inducción (a un hecho justificado, y por tanto inducción impune) si un sujeto se limita a informar a otro de la posibilidad de que haga uso del estado de necesidad o incluso a aconsejárselo.

Aunque la cuestión me parece especialmente compleja y requeriría de precisiones que exceden con mucho el ámbito de la presente exposición, también se podrían incluir en este grupo, como autoría mediata de un hecho típico por parte de quien da la orden (y siempre naturalmente que en él concurren todos los demás requisitos de la responsabilidad penal), los supuestos (más o menos frecuentes según se defienda en este ámbito la teoría de la apariencia o de la evidencia o la de la nulidad, pero en cualquier caso de difícil producción en la realidad cuando se trate de delitos muy graves) en que un sujeto actúa obedeciendo una orden vinculante no conforme a Derecho, supuestos en que la actuación de este último resulta amparada por la causa de justificación de la obediencia debida (art. 8,12 CP 1944/1973, no mencionada expresamente pero incluíble en otras causas de justificación recogidas en el vigente CP 1995, en mi opinión seguramente en el cumplimiento de un deber del art. 20.7º de este CP). También pueden producirse (la frecuencia aquí también dependerá, aunque seguramente en un sentido inverso, de la teoría que se siga entre las antes citadas) casos de error sobre el carácter vinculante de la orden

que suponen por tanto en principio un error sobre un presupuesto objetivo o material de una causa de justificación y que, en mi opinión, constituyen supuestos de error de tipo (sin descartar en este ámbito de la obediencia debida la producción de errores de prohibición); los supuestos de autoría mediata que pudieran darse en estos casos de error compartirían caracteres del grupo de casos que ahora analizamos y del de creación o aprovechamiento de un error en el que actúa de manera inmediata.

En general, en los casos de instrumento que actúa justificadamente, para apreciar la autoría mediata de un delito del sujeto de atrás, tendrá que tratarse de causas de justificación que excluyan sólo el desvalor de la acción y no el del resultado (como en los supuestos hasta ahora citados), pues, de tratarse de una causa de justificación excluyente del desvalor del resultado (como la legítima defensa o la obediencia debida a órdenes conformes a Derecho), la justificación alcanza lógicamente también al sujeto de atrás (no hay resultado injusto, prohibido) (Luzón Peña). Todo ello, claro está, siempre y cuando se acepte la distinción entre causas de justificación excluyentes sólo del desvalor de la acción y causas de justificación que excluyen el desvalor del resultado.

Matizaciones aparte, el fundamento de este primer grupo de casos de autoría mediata es la falta de voluntad libre del instrumento. Por ello, se presentan como dudosos algunos supuestos, como el del jefe de la banda de delincuentes que no utiliza la amenaza o la coacción para que se cumplan sus órdenes, sino que se limita a organizar la comisión del delito con instrucciones que los demás cumplen, o el de ciertas «órdenes» no acompañadas de violencia o intimidación de padres a hijos o de profesores a alumnos, o el de situaciones producidas en ciertas relaciones amorosas o de veneración («tus deseos son órdenes para mí»); me inclino a pensar que en estos supuestos no hay autoría mediata, salvo que se trate de relaciones de dependencia patológica, en cuyo caso entraríamos en el terreno de la autoría mediata por utilización de inimputables. En general se tratará de casos de inducción (se discute también si el «jefe de la banda» es coautor, cuestión que no corresponde dilucidar aquí, aunque pienso que en multitud de ocasiones no lo es).

Se suelen discutir como subgrupo dentro de este apartado los supuestos de coacción para que otro se autolesione o se suicide; nos hallaremos ante supuestos de autoría mediata de lesiones u homicidio. Si no existe auténtica coacción o el consentimiento de sujeto es válido, creo que, en el CP 1944/1973 se trataría de un supuesto de inducción o cooperación a autolesiones o de unas lesiones consentidas, en cualquier caso impunes; en el supuesto de lesiones consentidas, parece más difícil sostener la impunidad en el CP 1995, dado el tenor de su art. 155 (que se completa con el art. 156) y por haber desaparecido un importante argumento sistemático que permitía afirmar en el CP 1944/1973 a un sector de la doctrina, con razón, la impunidad de las lesiones consentidas, pese al aparente-

mente claro tenor del art. 428 de ese CP (no obstante podrá seguir manejándose algún argumento, especialmente constitucional, en pro de la impunidad, aunque será más difícil hacerlo valer por sí solo). O, en su caso, se tratará de un supuesto de inducción o auxilio al suicidio punible en el Derecho penal español (salvo, según algunos en el CP 1944/1973 —art. 409—, y sin duda en el CP 1995 —art. 143—, que se trate de una mera complicidad en el suicidio, que es atípica).

Además de lo hasta ahora mencionado, se considera que constituye un supuesto de autoría aquel en que un sujeto se sirve de otro para la comisión de un hecho delictivo, encontrándose el instrumento en un supuesto de falta de acción: A, utilizando la fuerza física absoluta, arroja a B contra uno de los bañistas de una piscina, con ánimo de matar a éste, quien efectivamente, sea por la herida producida en la cabeza por el golpe, sea por quedar inconsciente debido al golpe y ahogarse después, muere; o bien, A ata a una silla o narcotiza hasta dejarle inconsciente al guardagujas de una estación ferroviaria, no pudiendo éste cambiar las agujas en el momento oportuno, produciéndose un choque de trenes con numerosos muertos y heridos, como pretendía quien ató o narcotizó al guardagujas. La discusión aquí no es si hay autoría o no del sujeto de atrás, sino si se trata de una autoría mediata (por utilizar un instrumento humano) o inmediata (por ser la del sujeto de atrás la única acción existente y equivaler el instrumento humano a un instrumento mecánico); pese a que hay quien mantiene otra cosa, la cuestión me parece en gran medida terminológica y de escasa o nula trascendencia práctica.

b) Supuestos de creación o aprovechamiento de un error en el que actúa de modo inmediato.

El fundamento de la autoría mediata (cuando se admita) en este grupo de casos es, resumidamente, que el sujeto de atrás domina la situación por tener el único o mejor conocimiento de la misma o de su contrariedad a Derecho, conocimiento que falta o no es completo en el instrumento, con la consiguiente desaparición o disminución de factores de inhibición de su conducta (recuérdese, no obstante, la opinión que tilda de excesivamente “psicologizante” la contemplación centrada en el conocimiento en los supuestos de ejecutor inmediato no doloso).

En este grupo, lo que se discute fundamentalmente es qué clase de error del instrumento es suficiente para fundamentar la autoría mediata del sujeto de atrás.

Es común entender que nos hallamos ante supuestos de autoría mediata del sujeto de atrás en aquéllos en que el error del ejecutor es un error de tipo, excluyente (según opinión unánime y plasmada en la ley: art. 6 bis a 1º CP 1944/73 y art. 14.1 CP 1995) del dolo del que actúa de manera inmediata. Se suele citar el ejemplo de la enfermera que pone al enfermo la inyección con la jeringuilla que le pasa el médico, creyendo aquélla que se trata de un medicamento, cuando en realidad el médico ha puesto

dolosamente un veneno letal, que efectivamente produce la muerte del paciente.

Y también habría autoría mediata, incluso si no es la actuación del sujeto de atrás la que crea el error, sino que se aprovecha (con una conducta que, de ser dolosa la del ejecutor, sería de participación) del error del ejecutor inmediato: así, por ejemplo, es autor mediato de un homicidio quien da a otro una escopeta que éste le pide para disparar contra lo que cree una pieza de caza, pero que realmente es una persona, circunstancia de la que se percata claramente quien da la escopeta. En relación con este grupo de casos, se ha discutido el siguiente supuesto: un sujeto alcanza a una madre que quiere dar a su niño un medicamento en polvo contra el dolor de cabeza el vaso de agua para mezclarlo, aunque se da perfecta cuenta de que la madre se ha confundido de bote y el polvo es realmente un veneno letal, a consecuencia de cuya ingesta el niño muere. Ciertamente, si el sujeto no diera el vaso y se limitara a contemplar sin decir nada cómo la madre da el veneno al niño, respondería a lo sumo como autor de un delito de omisión pura, si la madre, como es el caso, actúa sin dolo. Pero creo que al alcanzar el vaso ha pasado ya a ejercer un dominio de la situación, a configurarla (no meramente a dejarla correr), teniendo en sus manos a la madre como instrumento (responda ésta o no por imprudencia) y, por ello, estimo con la doctrina mayoritaria, que el sujeto es autor mediato de homicidio o asesinato doloso del niño.

Todo lo anterior me parece claro cuando el instrumento obra en error de tipo invencible, excluyente por tanto también de la imprudencia. Si el error es vencible, se produce una imprudencia (en su caso, punible) del que actúa de manera inmediata; si tal imprudencia es inconsciente, la situación apenas varía respecto de los supuestos de error invencible, pues el único que «ve» la situación es el sujeto de atrás. Si la imprudencia es consciente, podrían plantearse más dudas; sin embargo, estimo con Roxín que se puede sostener la autoría mediata del sujeto de atrás, pues, como el instrumento que actúa de manera imprudente confía en la no realización del peligro, tiene menos motivos (por su peor conocimiento o control) de inhibición de la realización del hecho que el sujeto de atrás, que conoce perfectamente la situación y se sirve así del sujeto de delante.

Si el que actúa inmediatamente lo hace con dolo respecto de un tipo, pero sin dolo respecto de otro tipo, habrá autoría mediata respecto del segundo e inducción en su caso respecto del primero; así, cuando A convence a B para que administre a otro una sustancia para dormirle y robarle o para lesionarle, siendo consciente A y no B de que la sustancia realmente mata, como efectivamente sucede, A será autor mediato de un homicidio e inductor a unas lesiones, a un robo o al tipo de que se trate (no me pronunciaré aquí de la forma en que concurrirán estas calificaciones, pues ello dependerá del caso concreto), siendo insuficiente, como señala Roxín, para negar la autoría mediata la alegación de SIPPEL de que el conoci-



miento del primer hecho típico debería haber inhibido ya de actuar al ejecutor inmediato.

La misma solución de afirmar la autoría mediata ha de seguirse en los casos creación o aprovechamiento de creación o aprovechamiento de un error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación (que estimo que es un error de tipo, compartiendo en esto la teoría restringida de la culpabilidad, desde la teoría de los elementos negativos del tipo).

Cuando nos hallamos ante un error de prohibición (que, en mi opinión, coincidente con la teoría de la culpabilidad, no excluye el dolo, sino que excluye o atenúa la culpabilidad, según sea invencible o vencible) de quien actúa de manera inmediata, ya existen mayores reticencias a admitir la autoría mediata del sujeto de atrás, aunque ésta es ampliamente admitida cuando el error es invencible, pues, se dice, aunque hay un hecho injusto, éste está disculpado y no existe responsabilidad del que actúa inmediatamente. Sin embargo, cuando el error de prohibición es vencible, el ejecutor inmediato responde siempre (y, por cierto, se mantenga la teoría que se mantenga, dada la regulación positiva de este error tanto en el Derecho penal alemán —§ 17 StGB: Código Penal alemán— como en el español —arts. 6 bis a, último párrafo, CP 1944/1973, y 14.3 CP 1995—, que se limita a establecer una rebaja de pena —potestativa en el alemán y obligatoria en el español— para quien actúa en error de prohibición vencible, frente al castigo más limitado -como delito o falta imprudente, en caso de ser éstos punibles- del hecho cometido en error de tipo vencible). Por tanto, si se afirma la autoría mediata del sujeto de atrás, nos hallaríamos ante un supuesto de autor (responsable) tras el autor (responsable), que tan reacio a admitir es un amplio sector de la doctrina. Es verdad también que, de no admitirse la autoría mediata, la mayoría de las veces estos casos (sobre todo si se acepta en materia de error de prohibición la teoría de la culpabilidad, como considero correcto) podrían ser castigados como inducción a o cooperación —o sea, como participación en sentido estricto— en el hecho típicamente antijurídico (y doloso) del que actúa de manera inmediata (y ello incluso si el error de prohibición es invencible).

Resulta interesante para ilustrar el supuesto de provocación de un error de prohibición vencible el caso de la jurisprudencia alemana conocido como del «rey de los gatos» (*Katzenkönig-Fall*). En el mismo, dos personas convencen a un policía, cuya imputabilidad está disminuida, de que debe matar a una determinada mujer como sacrificio humano, porque, si no, el (por supuesto, imaginario) rey de los gatos mataría a millones de personas; le dicen al policía que para él no rige la prohibición de matar, porque se trata de un encargo divino y debe salvar a la humanidad; el policía mata a la mujer. El BGH aprecia en el policía un error de prohibición, eso sí, vencible, pero aun así admite la autoría mediata de las dos personas en la muerte de la mujer, si bien estima que no toda provocación de un error de

prohibición vencible fundamenta autoría mediata, sino que habrá que analizar caso por caso, lo cual ha sido criticado por producir una gran inseguridad jurídica. Contra otras opiniones, creo con Roxin que la solución del caso es correcta en su resultado y que, con pequeños matices (en los supuestos de ceguera jurídica u hostilidad al Derecho y en los de escasa intensidad de la actuación sobre el que actúa en error —por ejemplo, éste ya está decidido a actuar y sólo se aplaude su decisión—, caso éste mucho más dudoso), estos supuestos son de auténtica instrumentalización de quien actúa en error de prohibición, aunque sea vencible, y de autoría mediata del sujeto de atrás, puesto que la posibilidad del que actúa inmediatamente de conocer la prohibición no hace desaparecer la realidad de que no la conoce y, por tanto, sus razones de inhibición de actuar son menores que las del sujeto de atrás, quien, con su exclusivo conocimiento, posee un superior grado de dominio del hecho y, sobre todo, domina o dirige al instrumento.

Dejaré de lado el supuesto de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de exclusión de la culpabilidad, que suele plantearse en relación con el llamado estado de necesidad disculpante (conflicto entre intereses iguales), que para mí nunca es tal, sino que es siempre justificante y a cuyo tratamiento, por tanto, ya me he referido.

Roxin ha planteado incluso, admitiéndola, yo creo que con razón, la posibilidad de autoría mediata del sujeto que provoca un error sobre el significado concreto de la acción del que actúa de manera inmediata, aunque yo creo que en tal caso debe tratarse de un error no irrelevante, es decir, que ha de ser un error que claramente haga disminuir en el sujeto de delante sus motivos de inhibición para realizar la conducta; así sucede en el supuesto de quien induce a otro a destruir un valioso cuadro de Picasso perteneciente a un tercero, haciéndole creer que se trata de una copia de poco valor (siendo sin duda el ejecutor inmediato autor de una falta o delito doloso de daños menos grave; prescindiré aquí de la cuestión del tratamiento que debe recibir este error del ejecutor inmediato y de si puede dar lugar a responsabilidad por imprudencia respecto del tipo más grave). Aparentemente similar resulta el supuesto en que un sujeto provoca un error del ejecutor inmediato sobre el elemento especial (cualificante) en los delitos especiales. Bajo la vigencia del CP 1944/1973 podía plantearse el siguiente caso: A induce a B a matar a un tercero, ocultándole que se trata del padre de A; A sería autor mediato de un parricidio (art. 405) y B autor inmediato de un homicidio (art. 407). Esta solución me parece sin embargo menos fundamentada, pues no se ve cómo se reducen los motivos de inhibición de B aquí (no es su propio padre), con lo que (a menos que, por otras vías, como las de los delitos de infracción de deber o la de la comisión por omisión, se pueda fundamentar la autoría del *intrañeus*; pero, como puede verse en la letra e de este apartado, tales vías me parecen discutibles) seguramente estaríamos ante una inducción

a homicidio, con la agravante genérica de parentesco para el inductor (siguiendo la tesis general de Gimbernat en cuanto a la participación de *intranei* en delitos comunes y de *extranei* en delitos especiales, y en concreto en cuanto a la participación en el parricidio y casos similares). En el caso inverso sería más pensable que se produjera una disminución de los factores de inhibición para actuar, cuando el ejecutor inmediato ignorara que mataba a su propio padre (en cuyo caso el mismo resulta en mi opinión autor inmediato de homicidio, por no abarcar su dolo el elemento específico del delito especial, sin entrar aquí a analizar, por no mezclar otro tema polémico distinto de la autoría, la posibilidad de concurrencia de este delito con uno de parricidio imprudente si el error fuera vencible), pero no se ve tampoco cómo ello pueda fundamentar una autoría mediata de homicidio (no de parricidio, ya que al sujeto de atrás le faltaría la condición de *intraneus*), pues las inhibiciones propias de matar a un tercero — homicidio— están intactas también en el sujeto de delante; de entrada parece que habría que sostener que se trata de una inducción a un homicidio y que el mayor desvalor de la conducta del *extraneus* podría tenerse a en cuenta en la última fase de determinación judicial de la pena (ni siquiera por la vía de las circunstancias agravantes). Sin embargo, la solución parece materialmente insatisfactoria, pues se estaría penando menos gravemente al que mediante un ardid (parcial, pues no afecta a toda la conducta de matar) consigue que otro mate a su propio padre, sin saber que lo es (inducción a homicidio) que a quien le convence de que lo mate con conciencia de que se trata de su padre (inducción a parricidio). Ciertamente se podría aducir que el *extraneus* fomenta un hecho del *intraneus* subjetivamente menos disvalioso cuando éste no sabe que mata a su padre. Pero lo que sucede, en mi opinión, es que aquí la conducta del *extraneus* parece superar el mero «fomento» (participación) de un hecho ajeno, para caer en o al menos ser límite con la utilización (siquiera parcial) de otro, por la instrumentalización de su error. El caso no sería tan problemático si se piensa, como opina un sector doctrinal, que la mayor gravedad del parricidio frente al homicidio es consecuencia de un circunstancia altamente personal que sólo debe afectar al pariente y nunca a los *extranei* o (aunque aquí habría que matizar) que se trata de una cuestión de culpabilidad y no de injusto, opiniones que no comparto. O también si se considera que el dolo no forma parte del tipo de injusto, sino de la culpabilidad, con lo que resultaría claro que el *extraneus* habría inducido a un parricidio (el tipo objetivo del parricidio indudablemente se ha realizado por parte del autor inmediato); pero entiendo que el dolo es parte del tipo subjetivo de los delitos dolosos. También podría solucionarse con mayor facilidad el caso, si, como sugieren algunos autores, fuera posible apreciar autoría mediata en los delitos especiales aunque la característica especial concurriera en el instrumento y no en el autor mediato, pues tal vez entonces se podría sostener la autoría mediata de parricidio del *extraneus*;

pero esta solución supone, a mi modo de ver, reducir la realización del tipo por el autor a la posesión del dominio del hecho (o del mayor dominio del hecho en nuestro ejemplo), mientras que personalmente creo que, junto al dominio (mejor determinación) del hecho, deben concurrir en el autor los demás elementos típicos (en este caso el elemento específico del delito especial), para poder afirmar de él que realiza el tipo (o que realiza el «hecho»). Tal vez una posibilidad de castigar al *extraneus* con la pena del parricidio (se podría discutir si se le debería atenuar en alguna medida) sería la ampliación de *lege ferenda* del art. 14,2º, inciso referente a forzar, CP 1944/1973, a supuestos de creación o aprovechamiento de un error, en el sentido en que se explica más adelante (letra f del presente apartado). Como se ve, aquí se plantean cuestiones específicas relativas a la autoría y participación en los delitos especiales, en las que no podemos detenernos más. El problema respecto del parricidio desaparece en el CP 1995, al suprimirse esa figura de delito.

En el caso de provocación de suicidio o autolesiones por error, la autoría mediata de homicidio (o asesinato) o lesiones sólo quedará fundamentada cuando el error impida comprender al ejecutor inmediato (cosa que ocurrirá especialmente en niños, jóvenes e incapaces) el verdadero sentido lesivo (aunque no típicamente antijurídico) para su vida o integridad o salud física o psíquica de la conducta que lleva a cabo; esto debe interpretarse (porque podría resultar ambiguo) como que el ejecutor debe ignorar que se quita la vida o que se produce una merma en la integridad o en la salud física o psíquica; si no, estaremos normalmente ante supuestos de inducción (o cooperación, a menudo necesaria) al suicidio (punible en el Derecho penal español: arts. 143. 1 y 2 CP 1995 y 409 CP 1944/1973) o a las autolesiones (impune). En este contexto resulta interesante el llamado caso Sirio (*Sirius-Fall*), del que se ocupó la jurisprudencia alemana. En él, un sujeto convence a una joven (semiimputable) para que se meta en la bañera con un secador de pelo encendido, diciéndole que de ese modo acabará con su vida presente y renacerá como la misma persona en un cuarto rojo junto al lago de Ginebra para continuar su vida en un cuerpo nuevo y mejor y, cuando llegue el día de su muerte, su alma podrá vivir en la estrella Sirio; el sujeto convence a la mujer para que suscriba un seguro de vida en el que él era beneficiario, con la intención de hacerse con la indemnización del seguro cuando la mujer muriera electrocutada en la bañera. El plan fracasa porque el secador no funciona como el sujeto esperaba y no se produce la electrocución. El BGH condenó al sujeto por una tentativa (o delito frustrado conforme al Derecho penal español bajo la vigencia del CP 1944/1973) de asesinato, puesto que, según el BGH, la mujer no quiso nunca suicidarse, pues pensó que su vida terrenal no acabaría en la bañera, sino que continuaría en el lago de Ginebra (de hecho, nunca se suicidaría, pues consideraba que el ser humano no tiene derecho a hacerlo); la decisión, bajo este supuesto, del BGH es correcta, pues

el sujeto provocó un error similar (salvado el hecho de que el suicidio no es delito) al que supondría respecto de los elementos del tipo de homicidio el que el sujeto no se diera cuenta del carácter lesivo para la vida de otro del arma que dispara contra él (error de tipo).

Pero el BGH señaló que, incluso en la hipótesis de que la mujer hubiera sido consciente de que su renacer en el lago de Ginebra suponía su muerte física, el sujeto de atrás sería autor mediato de asesinato, pues estima equivalente el error consistente en hacer creer que la muerte no es sino comienzo de una nueva vida (error sobre el sentido concreto de la acción) a la creencia errónea de que la muerte no se producirá. Como han señalado algunos autores, la fundamentación del BGH no convence, pues, si la mujer sabía que dejaba de vivir, era consciente de que se suicidaba y su error era un mero error en los motivos (habría por tanto una inducción al suicidio, punible - aunque con una pena inferior a la del autor de un homicidio- en el Derecho español, pero impune en el alemán, por lo que el caso fue tan discutido) irrelevante como tal, pues equivaldría al que sufre un sujeto que mata a otro con plena consciencia de lo que hace, aunque pensando, porque así se lo ha dicho quien le induce a matar, que con eso se ganará el cielo (inducción y no autoría mediata al homicidio). Roxín, abandonando una toma de postura inicialmente distinta y reconociendo que no es suficiente para fundamentar la autoría mediata de asesinato la equivocación del suicida sobre el sentido y las consecuencias de la propia muerte cuando el mismo se mata consciente y responsablemente (error en los motivos), ha señalado que, de todas formas, lo que ocurre es que probablemente se pueda contemplar el caso concreto (en su segunda versión hipotética) no como de error en los motivos, sino en el sentido de que la creencia del sujeto de que se está ante un suicidio cuando se comienza una nueva vida terrenal en otro cuerpo sería un error de subsunción, pues quien quiere seguir viviendo (aunque sea con otro cuerpo) en realidad no quiere suicidarse, con lo que la situación acaba siendo la misma que en la de los hechos dados por probados, en que la mujer no fue consciente de que se suicidaba; ésta es la fundamentación (distinta a la incorrecta que el propio Tribunal ofrece) que da Roxín a la solución del BGH para el caso hipotético que se plantea y que pretende que tenga validez general: la autoría mediata de homicidio o asesinato existiría sólo cuando y siempre que el sujeto que actúa inmediatamente no se dé cuenta del hecho de que se mata a sí mismo. Creo que se ha de estar de acuerdo con Roxín en su consideración general, y probablemente la idea del error de subsunción que aplica para fundamentar la autoría mediata de asesinato en la segunda variante hipotética del caso también pueda ser compartida. También habría que matizar cuando se habla de la irrelevancia del error en los motivos a efectos de fundamentar la autoría mediata, pues lo que se entienda por error en los motivos puede ser variable, e incluso tal vez sea posible distinguir supuestos distintos de error en

los motivos (así, por ejemplo, entre nosotros Silva Sánchez ha defendido que algunos supuestos de error en los motivos del suicida pueden fundamentar el dominio funcional del hecho en el sujeto de atrás y, con ello, su autoría mediata). Pero hay que reconocer que nos hallamos ante supuestos límite (según cómo «construyamos» el error) y que, como subraya entre nosotros Muñoz Conde (en un trabajo en que se ocupa del caso Sirio, rechazando la autoría mediata en el supuesto de error en los motivos), es preferible un sistema legal como el español, que castiga ciertas formas de participación en el suicidio (aunque el art. 409 CP 1944/1973 le parecía al citado autor necesitado de revisión para que sólo abarcara casos que supongan desprecio a la dignidad humana y no otros en que existe una actuación por motivos altruistas, piadosos, humanitarios), que uno como alemán que no penaliza tal participación y que produce seguramente una tendencia a la extensión y al forzamiento de la autoría mediata (de homicidio o asesinato) para supuestos merecedores y necesitados de pena.

c) Utilización de inimputables

La utilización de un menor, de un enajenado, etc. constituye uno de los supuestos clásicos de autoría mediata, aunque en el mismo, por hallarse sólo afectada la culpabilidad del ejecutor inmediato, el principio de accesoriedad limitada no supondría problema alguno para castigar al sujeto de atrás como partícipe. Sin embargo, la incapacidad o anormal capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de motivarse según esa comprensión del sujeto (inimputable) que actúa inmediatamente (comprensión o capacidad de motivación que no le falta al sujeto de atrás) es lo que permite hablar de una instrumentalización del inimputable a manos del sujeto de atrás y de autoría mediata de éste.

Es común afirmar que, como la ley hace irresponsable al inimputable, el sujeto de atrás es sin más autor mediato y no partícipe de su hecho (nuevamente una faceta del llamado principio de responsabilidad, aplicado a éste y a otros supuestos de autoría mediata). Ahora bien, en mi opinión y la de algunos otros autores, en algunos casos no deja de ser una ficción hablar de instrumentalización de un ser humano o de incapacidad de comprensión o motivación; tomemos el ejemplo de quien induce a un muchacho de quince años (la mayoría de edad penal se alcanza en el CP 1944/73 a los dieciséis años; o de diecisiete incluso, si tomamos la mayoría de edad penal fijada por el CP 1995 –dieciocho años, si bien el citado CP no entrará en vigor en este punto hasta que no se apruebe una Ley de responsabilidad penal del menor) a tirar una piedra a un cristal de una casa vecina y romperlo (suponiendo que el mismo alcanzara el valor requerido en los delitos o faltas de daños); normalmente, sólo de manera muy formal (fijada en la ley) podemos decir que el muchacho no conoce el significado antijurídico de lo que hace o que, conociéndolo, no puede motivarse conforme a él. Ciertamente, la ley ha fijado una presunción *iuris et de iure* de

inimputabilidad de ese menor y, con ello, su irresponsabilidad penal, como alegan los defensores del principio de responsabilidad. Pero a ello creo que cabe oponer que lo que se acaba de decir es correcto para fundamentar la responsabilidad o irresponsabilidad del propio sujeto (el menor), pero no tiene que valer necesariamente para determinar la posible responsabilidad (como autor mediato o como partícipe) de una tercera persona (el sujeto de atrás), por lo que, para determinar la calificación de ésta sería necesario un juicio *material* sobre la *real* inimputabilidad o inimputabilidad del que obra de manera inmediata.

Con lo acabado de decir se puede establecer la pauta general también sobre la posibilidad de afirmar la autoría mediata de quien induce a semiimputables (normalmente jóvenes de determinada edad) a la comisión de delitos. Aunque el problema es muy complejo (por lo que deseo evitar un pronunciamiento firme sobre el tema, que me plantea dudas de diversa índole), la idea general sería que la calificación del sujeto de atrás dependería de la incidencia *real, material*, en cada caso, de la semiimputabilidad en la capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho y de motivación (o inhibición) conforme a la misma del propio semiimputable (del mismo modo que, en otros supuestos de inimputabilidad, lo exige la propia ley incluso para el sujeto potencialmente afectado por la misma: art. 20.1º y 2º CP 1995).

Lo anterior significa, según creo, romper en buena medida con el principio de responsabilidad en materia de autoría mediata (aunque tampoco pretendo en este marco rechazar rotundamente cualquier tipo de relevancia del mismo en otros supuestos), en lo ese principio tiene de carga formal, pues las consideraciones políticocriminales referidas a un sujeto (se declara penalmente irresponsable en definitiva a todo menor de catorce, de dieciséis o de dieciocho años, por razones en gran medida de conveniencia políticocriminal, sólo en parte dependientes de consideraciones sobre la edad media de “maduración” real en diferentes países) no tienen que valer necesariamente para calificar a otro de autor (mediato) o partícipe (este razonamiento, entre otros, explica —con mayor claridad aún que en los casos vistos— que la falta de concurrencia de una circunstancia necesaria para que se dé el discutido elemento punibilidad o la concurrencia de una que lo excluya en el que actúa de manera inmediata no fundamenta en absoluto autoría mediata de un posible sujeto de atrás, aunque no excluye tampoco en absoluto la calificación y punición de éste como partícipe). Por tanto se aboga por un concepto material de autoría mediata (y de participación mediata) cuyo eje es la efectiva instrumentalización de un sujeto por otro y se admiten por tanto, siempre que se dé esta instrumentalización, tanto supuestos de autor mediato responsable tras otro autor inmediato también responsable como casos de participación con un ejecutor inmediato penalmente irresponsable (participación que será punible en el caso más frecuente de que la irresponsabilidad del que

actúa de manera inmediata se derive de su falta de culpabilidad, en cuyo caso se podrá decir que éste, si cumple naturalmente los requisitos típicos, es autor inmediato, aunque irresponsable del delito).

d) Utilización de aparatos organizados de poder

Un supuesto discutido es éste, propuesto por Roxin, que suele denominarse de autoría mediata por la utilización de aparatos organizados de poder. La figura la planteó Roxin y se ha discutido sobre ella después sobre todo en relación con los crímenes del aparato estatal de poder nacionalsocialista en la Alemania hitleriana, pero podría ser aplicada a supuestos similares (por ejemplo, y no es el único caso, se utilizó en la acusación por crímenes de Estado cometidos durante la dictadura de las juntas militares argentinas de los años setenta y primeros ochenta) o de organizaciones no estatales desligadas de las normas jurídicas (por ejemplo, algunas organizaciones terroristas o mafiosas, como las dedicadas al tráfico de drogas; en este último terreno ha estudiado recientemente en un interesante trabajo Joshi Jubert la posibilidad de la autoría del sujeto de atrás, sin rechazarla, aunque sin admitirla automáticamente y valorando otros datos además de la fungibilidad del ejecutor; también otros autores españoles analizan más recientemente la utilidad de esta construcción en el marco de la delincuencia "empresarial"). Se trata de casos en que alguien ordena la realización de una acción delictiva y el ejecutor material no actúa (o no siempre actúa, pues en los ejemplos citados se darán a menudo casos en que sí) en situación de miedo insuperable, estado de necesidad, obediencia debida o error (en cuyo caso nos hallaríamos ante otros supuestos de autoría mediata), sino que podría no obedecer la orden y siempre habría otro dispuesto a cumplirla; es decir, la «máquina de delinquir» en que consiste la organización funciona automáticamente, incluso aunque falle alguno de sus engranajes. Roxin y quienes le han seguido defienden aquí la autoría del que da la orden (ocupe el puesto que ocupe en la organización y aunque él a su vez haya recibido la orden de más arriba), pese a que exista plena responsabilidad del autor inmediato (estaríamos, por tanto, ante un caso de autor tras el autor), por el hecho de la fungibilidad de éste, es decir, porque quien da la orden puede tener plena seguridad de que el delito se llevará a la práctica por uno o por otro autor inmediato.

La fundamentación de la autoría mediata en la fungibilidad del instrumento resulta muy sugerente, pues destaca claramente lo que separa estos supuestos de los «clásicos» de inducción, en los cuales, al no existir fungibilidad del autor inmediato, el inductor no puede contar con que por el simple hecho de proponerlo él el delito se cometerá. Sin embargo, aunque con algunas dudas, estimo que, como ya señaló en España hace bastante tiempo Gimbernat, no nos hallamos ante casos de autoría mediata, sino de participación en sentido estricto (según las circunstancias y, sobre todo, según el lugar que el sujeto ocupe en la cadena que sigue la orden,



se tratará de inducción o de alguna forma de cooperación), pues, pese a todo, la comisión del delito pasa siempre por la decisión voluntaria libre de un (uno u otro) autor inmediato doloso (consciente) y responsable, que «ve» la situación (en sentido amplio, incluyendo también su valoración jurídica) igual que el que da la orden. El supuesto presenta peculiaridades por tanto frente a los supuestos «clásicos» de inducción y frente a los casos más claros de autoría mediata. Pero de admitir ésta, quizá también habría que admitirla (pese a las diferencias que sin duda existen con el supuesto analizado) en los casos de quien, disponiendo de ciertas cantidades de dinero, puede contar con encontrar siempre a alguien, en el mundo de la delincuencia habitual o profesional, que cometa acciones delictivas a cambio de una contraprestación económica, sobre todo si se trata de hechos no extremadamente graves (aunque seguramente no sólo en ese caso), como, por ejemplo, quien contrata a un matón sólo “para dar un susto”, mediante la amenaza o pequeños daños en la propiedad a su deudor o enemigo; y en estos casos parece difícil afirmar que quien paga ha realizado el hecho a través de otro que actúa como instrumento. No obstante, al final de este trabajo, realizaré algunas matizaciones en relación con la delincuencia “empresarial”.

- e) La llamada autoría mediata mediante instrumento doloso no cualificado. Los casos así llamados son también discutidos. En ellos, un *intra-neus* en relación con un delito especial induce a un *extraneus* que obra con plena libertad y de manera dolosa, «viendo» por tanto perfectamente la situación (sin darse pues ninguno de los demás criterios fundamentadores de la autoría mediata), a la realización de la conducta propia de ese delito especial. Si se trata de la conducta de un delito especial impropio, la cuestión será importante, pero no de importancia decisiva, pues al menos es seguro que al *intra-neus* se le podrá castigar como inductor del delito común correspondiente, del que es autor inmediato el *extraneus*. Si se trata de la conducta de un delito especial propio, el problema es más grave: el *extraneus* que actúa de modo inmediato no puede ser autor del delito especial, pues le falta la característica personal exigida por el tipo, resultando su conducta en principio atípica; el inductor *intra-neus* no podrá responder como inductor, en virtud del principio de accesoriidad limitada de la participación, que hace atípica la participación en un hecho no típicamente antijurídico. Por tanto, gracias a un relativamente sencillo expediente, se habría podido cometer materialmente un delito que, sin embargo, no se podría castigar, lo que supone una grave laguna de punición. Para evitarla se acude a la figura de la autoría mediata por utilización de un instrumento doloso no cualificado: el *intra-neus* sería autor mediato del hecho y el *extraneus* un partícipe en el mismo (en España se calificaría normalmente esa participación de cooperación necesaria; en mi opinión, de ser efectivamente participación, sería cooperación ejecutiva del art. 14,1º CP 1944/1973, que desaparece en el CP 1995, en el que efectiva-

mente, si fuera participación, se trataría de cooperación necesaria de su art. 28, segunda parte, letra b).

Pues bien, personalmente considero que el recurso a esta figura de "autoría mediata" supone una mera petición de principio, porque precisamente no fundamenta en criterio material alguno por qué nos hallamos ante una «utilización» de un «instrumento» o, dicho de otra manera, por qué domina aquí el hecho el *intraneus*. La apelación de algunos autores a un supuesto "dominio social" o "psicológico-normativo" del hecho vuelve a ser una petición de principio a la que se da un nombre sin contenido. La alusión de Mir Puig a la imposibilidad de que otro sujeto dispute al *intraneus* la pertenencia del hecho me parece más sugerente, pero insuficiente y, además, como he procurado fundamentar detenidamente en otro lugar, incorrecta como criterio general de determinación de la autoría. Cabría fundamentar tal vez la instrumentalización del *extraneus* y el dominio del *intraneus* en que, al partir el primero de su segura impunidad (en el caso de delitos especiales propios, no sirviendo por tanto —o sirviendo en menor medida— la posible argumentación para los impropios, aun cuando el argumento se considerara convincente), no tendría motivos de inhibición para obrar (al contrario que el inducido a realizar un delito común y de manera similar al instrumento que actúa en error). Pero este argumento sería meramente aparente: en primer lugar, supone que la actuación de las personas libres y conscientes se mueve exclusivamente por temor a la sanción penal, cuando de hecho el *extraneus*, consciente del «truco» para el que se le "utiliza", puede tener (y normalmente tendrá) reparos ético-sociales o de otra índole a prestarse al juego (por tanto, si lo hace, no está siendo instrumentalizado), al margen del efecto preventivo de otras responsabilidades laborales, jurídicas (no penales), etc. en que el *extraneus* pudiera incurrir. Pero es que, en segundo lugar y sobre todo, la argumentación sería contradictoria con la propia construcción de la autoría mediata por utilización de un instrumento doloso no cualificado: en ella, el *extraneus* participe del autor mediato no debe contar en absoluto con la impunidad, sino más bien con el castigo (como partícipe), por lo que no desaparecería factor alguno de inhibición de su conducta.

Por tanto, puedo reafirmar mi opinión de que no existe fundamento material alguno (más allá de la producción de una laguna de punición injustificada, y ésta no es fundamento suficiente) que explique la autoría mediata del *intraneus* en el supuesto analizado; efectivamente se produce una laguna injustificada de punición, salvo que exista alguna otra forma de fundamentar la responsabilidad, que es lo que trataremos de ver a continuación. La aceptación de la figura de autoría mediata que acabamos de exponer supondría privar a la autoría mediata de su contenido material de auténtica autoría para convertirla en lo que en gran medida (aunque entonces seguramente con mayor fundamento) fue en sus orígenes: una invención para cubrir lagunas de punición.

Respecto de ciertos delitos especiales (sobre todo de funcionarios contra la Administración pública y otros similares) Roxín ha intentado (y otros le han seguido) una vía más fundamentada para sustentar la autoría (aunque, en mi opinión, ya no necesariamente mediata) del *intraneus*. Según Roxín, hay delitos en que lo importante no será la forma externa en que se lleve a cabo una determinada conducta, sino la infracción de deberes jurídicos extrapenales impuestos a determinados sujetos; a estos delitos se les denomina delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*); en ellos, da igual que el vinculado por el deber lo infrinja actuando de propia mano o convenciendo a otro o ayudando a otro para que realice la conducta de la que se deriva la infracción del deber. En nuestro supuesto, el *intraneus* sería el autor del delito porque ha infringido el deber, aunque lo haya hecho mediante la inducción a un *extraneus* para que realice una determinada conducta; el *extraneus* podría ser castigado como partícipe del autor *intraneus* (la misma solución, por tanto, que se deriva de la construcción del instrumento doloso no cualificado).

Al margen de sus posibles fricciones con la concepción más moderna sobre el bien jurídico protegido en delitos como los de funcionarios contra la Administración pública, esta fundamentación sería intachable si la categoría de los delitos de infracción de deber fuera aceptable con carácter general, pero resulta que, aunque en ella hay un importante fondo de verdad en cuanto al contenido material de algunos tipos, ocurre, como señaló también hace bastante tiempo Gimbernat, que la construcción no es aceptable con carácter general. El principio de legalidad impone también unas exigencias formales (que no hay que confundir con una mera «interpretación literal de diccionario» del tenor de los tipos) que hay que respetar escrupulosamente en Derecho penal. Y resulta que casi todos los tipos supuestamente de infracción de deber describen además unas concretas modalidades de actuación que, salvo excepciones, no pueden considerarse realizadas por quien induce a otro para que inmediatamente las lleve a cabo; sólo excepcionalmente los tipos se redactan de un modo tan amplio que en ellos quepa cualquier conducta con tal de que se infrinja el deber (en estos supuestos no habrá problema para afirmar la autoría del *intraneus*). Por tanto, tampoco esta idea soluciona en la generalidad de los casos la laguna de punición anteriormente señalada.

Pero Gracia Martín ha propuesto aún otra posibilidad, que estimo muy interesante: acudir a la figura del actuar por otro para poder castigar en estos supuestos, figura que se concibe (y que, naturalmente, tiene que poseer una plasmación legal para poder ser aplicada) para aquellos casos en que una persona que actúa en nombre o representación de otra (física o jurídica) realiza los actos propios de un delito especial, pero, de no existir estos preceptos, no podría responder del mismo por no concurrir en él los elementos especiales del citado delito, concurriendo éstos en la persona en cuyo nombre o representación actúa. De este modo, se po-

dría castigar como autor del delito especial propio al *extraneus* que realiza la conducta, pero en el que no concurre la característica especial del citado delito, que sí concurriría en el inductor *intraneus*, que podría ser castigado como tal inductor (obsérvese que el resultado no es igual al de las otras posiciones analizadas, pero resolvería de modo satisfactorio la laguna de punición). La propuesta es muy atractiva, pero chocaba con el art. 15 bis CP 1944/1973, que no preveía la actuación a través de persona física, sino sólo a través de persona jurídica; el art. 31 CP 1995 ya sí prevé la actuación «en nombre o representación legal o voluntaria de otro», aunque seguramente no todos los casos de actuación por «instrumento» doloso no cualificado podrán reducirse a esta fórmula (salvo que se interpretara la misma de modo muy amplio; pero entonces, ¿no actuaría todo inducido en nombre o representación del inductor?). No obstante, habrá que probar la solución en los diversos delitos y supuestos concretos, pues, con todo, parece la más viable.

También interesante resulta el recurso a la idea de la comisión por omisión para fundamentar, bajo la vigencia del CP 1944/1973, la autoría de infanticidio (art. 410 del citado CP) de la madre que, para ocultar su deshonra, induce a un *extraneus* a dar muerte al hijo recién nacido de la primera o coopera con él en esa muerte. Esta fundamentación ha sido planteada (con importantes matices) por Peñaranda Ramos para el concreto supuesto citado, pero podría intentarse una generalización de la misma a los casos que la doctrina tradicional resuelve mediante la figura de la llamada autoría mediata por instrumento doloso no cualificado. Sin embargo, incluso en el supuesto planteado, se pueden mantener reservas frente a dicha solución, según cuál sea el concepto y los requisitos de la comisión por omisión que se consideren correctos; y, sobre todo, parece aún más cuestionable la generalización de la solución a todos los supuestos que la doctrina tradicional resuelve mediante la llamada autoría mediata por instrumento doloso no cualificado.

Por tanto, parece que ninguna de las construcciones explicadas soluciona plenamente y en la generalidad de los casos la laguna de punición denunciada (aunque, como se ha visto, alguna de ellas sí podría solucionar seguramente algunos casos). Parece pues que no habrá más remedio que soportar esa laguna, que podría solucionarse con una previsión concreta de la ley, por ejemplo creando un precepto en la parte general similar al de la actuación por otro del art. 31 CP, pero concretado para el supuesto que nos ocupa, o redactando los tipos cuyo contenido material así lo aconseje como auténticos delitos de infracción de deber.

- f) Utilización de un instrumento cualificado por parte de un no cualificado  
Supuesto en cierta medida inverso al anterior es el del *extraneus* que, sirviéndose de alguno de los medios que normalmente fundamentan autoría mediata, consigue que el *intraneus* realice la conducta propia del delito especial. El problema se plantea sobre todo cuando el *intraneus*, aquí

verdadero instrumento, actúa en un supuesto de falta de acción (por existencia de fuerza irresistible), o de modo justificado (en estado de necesidad o en caso fortuito derivado de un error de tipo invencible), o meramente imprudente (por error de tipo vencible) en tipos en que sólo es punible la comisión dolosa (e incluso quizá cuando actúa sin culpabilidad, pues no está claro que cualquier forma de autoría mediata sea a la vez inducción u otra forma de participación). En los delitos especiales propios -y lo mismo ocurre en los delitos de propia mano o en alguno de los delitos con modalidades limitadas de acción- la cuestión es especialmente grave: el *intraeus* (único posible autor del delito, por concurrir en el la cualidad especial exigida por el mismo) no realiza una acción típicamente antijurídica en los supuestos señalados, por lo que, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación, el *extraneus* no puede ser castigado como inductor (u otra clase de partícipe) en el delito especial propio (o de propia mano o con modalidades limitadas de acción); pero ese *extraneus* tampoco puede ser castigado como autor mediato (o, según algunos, en supuestos de falta de acción del instrumento, como autor inmediato) del mismo (calificación más acorde a la naturaleza material de su conducta), pues le falta la cualidad personal del delito especial (o la actuación de propia mano o mediante alguna de las modalidades de acción tasadas por la ley), ni como autor mediato (o inmediato) de un delito común correspondiente (como sucedería en los delitos especiales improprios), pues nos hallamos ante un delito especial propio (ante una prevaricación judicial, por ejemplo). Por tanto habría que absolver al sujeto de atrás *extraneus* del delito especial (al margen de que se le pudiera castigar por algún otro delito en relación con el medio utilizado frente al instrumento: por ejemplo, por coacciones o amenazas), lo que no parece satisfactorio (parece preferible que se le pudiera castigar, aunque tal vez habría que tener en cuenta su mayor lejanía, como *extraneus* al injusto específico del delito especial, a la hora de determinar su responsabilidad). Es claro que ni la rechazable construcción de la autoría mediata por «instrumento» (que no lo es) doloso no cualificado ni la de los delitos de infracción de deber ni la del actuar por otro ni la de la comisión por omisión aportan aquí solución alguna.

Luzón Peña y yo mismo hemos creído encontrar una posibilidad de castigo de algunos de estos supuestos en el primer inciso del art. 14,2º CP 1944/1973, referido a los que fuerzan a otros a ejecutar el hecho, que permitiría solucionar los casos en que el *extraneus* emplee fuerza, que, en nuestra opinión, debía interpretarse en sentido amplio comprensivo de la intimidación, sobre el *intraeus* instrumento; la doctrina interpretaba este inciso como un supuesto bien de autoría inmediata (denominada habitualmente directa), bien de autoría mediata, o bien (para una opinión muy minoritaria) de inducción, pero creo que entonces el inciso resultaría superfluo, pues la autoría inmediata y la mediata se desprenden, en mi opi-

nión, de los tipos de la parte especial, y la inducción se hallaba recogida en ese mismo art. 14,2º CP 1944/1973. La interpretación del caso de fuerza del art. 14,2º CP 1944/1973 como un supuesto que materialmente es de autoría, aunque el principio de legalidad no permite calificarla de tal por faltar en el forzador el elemento personal, la actuación de propia mano, etc. (no sería en cualquier caso un supuesto de participación sometido al principio de accesoriedad), es la única que no convierte en superfluo el precepto y satisface unas necesidades políticocriminales importantes. Por ello, Luzón Peña y yo hemos abogado, de *lege lata*, como ya he señalado, por una interpretación amplia del concepto de fuerza y, de *lege ferenda*, por la ampliación de la figura a otros supuestos de utilización (provocando o aprovechando un error fundamentalmente) de un sujeto (*intraneus*, actuante de propia mano, etc.) por otro en los delitos citados, si bien personalmente he puesto en duda que la forma más correcta de recoger la figura sea la del art. 14,2º CP 1944/1973, pues quizá habría que restringirla sólo a ciertos grupos de delitos, meditando detenidamente a cuáles, ya que podría haber otros cuyo alto contenido de infracción de deber o carácter altamente personal hiciera carecer de fundamento o resultar poco recomendable el castigo del sujeto de atrás por el delito especial, etc., aunque, eso sí, quedaría en pie la responsabilidad del mismo por el o los delitos —por ejemplo de coacciones— cometidos con la propia actuación sobre el instrumento.

Sin embargo, los caminos que me parecen más adecuados en este punto no han sido los seguidos por el CP 1995, por lo que seguirán produciéndose lagunas de punición indeseables. Desde luego, el CP 1995 no ha ampliado la figura del art. 14,2º CP 1944/1973 a otros supuestos de utilización de un *intraneus* como instrumento a manos de un *extraneus* ni ha seleccionado los grupos de delitos a que debe aplicarse esta excepción al régimen general. Lo que ha hecho el CP 1995 es suprimir la referencia a los supuestos de forzar, seguramente por entenderla superflua, creyendo (erróneamente en mi opinión) que se trataba de un supuesto de autoría inmediata o mediata (aludidas expresamente ahora en el art. 28, primer párrafo CP 1995) o de inducción (recogida en el segundo párrafo, letra a, del citado art. 28 CP 1995 entre los sujetos que, además de quienes lo son, «también serán considerados autores»). Convendría, de *lege ferenda*, dar una solución al problema, que podría consistir en una cláusula general (aunque seguramente limitada a ciertos grupos de delitos) *ad hoc*, del mismo modo que, para solucionar el problema de la actuación por otro, se ha establecido la cláusula del art. 31 CP 1995 (y sus antecedentes históricos).

- g) La llamada autoría mediata mediante instrumento doloso sin intención. En los delitos que exigen un elemento subjetivo del tipo consistente en un especial ánimo o intención, como ocurre por ejemplo en el hurto con la exigencia de ánimo de lucro, podría suceder que un sujeto induzca a otro

a realizar la conducta típica concurriendo en el inductor y no en el inducido el elemento subjetivo. El ejemplo clásico es el del sujeto que, queriéndose apropiarse de algún objeto de valor del vecino, le pide a su criado (sin coacción ni orden vinculante, etc.) que lo coja y se lo dé, lo que éste hace con plena consciencia de la ajenidad de la cosa. Se dice que el criado en principio no comete un hurto porque le falta el ánimo de lucro y que el señor tampoco, pues él no toma la cosa mueble ajena; además, el señor no puede ser castigado tampoco como inductor, por falta de hecho típico en el inducido (principio de accesoriadad limitada de la participación). Para evitar la laguna de punición, se dice que el señor es autor mediato del hurto por utilización del criado como instrumento doloso sin intención; el criado, a su vez, sería partícipe en el hecho del autor mediato (o sea, del señor), pudiendo así castigarse a ambos.

Por prácticamente las mismas razones que en el caso del mal llamado instrumento doloso no cualificado, me parece inaceptable (por ser una mera petición de principio que convierte a la autoría mediata en un mero fenómeno cubrelagunas sin fundamento material) el sostener aquí la calificación de autor mediato para el sujeto de atrás.

Sin embargo, en estos supuestos a menudo sólo aparentemente se produce la impunidad, pues lo que ocurre es que están mal planteados. Como señalan Roxín o Gimbernat, entre otros, el ánimo de lucro en el hurto puede entenderse como ánimo de apropiación (lo que me parece correcto) y, por tanto, el criado actúa con ese ánimo, pues dispone de la cosa mueble ajena que ha tomado como propia al dársela al señor, quien, a su vez, podría ya ser calificado de inductor del hurto. Pero es que además y aunque no se aceptara esa concepción del ánimo de lucro, no me parece descabellado decir que el señor *toma* cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño, aunque no lo haga directamente de su propietario, de manera que, como él sin duda actúa con ánimo de lucro, sería autor del hurto y el criado, si se cree que no actuó con ánimo de lucro (por partirse de otra concepción respecto de este elemento subjetivo del hurto), cooperador necesario (en el CP 1995; durante la vigencia del art. 14, 1º CP 1944/1973, mejor cooperador ejecutivo) del señor. No creo que la calificación de la conducta del señor que mejor cuadre sea la de receptación, pero, si no se admitiera alguna de las soluciones señaladas (y sólo en tal caso), cabría también ésta. En otros supuestos ya diferentes —fundamentalmente en cuanto al conocimiento por parte del que actúa de manera inmediata— cabe castigar, si no puede fundamentarse la autoría mediata de hurto, al sujeto de atrás como autor de una estafa, y tal vez en algún caso pudiera ser de aplicación el delito de apropiación indebida. De todas maneras, la solución a estos supuestos (que no necesariamente han de ser el del hurto del ejemplo), que no será la de construir una autoría mediata, depende del delito en cuestión y de la concreta configuración del caso.

#### 4. Límites a la autoría mediata

Por ser la autoría mediata, como toda autoría, realización del tipo, la misma tiene que derivarse directamente, al igual también que cualquier otra forma de autoría, de cada uno de los tipos de la parte especial, y tiene su límite en aquellos delitos cuya redacción típica impida (por razones materiales o formales) la realización de la acción típica a través de otro; se trata fundamentalmente de los delitos de propia mano y de los delitos con modalidades limitadas de acción ninguna de las cuales pueda realizarse a través de otro (si bien aquí también un sector doctrinal pretende recientemente afirmar la autoría mediata del sujeto de atrás por el dominio sobre la realización de propia mano o de los propios medios o modalidades, posición que me parece muy discutible desde el punto de vista del principio de legalidad y de la autoría como realización del —mejor o peor configurado por la ley— tipo). Si se admitiera en ellos la autoría mediata, se violaría el principio de legalidad.

Mi postura en relación con la autoría mediata en los delitos de propia mano (y algo similar cabría decir de los delitos con modalidades limitadas de acción o de algunos de ellos), paradigmáticamente en la violación (en el CP 1944/73), va en contra de la que parece ser la corriente que se impone últimamente en esta materia y que admite la autoría mediata en esos delitos y concretamente en la violación; así, en España se inscribirían en esta corriente opiniones recientes de especialistas en delitos de propia mano (Maqueda Abreu) o en autoría mediata (Hernández Plasencia), así como la STS 2-11-1994 (A 8386, ponente BACIGALUPO), que cuenta con antecedentes jurisprudenciales, pero aporta una fundamentación hasta hace poco no ofrecida por el TS. Pues bien, para que quede claro: materialmente estoy de acuerdo con esta corriente en que no tiene sentido no admitir la autoría mediata en delitos de propia mano como la violación (en el CP 1944/73); es más, coincido en que hoy en día difícilmente se justifica la existencia de delitos de propia mano (al margen de posibles rarísimas excepciones). La razón por la que sigo diciendo que en la violación del CP 1944/1973 no cabía autoría mediata es más bien formal: el tenor literal del tipo del art. 429 CP 1944/1973<sup>1</sup> exigía que el autor «tuviera acceso carnal» y, aunque estoy de acuerdo en que la interpretación literal tiene que trascender la mera lectura de un diccionario (por ello es tan denostado ahora por la corriente señalada el argumento formal o lite-

---

<sup>1</sup> Art. 429 CP 1944/73 (última versión): "La violación será castigada con la pena de reclusión menor./Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:/1. Cuando se usare fuerza o intimidación./2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación./3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores".



ral), creo que, desde ninguna perspectiva de interpretación del lenguaje, cabe afirmar que tiene acceso carnal quien pone una pistola en la sien de otra persona obligándole bajo amenaza de muerte a penetrar a o a ser penetrada por una tercera persona, o quien engaña a otro (incluso de manera invencible) sobre el consentimiento en la penetración vaginal, anal o bucal por quien aparentemente se resiste a él. Por tanto, no es desde una exageración del formalismo interpretativo ni desde una defensa de la teoría objetivo-formal en materia de autoría, sino desde el respeto a la no transgresión del tenor literal posible de los tipos, desde el que reitero mi convicción de que no cabía autoría mediata en la violación del CP 1944/73. Ahora bien, por un lado, proponía, cuando estaba vigente ese CP, la solución de alguno de estos casos acudiendo al supuesto de fuerza del art. 14,2º CP 1944/1973 interpretado en el sentido apuntado anteriormente, y consideraba conveniente que el legislador redactara el tipo de violación de manera que no fuera un delito de propia mano (no lo es p. ej. en el § 177 del StGB, pero no es éste el único modelo posible) y he procurado interpretar siempre como delitos no de propia mano tipos que a veces se interpretan como tales sin que existan razones materiales ni formales claras para ello (así me he pronunciado respecto de los antiguos abusos deshonestos y las agresiones sexuales en el CP 1944/1973). En las agresiones sexuales genéricas del art. 178 CP 1995 considero que ya no se tipifican delitos de propia mano, pues se habla de «atentar contra la libertad de otra persona, con violencia o intimidación»<sup>2</sup>. Y ni siquiera la violación del art. 179<sup>3</sup> exige claramente ese carácter de propia mano (aunque hay quien sigue sosteniendo que se trata de un delito de propia mano), pues sólo se requiere que «la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías», lo que, aparentemente, permite interpretar que no es necesario que quien atenta contra la libertad sexual de otro existiendo un acceso carnal o introducción de objetos sea el mismo que realiza tal acceso o introducción, y, en consecuencia, que cabe la autoría mediata en este delito.

---

<sup>2</sup> Art. 178 CP: «El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años» (es la redacción dada al precepto por Ley Orgánica - LO- 11/1999, de 30 de abril, que apenas difiere de la original).

<sup>3</sup> Art. 179 CP: «Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años». Esta es la redacción del precepto y la configuración del delito tras la reforma operada por LO 11/1999, de 30 de abril, pues la versión inicial de este artículo en el CP 1995 configuraba el tipo de una manera distinta y sin darle el *nomen iuris* de violación (lo que, como mínimo, resultaba llamativo), si bien lo dicho en el texto respecto de la posibilidad de interpretar que no se exige la realización de propia mano y, por tanto, cabe autoría mediata, valía para la redacción original, que era la siguiente: «Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años».

Finalmente cabe recordar que, como ocurre en toda forma de autoría, no puede ser autor mediato de un delito especial el *extraneus*, o sea, aquel en quien no concurre la característica especial exigida por el tipo (ya hemos visto las lagunas de punición que en ocasiones se producen y las posibilidades —no siempre existentes— de colmarlas), aunque, si se trata de un delito especial impropio, podrá ser autor mediato del delito común correspondiente.

## 5. Regulación positiva de la autoría mediata

El CP 1944/1973 no contenía mención expresa alguna de la autoría mediata, aunque algunos autores creían que la misma estaba comprendida, al menos parcialmente, en el inciso relativo a forzar a otros a ejecutar el hecho, del art. 14,2º del citado CP, e incluso en el relativo a tomar parte directa en la ejecución del hecho, del art. 14,1º del mismo Código. Por ello, en el CP 1995 (donde por cierto, y en mi opinión desgraciadamente, desaparece la mención entre quienes también serán considerados autores —junto a quienes lo son— de las figuras del art. 14,1º y 2º —inciso relativo a forzar— CP 1944/1973), la gran novedad respecto del CP 1944/1973 es la mención de las tres formas generalmente aceptadas de autoría en sentido estricto, señalando expresamente el art. 28 CP 1995 que «son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento», en clara referencia a la autoría inmediata individual (frecuentemente llamada autoría directa), a la coautoría y a la autoría mediata (y coincidiendo en buena medida, aunque con alguna diferencia al menos formal, con el § 25 StGB alemán).

¿Qué opinión merece la mención expresa de quienes son autores? Personalmente creo innecesaria la mención de las formas de autoría —y también por tanto de la autoría mediata—, pues concibo la autoría (cualquier clase de autoría) como estricta realización típica (si bien hay que completar esta fórmula con la material de la determinación objetiva del hecho especialmente en los delitos puramente resultativos y hay que introducir el matiz de que en los delitos con más de una acción típica es autor quien realiza la acción típica nuclear o alguna de las acciones típicas nucleares, si es que no lo son todas). Por ello creo, con un sector doctrinal, que toda forma de autoría —y también por tanto la autoría mediata— se deriva directamente de los tipos de la parte especial. Otro sector doctrinal (especialmente Cerezo Mir, Gracia Martín y Hernández Plasencia) ha alegado en defensa de una mención expresa de las formas de autoría en un precepto de la parte general, en especial de la autoría mediata, el que de ese modo se salvan los problemas que de *lege lata* plantea al principio de legalidad el reconocimiento de esta forma de autoría. Pues bien, creo que tales problemas se producen efectivamente, como ya he señalado, en algunos tipos (no en muchos otros), en los que el tenor literal posible impide encajar en él la realización de acciones a través de

otra persona instrumental (así en los delitos de propia mano o en algunos delitos con modalidades limitadas de acción o, en casos de autoría mediata de *extranei*, en los delitos especiales, aunque si son impropios cabrá encajarla en el tipo de delito común correspondiente); a menudo ello es un problema de defectuosa redacción de los tipos de la parte especial. Pero tales problemas se seguirán produciendo por mucho que un precepto de la parte general declare que es autor el que realiza el hecho a través de otro del que se sirve como instrumento, pues, por ejemplo, el *extraneus* que se sirve de un juez para que éste prevarique no realizará una prevaricación, no “realizará el hecho ... por medio de otro del que sirve como instrumento”, como exige el citado art. 28.

Sin embargo, aunque repito que considero innecesaria la mención de las formas de autoría, la misma quizá sea conveniente por otra razón: fundamentalmente para dejar claro de una vez y para siempre que la autoría mediata (menos dudas han existido respecto de las otras formas de autoría, aunque alguna quizá en relación con la coautoría) es una forma de auténtica autoría, acabando con algunas reticencias jurisprudenciales al respecto y quizá con cierto entendimiento, a veces no explícito, de algunos autores de la autoría mediata como forma de ampliación de la autoría restrictiva o en sentido estricto (quizá sea ésta la idea que, en el fondo, late en autores como los citados cuando creen que existen problemas en relación con el principio de legalidad para reconocer la autoría mediata si ésta no se prevé expresamente por la ley).

Cuestión distinta es si la fórmula empleada por el CP 1995 para referirse a la autoría mediata («por medio de otro del que se sirven como instrumento») es la más adecuada. Recientemente Hernández Plasencia ha señalado con razón que dicha fórmula podría dar lugar a que se interpretara que sólo cabe autoría mediata en los delitos dolosos, por las implicaciones del verbo «servirse» (y, añadido yo, quizá reforzado por la expresión «por medio de»), lo que supondría cerrar el paso a la interpretación —sin duda discutible, pero no tan unánimemente refutada como para que el legislador la impida— de diversos autores (entre los que me incluyo) de que cabe autoría mediata en los delitos imprudentes; para dejar abierta la posibilidad de autoría mediata en delitos imprudentes, propone Hernández Plasencia que se emplee, en referencia al autor mediato, la fórmula «aquél que realiza el hecho a través de otra persona que obra como instrumento». Efectivamente esta última fórmula es más neutral, pero en el CP 1995 se ha optado por la otra; sin embargo, seguramente no es del todo imposible interpretar de un modo objetivo la fórmula empleada en el CP 1995 para seguir dando cabida a la autoría mediata en los delitos imprudentes (siendo tal vez posible, en caso contrario, incluir esos supuestos en la realización conjunta o incluso quizá en algunos casos en la individual, aunque esto parece más complicado).

## 6. Autoría mediata y atribución de responsabilidad en los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente

Aunque la intervención que se me ha encomendado concluye aquí, dado que en esta sesión se trata la responsabilidad penal de organizaciones en delitos socioeconómicos y de medio ambiente, me permitiré realizar unas consideraciones muy generales y ceñidas a la autoría mediata en este ámbito.

En principio, los delitos contra el medio ambiente y socioeconómicos plantean problemas específicos de autoría mediata sólo en los casos en que se trate de delitos de propia mano o con modalidades limitadas de acción o cuando se trate de delitos especiales (en cuyo caso, de todas formas, la fórmula general de actuación por otro del nuevo art. 31 CP 1995 también ofrece posibilidades de persecución de personas físicas en la criminalidad de empresa: sobre esto seguramente hablará el Prof. Gracia Martín). Por poner un solo ejemplo, piénsese en el delito publicitario del art. 282 CP 1995, tipo de peligro abstracto de idoneidad o aptitud en que la conducta típica se restringe a la de «los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores». Sin embargo, los problemas más graves de autoría y participación en este tipo no se dan por la restricción de las modalidades de acción, sino más bien por la restricción del círculo de posibles autores (delito especial), no tanto en cuanto que la cualidad de fabricante o comerciante pueda recaer en una persona jurídica (para solucionar este problema bastará acudir al nuevo art. 31 CP 1995), sino en cuanto que será imposible hacer responder como autores, por no ser ni fabricantes ni comerciantes, a sujetos distintos de los mencionados, sujetos que, pese a su virtual importancia en el hecho delictivo (publicistas, asesores, etc.), no podrán a menudo ser castigados tampoco como partícipes en virtud de las restricciones que al castigo de la participación impone el art. 30 CP 1995<sup>4</sup>,

---

<sup>4</sup> Art. 30 CP: "1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente./ 2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:/ 1.º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo./2.º Los directores de la publicación o programa en que se difunda./3.º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora./4.º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora./3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior".

pues no se debe olvidar que este delito se cometerá con frecuencia «utilizando medios o soportes de difusión mecánicos» (si bien no entraré aquí a discutir la interesante cuestión del ámbito de aplicación del citado art. 30). No obstante, es verdad que, no aceptándose la posible fundamentación de la autoría mediata en el dominio sobre la actuación de propia mano de otro o sobre los medios limitados de ejecución que otro emplea (naturalmente, cuando la conducta del sujeto de atrás no encaje también en las modalidades típicas), pueden producirse en los ámbitos señalados algunas dificultades o incluso lagunas de punición.

Pero por lo que se plantea este punto en la discusión propuesta en este Congreso, si no me equivoco, es por el hecho de que muchos delitos en el ámbito socioeconómico (entendido éste de forma más amplia a la de los delitos contra el orden socioeconómico del CP 1995) y del medio ambiente se cometen en el marco de la actuación empresarial, es decir, dentro de una estructura organizada conforme a los principios de jerarquía, división del trabajo, especialización y complementariedad. Y, en este campo, los ejecutores directos de los hechos (por ejemplo, los trabajadores), a menudo no son los que han tomado la decisión empresarial de realizar una conducta que en definitiva puede ser constitutiva de delito, como la realización de vertidos contaminantes a un río, la fabricación o comercialización de productos nocivos para la salud pública (defectuosos), etc. La cuestión es si la autoría mediata sirve para hacer responder de los diversos delitos que pueden constituir tales hechos al empresario, directivo o miembro del órgano que toma la decisión de llevar adelante la conducta, a los que llamaremos sujetos de atrás. Naturalmente, la respuesta que aquí cabe dar a la cuestión ha de ser muy global, dejando de lado aspectos conectados estrechamente con la autoría, que en parte se tratan en esta mesa (especialmente comisión por omisión, y probablemente responsabilidad penal de personas jurídicas y actuación en nombre o representación de las mismas), pero en parte no (distinción de responsabilidades por hechos dolosos e imprudentes, toma de decisión en órganos colegiados, distinción según distintos niveles jerárquicos en la empresa, y según el carácter de cada función dentro del mismo nivel jerárquico, etc.).

Los delitos contra el medio ambiente, tal y como se configuran en los arts. 325 ss. CP 1995 (como en el art. 347 bis CP 1944/1973) no plantean siempre la necesidad de recurrir a la autoría mediata para castigar a los sujetos de atrás, pues al menos el tipo del art. 325 CP 1995 describe la acción típica de forma muy amplia («provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, etc.») y cabe incluir en ellos (si la misma cumple el resto de los requisitos típicos) la conducta de los sujetos de atrás, que serían autores sin más (más problemático podría ser el delito del art. 328 CP 1995). Otra cosa es que tal vez esa redacción no sea la más ajustada al mandato de concre-

ción o precisión de los tipos derivado del principio de legalidad, cuestión que desborda el marco de esta exposición. Y tal vez el delito de peligro del art. 363.4 CP 1995 sea lo suficientemente amplio en la descripción de la conducta (poner en peligro la salud de los consumidores «elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos») como para comprender la responsabilidad penal «por el producto» de algunos «sujetos de atrás», concretamente de los únicos que, según ese artículo, pueden ser sus autores («productores, distribuidores o comerciantes»), aunque quizá dejara fuera de la responsabilidad como autores a sujetos que materialmente pueden serlo, y prescindiendo del problema que supone el que lo que no está autorizado normalmente no es el uso, sino la propia elaboración y comercialización (en sentido amplio) del producto. O, por citar un ejemplo más, las conductas de algunos «sujetos de atrás» se mencionan expresamente en el tipo del llamado *insider trading* del art. 285 CP 1995 («de forma directa o por persona interpuesta»).

Pero, como he señalado, creo que por delitos socioeconómicos se quiere entender aquí fundamentalmente no los cometidos por un sujeto contra el orden socioeconómico, sino los que se cometen en las estructuras complejas antes mencionadas que operan en la vida económica: básicamente las empresas de producción, distribución, comercialización, gestión, financieras, etc., muchas veces entramadas entre sí, delitos que con frecuencia no se limitan a puestas en peligro punibles mediante la técnica de los delitos de peligro (a veces abstracto).

En raras ocasiones podremos aplicar la autoría mediata en que se instrumentaliza a otro mediante coacción o procedimientos similares, salvo excepciones particulares en que algún empresario, directivo, etc., fuera del desarrollo normal de las relaciones dentro de la empresa, coaccione a algún miembro de la misma a cometer delitos. Parece que tampoco podremos recurrir en este ámbito a la fundamentación de la autoría mediata del sujeto de atrás en que otros miembros de la empresa (por ejemplo, trabajadores) obedecen órdenes vinculantes de realizar vertidos contaminantes o fabricar, por ejemplo, productos defectuosos peligrosos para la salud humana. Y ello porque la opinión doctrinal y jurisprudencial generalizada (con alguna excepción) es que la causa de justificación de la obediencia debida (no recogida expresamente en el CP 1995, pero reconducible al cumplimiento de un deber o a otra causa de justificación) no es de aplicación en las relaciones laborales (ni en las familiares); tal postura tal vez deba ser matizada, pero no es éste el lugar adecuado para hacerlo. Sin embargo, téngase en cuenta que el cumplimiento de estas órdenes o encargos puede estar originado por el temor de un sujeto a perder su trabajo o a sufrir represalias en el mismo (empeoramiento del puesto, de las condiciones de trabajo, del salario, etc.), lo cual, en determinadas circunstancias, podría fundamentar la autoría mediata del su-

jeto de atrás, si se cumple el resto de los requisitos típicos (objetivos y subjetivos). Todo ello sin entrar a analizar otros posibles mecanismos psicológicos en los integrantes de estas organizaciones complejas que, en su caso, pudieran influir en la capacidad de motivación o inhibición de los mismos (estos mecanismos resultan muy interesantes, sobre todo en algunas organizaciones que basan su eficacia en la creación de un sentimiento profundo de fidelidad a la empresa por parte de los empleados, y utilizan técnicas psicológicas, a veces cuestionables, para conseguirlo).

En cuanto a la autoría mediata por provocación o aprovechamiento de un error, al margen de los casos seguramente excepcionales de engaño puro y simple de uno o varios miembros de la empresa por otros, es posible que la misma pueda tener lugar en bastantes supuestos, dado que es fácil pensar que algunos de los miembros que ocupan la parte más elevada (al menos en la dirección técnica) de la pirámide empresarial tendrán a menudo como mínimo una más completa percepción de la real situación fáctica que algunos otros, como los operarios, que puede que se limiten a abrir una compuerta, sin saber que lo que sale por ella es un vertido tóxico, o a fabricar una pieza unos o a ensamblarla otros, pieza cuya peligrosidad sólo se advierte teniendo una visión sobre el conjunto del proceso productivo. Cabe desde que esos trabajadores actúen sin dolo ni imprudencia, hasta que lo hagan imprudentemente (inconsciente o conscientemente) o incluso que lo hagan con dolo, pero que éste por ejemplo no abarque la magnitud real de la catástrofe ecológica que puede producirse o del peligro para la salud humana que implica el producto defectuoso (error sobre el significado concreto de la acción), situaciones todas que podrían implicar una instrumentalización de estos trabajadores por los sujetos de atrás, que, de cumplir el resto de los requisitos típicos, serían autores mediatos de los concretos delitos, al margen de que los propios trabajadores pudieran en ciertos casos responder por delitos dolosos o imprudentes (supuestos de autor tras el autor). Tampoco cabe descartar la creación o aprovechamiento por parte de los sujetos de atrás de errores de prohibición en los de delante.

Más difícil me parece construir supuestos de autoría mediata de los sujetos de atrás, si los de delante son autores libres, responsables y dolosos, con plena visión de la situación fáctica (y jurídica); estos casos son de todas formas menos problemáticos, pues en ellos será posible con frecuencia el castigo de los sujetos de atrás como inductores o cooperadores en los delitos que los de delante cometen como autores (siempre, claro está, que no exista alguna dificultad en el tipo de que se trate —por ejemplo, que estemos ante un delito especial— para que estos últimos puedan ser autores responsables del mismo —por ejemplo no podrán serlo si en ellos no concurre la cualificación exigida por ese delito especial—). Naturalmente, sería seguramente más fácil admitir la autoría mediata de algunos sujetos de detrás incluso en algu-

nos de estos supuestos, con la fundamentación de la fungibilidad del «instrumento», pues se podría trasladar, quizá con algunas modificaciones, la construcción de Roxín de la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder a la estructura empresarial; pero ya hemos visto que, aun con dudas, estimo insuficiente esa construcción para sustentar la autoría mediata de quien da órdenes o instrucciones en la cadena. Por fin, en estos últimos casos podría encontrar aplicación la propuesta recientemente realizada entre nosotros por Mir Puig de utilizar la autoría mediata como traducción de la idea de los distintos ámbitos de competencia en las organizaciones complejas, aplicando esa figura para caracterizar al superior incluso cuando el subalterno o subordinado actúe sin error; para la cuestión, más discutible según Mir, de si y cómo debe responder penalmente este subalterno que actúa sin error (y, añadido yo, del que en principio se podría decir que es autor inmediato), Mir pretende distinguir (aunque señala que debe profundizarse en el estudio de la posibilidad de la distinción) según la clase de delito de que se trate: en determinados delitos, como los dolosos contra la vida u otros bienes jurídicos altamente personales, toda intervención sería relevante y por tanto el subalterno debería responder penalmente (aunque no señala expresamente MIR si como autor inmediato —produciéndose entonces un supuesto de autor tras el autor— o como partícipe); sin embargo, en otros delitos, como los delitos contra el honor o las falsedades documentales, pero también en la mayoría de los delitos que se producen en el ámbito de la criminalidad económica, la realización personal en la última fase no tendría relevancia y permitiría castigar al superior como autor mediato y, al menos en algunos casos (esto no lo deja del todo claro Mir), relevar de pena al (autor inmediato) inferior; a esta última categoría de delitos la caracteriza Mir como opuestos a los de propia mano y yo creo que, al menos en parte, podría relacionarse con los que Roxín llama delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), si bien la categoría que MIR propone se extiende a otros ámbitos distintos de los la infracción de deberes extrapenales a que aluden Roxín y sus seguidores (por tanto la propuesta por Mir parece una categoría más amplia). La propuesta de Mir me parece interesante, pero, si bien no es éste el lugar para valorarla en profundidad ni seguramente está lo suficientemente desarrollada por su autor para poder hacerlo, creo que puede someterse a críticas similares a las que se oponen a la pretensión de validez *generalizada* y de *lege lata* de la idea de los delitos de infracción de deber; además, aun pudiendo comprender (y compartir, al menos, de *lege ferenda*) la idea de MIR de que lo relevante en determinados delitos es algo muy distinto (y por concreto, por cierto) de la realización de propia mano, y de que por tanto el verdadero autor es el superior (autor al que ni siquiera sería necesario llamar autor *mediato* probablemente, en mi opinión), pienso sin embargo que lo anterior no excluiría la responsabilidad del ejecutor de propia mano al menos como partícipe del hecho injusto del superior (siempre y cuando en el inferior se dieran los demás requisitos de la responsabilidad penal).



En cualquier caso, en el ámbito de la delincuencia en estas organizaciones complejas, debe huirse tanto del automatismo de considerar que autor sólo puede ser el último eslabón de la cadena, el operario que actúa inmediatamente (lo cual contradice la propia configuración y principios que rigen esas organizaciones, y frecuentemente aparece como injusto), como del automatismo de creer que no lo será nunca y que la responsabilidad (además a título de autoría siempre) sólo haya de recaer en los directores de la organización. Precisamente la complejidad de estas estructuras (que, por cierto, no se configuran exclusivamente por “los de arriba y los de debajo”, sino que en ellas se encuentran multitud de situaciones intermedias) obliga a un análisis pormenorizado de los repartos de responsabilidad (aquí me he referido sólo a algunos problemas de autoría), aplicando las categorías dogmáticas elaboradas y teniendo siempre en cuenta las peculiaridades de estas organizaciones. Así, por ejemplo, su estructura y principios rectores podrían hacer que la existencia de una influencia que no llega a la coacción o de órdenes no estrictamente vinculantes, que por sí sola no fundamenta normalmente una autoría mediata, unida al mejor conocimiento de la situación por el sujeto de atrás (aun sin existir errores de tipo o de prohibición en el sujeto de delante) e incluso el dato de la fungibilidad de quienes actúan delante, sea capaz de fundamentar la autoría mediata en este ámbito. Y no debe olvidarse la idea de la posibilidad de existencia de un “autor tras el autor”, y que, quizá, la figura de la coautoría (con algunos matices respecto de los casos más habituales de la misma) o algo que se le parece mucho (que a veces estaría entre el “autor tras el autor” y la coautoría “clásica”) puede también ser adecuada para la calificación de fenómenos de codelincuencia en este ámbito.

En resumen, ante la complejidad del fenómeno, creo que hay que realizar un especial esfuerzo de argumentación en la aplicación de las categorías dogmáticas y no caer en la tentación de soluciones aparentemente fáciles, pero poco precisas y fundamentadas y, a menudo, también sólo aparentemente justas.

Recuerdo que me he centrado básicamente en las posibilidades de autoría mediata dolosa de los sujetos de atrás. La posible responsabilidad por hechos imprudentes de éstos (a menudo omisiones) sobrepasa los límites de la parte de la exposición que se me ha encomendado.

# Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados

M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Montañés  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

## I. Introducción

1. La cuestión de la responsabilidad penal derivada de la toma de decisiones o adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados no es en absoluto novedosa en la dogmática penal, pero sí puede afirmarse que en los últimos años ha recobrado actualidad. El origen de la moderna discusión sobre el tema se encuentra estrechamente vinculado con la problemática de la responsabilidad penal por el producto y muy especialmente con la sentencia del BGH en el “Caso Erdal” o de los sprays para cuero (*Ledersprays*)<sup>1</sup>.

No obstante, la relevancia (penal) de la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados trasciende el ámbito de la responsabilidad penal por el producto e incluso el de la responsabilidad empresarial en otros sectores (delitos societarios, medioambientales, urbanísticos ...), planteándose también, por ejemplo, en el ámbito funcional o de la Administración pública.

2. Los problemas dogmáticos fundamentales que han de abordarse a la hora de establecer la responsabilidad penal del miembro del órgano colegiado se derivan fundamentalmente del hecho de que las estructuras clásicas de la imputación penal están inspiradas en el principio de responsabilidad individual de la persona física que con su actuación causa resultados infringiendo deberes, y en estos casos la situación es muy diferente, como veremos a continuación.

El primero de esos problemas es el de la constatación de la relación causal y de imputación objetiva entre la conducta activa u omisiva de quien participa en la adopción de un acuerdo por el colegio (el comportamiento

---

<sup>1</sup> BGHSt 37, 106.

individual de cada uno) y las eventuales consecuencias lesivas que se derivan de ese acuerdo.

El segundo grupo de problemas sería el de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad individual dentro del colectivo: ¿Cuál es el deber que infringe el sujeto? ¿qué le es exigible al sujeto individual? ¿cuándo responde?

Intimamente conectado con ello se plantea la cuestión de la delimitación de las posiciones de autoría y participación, con especial consideración de las estructuras de la coautoría y la coautoría mediata, la coautoría imprudente, la coautoría en los delitos de omisión.... y de los supuestos en que la adopción del acuerdo no es (co)autoría, sino participación en el hecho de otro.

Por último, también hay que analizar cuestiones relacionadas con el *iter criminis*.

3. Toda esta problemática no pueden abordarse sin realizar previamente una serie de precisiones, que serían fundamentalmente las siguientes:

1° La valoración de la responsabilidad penal del miembro del órgano colegiado no puede hacerse sin tener en cuenta las peculiaridades de éstos y del proceso de adopción de acuerdos en los mismos. Fundamentalmente hay que destacar que el deber y la capacidad de cumplirlo atañen o se refieren al colectivo (y sólo a través de él a cada uno de sus miembros), es decir, que a diferencia de los supuestos normales de codelincuencia —en que la actuación conjunta hubiera podido llevarse a acabo también individualmente— en estos casos (por definición, por la propia esencia de la actuación colegial) cada uno de los miembros del colegio, individualmente considerado, no tiene la competencia ni la capacidad de actuar; sólo el órgano (el colectivo) la tiene; sólo él puede adoptar acuerdos.

Por otra parte, la pertenencia al gremio implica el sometimiento a la decisión mayoritaria y esa decisión aparece al mundo como obra del colectivo y, por tanto, de cada uno de sus miembros. Si tal decisión tiene relevancia penal, se plantea la cuestión de si responden por igual todos los miembros del órgano. La responsabilidad penal es estrictamente personal y, deben aplicarse aquí las reglas generales que regulan la intervención de varias personas en un delito y, con base en las mismas, determinar cuál es la contribución de cada uno al hecho y, por tanto, su nivel de responsabilidad.

2° La valoración de si la conducta del sujeto individual es o no causal, es una conducta de autoría o de participación, ha comenzado o no la tentativa, en definitiva, el planteamiento y resolución de los problemas dogmáticos no puede referirse sólo al momento de la emisión del voto, sino que ha de tener en cuenta el acuerdo ya existente.

Y creo que este punto de partida lo impone la consideración de la propia esencia del acuerdo colegial: el acuerdo existe sólo una vez recontados todos los votos y constatada la mayoría, tiene un carácter formal (a dife-

rencia de otros casos de acuerdos no institucionalizados, como en la conspiración o en la coautoría), y ello tiene relevancia, como veremos, a efectos de imputación penal.

3° La intervención en una votación y la adopción de un acuerdo tienen distinta significación y relevancia a nivel de imputación penal en función del concreto tipo delictivo al que el acuerdo se refiera. Por ello, creo que deben distinguirse dos grupos de casos:

- a) casos en que la adopción del acuerdo sea ya ejecución, porque el núcleo del injusto del tipo consista precisamente en la adopción del acuerdo.
- b) casos en que la adopción del acuerdo sea sólo intervención durante la preparación de un hecho que posteriormente ha de ser ejecutado.

Esta distinción tiene consecuencias muy importantes en materia de *iter criminis* y de determinación de las posiciones de autoría y participación, como veremos.

- 4º. El análisis de los problemas de imputación debe efectuarse partiendo de la siguiente distinción: Por un lado, se analizará la responsabilidad penal que pueda derivarse de la conducta de votar a favor de un acuerdo antijurídico. En estos casos existe una conducta activa o positiva (lo que no prejuzga la responsabilidad por comisión o por omisión, pues ello depende de la naturaleza del acuerdo que se adopte) que puede valorarse como la infracción del deber penalmente relevante, suficiente para defender la imputación penal —ya se verá a título de qué—; por tanto, en estos casos no se discute acerca de la infracción del deber, sino acerca del título de imputación por el que hacer responder a estos sujetos. En los otros casos, no existe una conducta activa respecto del acuerdo antijurídico, sino —a lo sumo— una conducta omisiva de actuaciones que lo impidan. Por ello, la cuestión clave es analizar si existe o no una infracción de deber penalmente relevante (si existe un deber de impedir o de dificultar el hecho y cómo ha de concretarse el mismo, qué le es exigible al sujeto individual) y si tal infracción puede ser equivalente (comisión por omisión) a la conducta de quien vota a favor y, por tanto, suficiente para imponerle la misma responsabilidad que a éste (sea la que fuere), o si no lo es, pero genera otro tipo de responsabilidad.

De toda esta amplísima problemática, cuyo análisis es el objeto de una investigación monográfica que se encuentra en curso, abordaré a continuación algunas cuestiones relativas a la causalidad y a la autoría en los supuestos de voto a favor de la adopción del acuerdo antijurídico.

## II. El presunto problema causal en los supuestos de voto favorable a la adopción del acuerdo antijurídico

1. El primer problema dogmático importante que plantean los supuestos de adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados es el de la constatación de la relación de causalidad entre la conducta individual de cada uno de los miembros del órgano (el voto) y el hecho delictivo que se deriva del acuerdo finalmente adoptado.

En una primera aproximación intuitiva o prejurídica parece evidente que si en el seno de un órgano colegiado se adopta un acuerdo que, en sí mismo o en su ejecución posterior, determina la producción de un hecho delictivo, al menos todos aquellos que han votado a favor han contribuido causalmente al mismo. Desde consideraciones jurídico-penales, sin embargo, las cosas no parecen tan sencillas, al menos cuando estamos antes supuestos de resultados sobrecondicionados (en la terminología de JAKOBS<sup>2</sup>, adoptada también por RÖH<sup>3</sup>) o de causalidad múltiple, esto es, cuando el resultado de la votación se produce con más condiciones (votos) de las necesarias. Y es que en estos casos, si aplicamos la teoría de la condición (teoría causal absolutamente mayoritaria en la doctrina) con la denominada fórmula hipotética<sup>4</sup>, habría que afirmar que ninguno de los votos individualmente considerado ha sido causal para el resultado, pues éste se hubiera producido igualmente sin su concurrencia.

- a) *La fórmula de la conditio sine qua non*: Como es sabido, la fórmula hipotética o de la *conditio sine qua non*, como método auxiliar de la teoría de la condición, afirma que es condición, y por tanto causa, todo factor que suprimido mentalmente da lugar a que deje de producirse el resultado. Y, *sensu contrario*, no es causal todo aquel factor sin el cual se sigue produciendo igualmente el resultado.

Aplicando esta fórmula a los casos que nos ocupan, habría que negar la causalidad entre cada uno de los votos individuales y la decisión colectiva, pues al producirse ésta con más votos de los necesarios para la configuración de una mayoría suficiente, la supresión de cada uno de los votos individualmente considerado no implica que el acuerdo deje de adoptarse, pues la mayoría se sigue alcanzando con los demás votos. Por ello, de

---

<sup>2</sup> Jakobs/Lackner-FS, 1987, 53 ss., 63 ss.; Strafrecht AT, 2ª ed., 1991, 7/83 a; Miyazawa-FS., 1995, 422 ss.; en: Mir/Luzón (coord.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 80 ss..

<sup>3</sup> Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht, 1993, passim.

<sup>4</sup> Cfr., entre otros, Luzón Peña PG I, 1996, 365s., 371s.; Roxin Strafrecht AT 1, 3ª., 1997, § 11 Rn. 5 ss.; Schönke/Schröder/Lenckner 25ª. 1997, vor § 13, Rn. 73; Tröndle/Fischer 49ª., 1999, vor § 13, Rn. 16.

aplicarse estrictamente esta teoría y el principio *in dubio pro reo*, habría que negar la relación de causalidad entre la conducta de cada uno de los que votan a favor y el acuerdo adoptado precisamente con sus votos, lo que parece una solución inaceptable, sobre todo teniendo en cuenta que si el acuerdo se adopta por mayoría mínima ya no se plantea problema causal alguno.

Tal vez se podría llegar a soluciones satisfactorias aplicando una variación de la teoría de la condición, que exige la consideración del resultado en su concreta configuración. Sin embargo, es dudoso que para la concreta configuración haya de tenerse en cuenta el número de votos, pues —a diferencia de otros casos de causalidad cumulativa, en que normalmente la concurrencia de causas modificará de alguna manera el resultado en su concreta configuración “ya sea por adelantarlo al suponer una mayor intensidad del ataque, ya sea sencillamente, porque va a cambiar la forma concreta de aparición del resultado”.<sup>5</sup>—, en los casos de adopción de acuerdos con mayorías sobrecondicionadas el que haya más votos de los necesarios no modifica en absoluto la concreta configuración del hecho. Otra variación de la teoría de la condición propone la supresión cumulativa de todos los factores: Cuando varios factores pueden suprimirse mentalmente de forma alternativa, pero no acumulativa, sin que el resultado resulte afectado, todos ellos son causa del mismo<sup>6</sup>. Según Cerezo esta fórmula permite resolver “las dificultades que se plantean en los acuerdos ilícitos adoptados por votación en órganos colegiados, cuando la mayoría alcanzada es superior a la imprescindible, cabe hacer abstracción, alternativamente, de todos y cada uno de los votos favorables emitidos, pero no de todos ellos conjuntamente”<sup>7</sup>.

Esta variación de la fórmula resuelve aparentemente el problema, pero la cuestión es que, así planteado, no es posible distinguir la causa de otros factores que no lo son. En definitiva, con dicha fórmula hemos de tener preconstituido el concepto de causa (y son aquellos factores que responden a este concepto los que se acumulan y suprimen mentalmente), pues de otro modo no habría forma de diferenciar entre factores causales y los que claramente no lo son y, por eso mismo, no se toman en cuenta. ¿Por qué incluimos entre los factores que suprimimos cumulativamente todos los votos (y sólo los votos) y no otras circunstancias, como el que el presidente del órgano llevara un traje gris o el que la votación comenzara a las 13, 30 h., o que el día fuese soleado? Evidentemente porque estamos partiendo de que los votos (todos los votos) son causa de la adopción del acuerdo y el color del traje del presidente del órgano no; pero a esta con-

<sup>5</sup> *Mir Puig*, PG 5<sup>a</sup>, 1998, 224 (nº 27 y 28).

<sup>6</sup> Cfr. *Tarnowsky*, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriff, 1927 ; *Welzel* Lehrbuch, 11<sup>a</sup>, 1969., 45; *Cerezo* PG II, 6.<sup>a</sup>, 1998, p. 57; *Mir DP* PG 5<sup>a</sup>, 1998, 225.

<sup>7</sup> *Cerezo* PG II, 6.<sup>a</sup>, 1998, 57 n. 24.

clusión no nos permite llegar la fórmula propuesta, por ello creo que la misma no es un método válido de resolución del problema causal en estos casos.

- b) *La teoría de la condición conforme a las leyes de la naturaleza* (fórmula de Engisch): esta teoría se ocupa del mecanismo causal realmente dado, sustituyendo la fórmula hipotética “por una comprobación positiva de la causalidad conforme al conocimiento humano de las leyes causales”<sup>8</sup>. En concreto, la fórmula propuesta por Engisch en 1931 es la siguiente: una conducta es causal para un resultado cuando a esa conducta se han encajado subsiguientemente en el tiempo, modificaciones en el mundo exterior que en su sucesión estuvieron unidas con la conducta y entre sí según las leyes (naturales) y que han desembocado en algún componente del supuesto de hecho concreto delimitado como resultado por la ley penal<sup>9</sup>.

Con esta fórmula —según Weiber—<sup>10</sup> puede afirmarse la relación causal entre cada voto individual y el resultado: “La contribución individual de cada uno de los que votan (a favor) fue causal para el resultado de la votación como parte de la mayoría necesaria para ello” ... “El voto individual está en conexión conforme a la ley con el resultado lesivo”, pues cada voto lleva, junto con los demás, al resultado de la votación contrario a derecho, que es el fundamento para la producción del resultado lesivo” o, en general, del hecho delictivo”.

- c) *La teoría de la condición mínima suficiente*: Puppe<sup>11</sup> propone un nuevo concepto de causa, conforme al cual puede afirmarse ya la causalidad, cuando un factor es parte constitutiva necesaria de una condición mínima suficiente del resultado. “Una causa individual es sólo una parte constitutiva necesaria de una condición real y suficiente conforme a las leyes empíricas generales”... “Parte constitutiva necesaria de una condición suficiente significa, por tanto, que la condición ya no es suficiente, si se suprime de ella la parte constitutiva referida, con otras palabras, debe tratarse de una parte constitutiva necesaria de una condición mínima suficiente conforme a las leyes de la”<sup>12</sup>. Definición que, según esta autora, responde a un entendimiento intuitivo de la causalidad.

Con esta teoría se soluciona el problema de la causalidad del voto individual a favor de una decisión antijurídica con más votos de los necesarios,

<sup>8</sup> Luzón Peña, PG I, 1996, 366.

<sup>9</sup> Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, 21 ss..

<sup>10</sup> Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidung, 1996, 116.

<sup>11</sup> ZStW 92 (1980), 863, 875 ss.; JR 1992, 32; ADPCP 1992, 681 ss.; NK I AT, 1995, vor § 13 Rn. 96; a favor, Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, 83 ss.; Neudecker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, 1995, 224 s.; crítico Toepel, JuS 1994, 1011 s.

<sup>12</sup> Puppe, NK I AT, 1995, vor § 13 Rn 96.

pues se puede afirmar que la emisión del voto de cada uno de los miembros es una causa individual para que se produzca la decisión, ya que ese voto, en conexión con tantos otros votos a favor como sean necesarios para la formación de la mayoría, es un componente necesario de una de las varias condiciones mínimas suficientes (las diversas combinaciones de votos con que se podría configurar la mayoría mínima suficiente) para que se produzca la decisión antijurídica. Presupuesto para la causalidad del voto individual es que la mayoría no se haya formado aún.

Esta teoría de Puppe constituye en realidad una reelaboración de la teoría de la condición (la propia autora habla de condición mínima suficiente), aunque abandonando la fórmula hipotética<sup>13</sup> y tratando de ahondar en la esencia de la explicación causal de los resultados. Sin entrar aquí en más detalles, la teoría de PUPPE me parece muy sugerente y creo que llega a resultados correctos en los casos problemáticos.

d) *La teoría de Jakobs y Röh*

Jakobs<sup>14</sup> afirma la responsabilidad de todos los que votan a favor de la decisión antijurídica, pero plantea el problema en el plano causal, sino en el de la imputación<sup>15</sup>, en concreto, en el momento en que debe realizarse la imputación, que para él es el momento de la ejecución, y como la ejecución es simultánea para todos los que dieron su conformidad, todos responden. Veamos más detenidamente la argumentación de Jakobs.

Este autor parte de la base de que la intervención en una votación, la emisión del voto individual, no es ejecución, sino una mera conducta preparatoria de la ejecución o de participación en la misma. En ese momento no hay aún infracción perfecta de la norma y lo decisivo para la imputación es cuándo sucede esa infracción perfecta de la norma: "Sucede lo mismo que en la participación en la tentativa: la división del trabajo no conduce a una determinación individualizada del estadio del delito, sino que el momento de la exteriorización se determina como si una única persona, el colectivo, hubiera realizado toda la conducta"<sup>16</sup>.

"Independientemente del momento en que se lleve a la práctica, lo decisivo para la infracción de la norma es la conducta de ejecución. Esta conducta de ejecución será puesta en práctica por regla general por el último responsable, o sea, como muy pronto, por el miembro que dirige la votación que constata la mayoría, y generalmente más bien después, concretamente, por el gestor del negocio competente en el ámbito de que se trate. Como estas personas constatan la mayoría o ejecutan el acuerdo

<sup>13</sup> Cfr. *WeiBer*, *Kollegialentscheidung*, 1996, 118 s.; *Cerezo*, PG II, 1998, 57, n.24.

<sup>14</sup> *Miyazawa-FS*, 1995, 425; en: *Mir/Luzón* (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 78 ss.

<sup>15</sup> *Jakobs* *Miyazawa-FS*, 1995, 421; en: *Mir/Luzón* (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 78.

<sup>16</sup> *Miyazawa-FS*, 1995, 425; en: *Mir/Luzón* (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 84.



como mandatarios de todos los que han consentido, la conducta negocial preparada mediante la emisión de votos se ejecuta en estos actos, o sea simultáneamente para todos los que dieron su conformidad, lo que significa: todos responden<sup>17</sup>.

Lo decisivo es únicamente el momento de la exteriorización, y en ese momento coexisten todos los votos simultáneamente, con independencia del orden en que fueron emitidos o conocidos, con tal de que lo hayan sido. “Los votos a favor son buenos fundamentos; cuántos votos a favor se precisan se regula mediante el establecimiento del *quorum*. Si votan a favor más personas que las necesarias para la aprobación de la propuesta, los reglamentos empresariales no prevén casi nunca que deba hacerse recuento sólo hasta la mayoría y hacer caso omiso del resto —en tal caso las personas de cuya emisión de voto se hace caso omiso habrían intentado sin éxito colaborar en la formación de la mayoría—, sino que todos los votos deben ser recontados y la mayoría constatarse como una *mayoría sobrecondicionada*; estos votos se exteriorizan por tanto todos simultáneamente en la conducta negocial acordada.” .... “En sentido jurídico, un suceso sobrecondicionante también causa, presupuesto que la exteriorización se produzca al menos simultáneamente a (en cualquier caso no después de) otras condiciones. Un buen fundamento no pierde su cualidad por el hecho de que otros fundamentos sean también buenos<sup>18</sup>. En conclusión, afirma Jakobs, “quien vota a favor de una conducta negocial antijurídica responde por esta conducta negocial, cuando se recuenta su voto y tiene lugar la mayoría —incluso innecesariamente alta—, siendo indiferente cuándo haya emitido su voto<sup>19</sup>”.

Desarrollando ideas de Jakobs, su discípulo Röh<sup>20</sup> aborda también este problema —llegando a las mismas conclusiones, aunque con una fundamentación ligeramente diferente—, en el marco mucho más amplio de una reconstrucción de las reglas de imputación penal con un esquema lógico, que él denomina “explicación causal”, que parte de la asunción del modelo standard de explicación científica en la teoría de la ciencia desarrollado por Hempel y Oppenheim<sup>21</sup> y cuya coincidencia con la teoría causal de Engisch reconoce el propio autor<sup>22</sup>. Afirma —frente a Jakobs— que ya hay exteriorización de la infracción de la norma en el momento de la emisión del voto, pero entiende que la “competencia colectiva” impone la

<sup>17</sup> Jakobs, Miyazawa-Fs., 1995, 425, y en: Mir/Luzón (coord.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 84s.

<sup>18</sup> Jakobs, Miyazawa-Fs., 1995, 426, y en: Mir/Luzón (coord.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 86.

<sup>19</sup> Jakobs, Miyazawa-Fs., 1995, 427, y en: Mir/Luzón (coord.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 86 s.

<sup>20</sup> Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge, 1995. Cfr. sobre ello Hilgendorf GA 1997, 491 ss.

<sup>21</sup> Cfr. Röh Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge, 1995, 53 ss..

<sup>22</sup> Röh Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge, 1995, 57.

consideración de la conducta individual como parte de la del colectivo y, por tanto, como si el riesgo se hubiera perfeccionado para todos en el mismo momento.

- e) *Conclusiones*: En mi opinión, tal vez se esté otorgando excesiva importancia al problema causal, que no es el decisivo en estos casos y puede resolverse sin demasiada dificultad.

Creo que los criterios para determinar la existencia o no de relación causal no han de aplicarse en las relaciones internas o en el momento de la emisión del voto, sino respecto del acuerdo ya existente, siendo irrelevante la configuración interna de las mayorías.

Con esta premisa, todos los que votan a favor de la decisión antijurídica o en contra de que se adopte un acuerdo debido contribuyen causalmente del mismo modo a dar vida al mismo, a que el acuerdo esté en el mundo, por la propia dinámica de la toma de decisiones en el seno de órganos colegiados, y con independencia de la concreta configuración de la mayoría y del momento en que fue emitido el voto. Aun cuando el acuerdo hubiera podido adoptarse con menos votos de los que se han emitido, lo cierto es que en el mundo real —realidad que no puede ignorarse y que se impone sobre las hipótesis— lo que existe es un acuerdo que se ha adoptado con ese concreto número de votos y que todos ellos han hecho posible su existencia, es decir, han contribuido causalmente a su producción. Y ello porque, como pone de relieve también Jakobs<sup>23</sup>, el acuerdo sólo existe una vez que se recuentan todos los votos y se constata la mayoría (lo que diferencia estos supuestos de otros supuestos de acuerdo, por ejemplo en la conspiración o en la coautoría, en que el acuerdo no tiene un sentido institucional o no tiene carácter formal) y no antes. Y en ese momento —que es el relevante, pues antes no existe acuerdo, en cuanto expresión de la voluntad del órgano— cada uno de los votos favorables emitidos ha de ser tenido en cuenta, no sólo a efectos de imputación como parece deducirse de la tesis de Jakobs, sino ya antes como contribución causal al mismo.

A esta conclusión puede llegarse desde un entendimiento intuitivo de la causalidad, que creo que se corresponde al concepto de causa defendido por la teoría de la condición o equivalencia de condiciones (toda condición de un resultado es causa del mismo), prescindiendo de la fórmula hipotética. Pero también desde la teoría de la condición conforme a las leyes de la naturaleza (teoría de Engisch) o con la fórmula propuesta por Puppe, que me parece un intento muy serio y bien fundamentado de ofrecer la explicación causal de los resultados a los efectos penalmente relevantes. Las anteriores consideraciones han de ser tenidas en cuenta también a efectos de imputación objetiva: cada uno de los votos que forman una

---

<sup>23</sup> en: Mir/Luzón (coord.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 86.

mayoría sobrecondicionada crea un riesgo penalmente relevante de producción del acuerdo y cuando el acuerdo antijurídico finalmente se adopta supone la realización del riesgo inherente a la acción de votar de forma contraria a deber: el que se pueda adoptar el acuerdo antijurídico.

¿Resulta de aplicación aquí el criterio del incremento riesgo formulado por Roxín<sup>24</sup>? Efectivamente cada voto incrementa el riesgo, pero, tal vez — como afirma Luzón<sup>25</sup> — el criterio es innecesario y este caso — como otros de cursos causales hipotéticos y conductas alternativas conforme a deber — pueden resolverse con ayuda del criterio de la realización del riesgo y del fin de protección de la norma.

De nuevo aquí es trascendental el hecho de que el acuerdo sólo existe una vez recontados los votos y constatada la mayoría. En ese momento, el acuerdo se produce con todos los votos a favor y este dato (el acuerdo tal como es en el mundo real) es absolutamente relevante para la imputación penal. Cada voto a favor crea un riesgo que se realiza en la adopción del acuerdo antijurídico, que es imputable a todos. Estoy de acuerdo esencialmente con la argumentación de Jakobs.

### III. Problemas de autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos

Tanto la Jurisprudencia (alemana, especialmente al ocuparse del caso Erdal) como la doctrina, al abordar la cuestión del título por el que hacer responder a los miembros de un órgano colegiado que adopta una decisión delictiva suelen acudir directamente al expediente de la coautoría, analizando si en cada uno de los sujetos que votan a favor del acuerdo se cumplen los requisitos necesarios para poder considerarlos coautores.

Evidentemente la coautoría parece el modelo de imputación más adecuado para hacer responder a un grupo de sujetos que actúan conjuntamente de forma institucionalizada (la propia esencia de la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados así lo impone) aportando contribuciones idénticas al hecho (el voto), en principio, al mismo nivel (aunque ello no sea así en los supuestos de derecho de veto o voto de calidad). No obstante, este planteamiento de la cuestión olvida varios datos. En primer lugar, que en muchos casos — la mayoría — la adopción del acuerdo no supone la consumación del hecho delictivo, ni siquiera comienzo de ejecución, sino que es tan solo un acto preparatorio de la posterior ejecución, que llevarán a cabo otros<sup>26</sup>. De modo que comenzar a hablar aquí sin más de coautoría y de si concurren o

<sup>24</sup> Cfr. Roxin ZStW 74 (1962), 41 ss.; ZStW 78 (1966), 214 ss.; Strafrecht AT 1, 3<sup>a</sup>, 1997, § 11 Rn. 76 ss.

<sup>25</sup> PG I, 1996, 386.

<sup>26</sup> Jakobs Miyazawa-FS, 1995, 419; en: Mir/Luzón (coord.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 75 s. De acuerdo, Suárez González Participación en las deci-

no los requisitos de la misma, sin plantearse la responsabilidad del ejecutor inmediato, resulta, cuando menos, sorprendente. No siempre la adopción de un acuerdo va a poder ser valorada como autoría, sino que habrá casos en que sea mera participación en el hecho de otro. Por tanto, la cuestión no es tan sencilla como examinar si se cumplen o no los requisitos de la coautoría, sino que requiere el análisis por separado de grupos de casos y de las figuras de la (co)autoría mediata, de la (co)inducción y de la (co)complicidad necesaria o no. En definitiva, habrá que aplicar las reglas generales que regulan la intervención de varias personas en el delito y averiguar, con base en las mismas, cuál es la contribución real a la ejecución del hecho delictivo<sup>27</sup>

Por otra parte, como trataré de ir demostrando en el análisis de los grupos de casos y como sucedía respecto de la cuestión causal, creo que los criterios para determinar la autoría no han de aplicarse en las relaciones internas o en el momento de la emisión del voto, sino respecto del acuerdo ya existente, siendo irrelevante la configuración interna de las mayorías. Todos los que votan a favor de la decisión antijurídica o en contra de que se adopte un acuerdo debido “intervienen” del mismo modo en el delito, por la propia dinámica de la toma de decisiones en el seno de órganos colegiados, pero la valoración de si esa “intervención” es autoría o participación es algo que ha de realizarse después teniendo en cuenta la concreta redacción del tipo (la acción ejecutiva que exija y la relevancia que, respecto de ella, tenga el acuerdo) y las relaciones con los otros sujetos intervinientes en el hecho distintos de los miembros del órgano colegiado.

Con este punto de partida —que me parece una cuestión clave, aunque no suele mencionarse al analizar la responsabilidad penal por la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados— creo que deben distinguirse los siguientes grupos de casos:

- 1º. Por un lado, aquellos en que la adopción del acuerdo es ya ejecución (e incluso consumación del hecho), y en los que la afirmación de la coautoría de los que votan favor de la decisión delictiva no plantea, como veremos, mayores problemas
- 2º. Por otro, casos en que la adopción del acuerdo no es aún ejecución, sino —como señala Jakobs<sup>28</sup>— preparación de un hecho, intervención durante la planificación de un hecho que posteriormente ha de ejecutarse por otros —que serán habitualmente sujetos u órganos subordinados al que toma

---

siones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal, en: La responsabilidad penal de las sociedades, CGPJ, 1994, 51; *Cuadrado Ruiz* La responsabilidad por omisión de deberes del empresario, 1998, 121.

<sup>27</sup> En este sentido también, *Martínez Buján Pérez* DP Económico PE, 1999, 183.

<sup>28</sup> Miyazawa-FS, 1995, 419; en: *Mir/Luzón* (Hrsg.), Responsabilidad penal de las empresas, 1996, 75 s..

la decisión— y sólo la posterior ejecución del acuerdo puede valorarse como ejecución del hecho delictivo. En estos casos no creo que pueda hablarse sin más de coautoría, sino tal vez de coautoría mediata, cuando se den los presupuestos para poder afirmar que esta figura existe<sup>29</sup>. De lo contrario, estaremos ante supuestos de participación en el hecho de otro.

3º. Por último, habrá casos en que claramente y desde el principio la adopción del acuerdo no pueda valorarse como autoría (coautoría), sino que es participación en el hecho de otro (u otros) que es (son) quien(es) ejecuta(n) y que responde(n) como (co)autor(es): aquí queda excluida la coautoría y habrá que analizar si nos encontramos ante supuestos de inducción, de cooperación necesaria o de complicidad. Por ejemplo, respecto de la emisión de informes por un órgano colegiado, que posibilitan o facilitan la actuación delictiva de otro (ello, de momento, al margen de la específica regulación que para alguno de estos supuestos hace el CP español en los arts. 320, 322 y 329).

Y dentro de estos tres grandes bloques habrá que establecer distinciones entre conductas dolosas e imprudentes, comisivas y omisivas. El análisis se efectuará partiendo de la igualdad de rango de todas las contribuciones (votos), prescindiendo de los supuestos en que existe derecho de veto o voto de calidad.

## 1. Primer grupo: Acuerdos antijurídicos directamente ejecutivos

1.1. En principio este grupo de casos será el que menos problemas plantee, pues precisamente con la adopción del acuerdo (y no con la posterior ejecución del mismo por otros) se realiza la conducta exigida por el tipo. Además, *a priori* parecen cumplirse los requisitos exigidos para la afirmación de la coautoría en los delitos comisivos dolosos<sup>30</sup>: plan común, actuación conjunta con división del trabajo y dominio del hecho.

No obstante, cuando se analiza cada uno de estos requisitos en los casos que nos ocupan, pueden surgir cuestiones dudosas, especialmente en los acuerdos adoptados por mayoría sobrecondicionada.

a) Así, por ejemplo, al analizar la cuestión del dominio del hecho, parece que de adoptarse la teoría del dominio del hecho funcional —criterio propuesto inicialmente por Roxin<sup>31</sup> y que hoy se ha convertido en mayoritario tanto

---

<sup>29</sup> De acuerdo *Suárez González* en: La responsabilidad penal de las sociedades, CGPJ, 1994, 58; *Cuadrado Ruiz* Responsabilidad por omisión, 1998, 122.

<sup>30</sup> Cfr., *Roxin* JA 1979, 519; LK 11ª, 1993, § 25 Rn. 154, 173; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, 30 ss.

<sup>31</sup> *Roxin* Täterschaft und Tatherrschaft, 1ª, 1963, 275 ss.

en Alemania como en España—<sup>32</sup> (esencialidad de la contribución al plan común; codominio en cuanto cada interviniente está ligado a la colaboración del otro de modo que si éste suprime su contribución hace fracasar el plan; necesidad de la función de cada uno dentro del plan global) habría que negar la coautoría, pues individualmente consideradas ninguna de las aportaciones (votos) es decisiva, ya que la mayoría se habría configurado igualmente con las restantes. Sin embargo, esta conclusión —la negación de la coautoría— parece insatisfactoria, pues se está haciendo depender del “casual reparto de votos al final de la votación”<sup>33</sup> la responsabilidad penal del sujeto individual por una conducta producida antes de la constatación del resultado de la votación. En efecto, para los defensores del dominio funcional la misma conducta (emisión del voto a favor de la decisión antijurídica) en un supuesto de mayoría mínima, sí representaría una contribución esencial al plan común y, por tanto, podría afirmarse la coautoría. Y, en palabras de Weiber, atenta contra el sentido común y contra una interpretación de la realización del tipo en sentido objetivo, el que en una configuración de la mayoría superior (con un mayor grado cuantitativo de infracción de deber) lleve a negar la coautoría, mientras que en una decisión con “menor contrariedad a deber” sí se pueda afirmar la responsabilidad penal como coautor del sujeto<sup>34</sup>.

No obstante, podría aplicarse a estos casos la solución propuesta por Roxín<sup>35</sup> para los casos de coautoría aditiva desde el dominio funcional, afirmando que el dominio no ha de ser considerado *ex post* sino *ex ante*; hay que preguntarse por la relevancia de la contribución individual para el plan común *ex ante*, (prescindiendo de la teoría de la necesidad) y *ex ante* cada contribución tiene la misma importancia para el resultado conforme al plan elaborado (de ella podría depender todo) y, por tanto, es una contribución esencial. Próximos a la construcción de Roxín, están Bloy<sup>36</sup> (especialmente en lo que se refiere a la igual importancia *ex ante* de todas las contribuciones) y Bottke<sup>37</sup> (quien considera decisivo para la coautoría el “dominio configurativo de igual rango concertado”: *abgestimmt gleichgeordnete Gestaltungsherrschaft*)<sup>38</sup>. Aplicando este criterio a los casos que nos ocupan también habría que afirmar la coautoría, pues cada

<sup>32</sup> Véase al respecto Pérez Alonso, La coautoría y la cooperación (necesaria) en Derecho penal, 1998, 206 ss.; Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, 20 ss., con más citas. Crítico, Díaz y García Conlledo, La autoría en Derecho penal, 1991, 596 ss, 651 ss.

<sup>33</sup> Weiber Kollegialentscheidungen, 1996, 104.

<sup>34</sup> Weiber Kollegialentscheidungen, 1996, 104.

<sup>35</sup> JA 1979, 524; LK 11<sup>a</sup>, 1993, § 25 Rn. 159; Täterschaft und Tatherrschaft, 6<sup>a</sup>, 1994, 660 s.

<sup>36</sup> Die Beteiligungsformen als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, 372 ss., especialmente 375.

<sup>37</sup> Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, 87ss..

<sup>38</sup> Cfr. al respecto Díaz y García Conlledo, en: Silva (ed.), Política criminal, 1997., 301.

uno de los votos, *ex ante* considerado, hubiera podido ser el voto decisivo para la configuración de la mayoría<sup>39</sup>.

Otro intento de solución viene dado por los defensores del *dominio colectivo del hecho* como criterio de dominio en la coautoría. Esta idea aparece ya en Stratrenwerth<sup>40</sup> y en el manual de Maurach/Gössel/Zipf<sup>41</sup>. Conforme a esta construcción, ni siquiera sería necesaria la esencialidad de la contribución para el éxito del plan común, sino que para el dominio de uno bastaría participar en el dominio común del colectivo. El dominio del hecho en la coautoría existe cuando la contribución de cada uno en conexión con la de los demás proporciona el dominio conjunto al colectivo (*Verband*) de coautores sobre el curso del hecho. "Dominio del hecho del individuo significa, por tanto, tomar parte en el dominio conjunto del colectivo"<sup>42</sup>. Partiendo de la asunción del criterio del dominio colectivo del hecho, Weiber<sup>43</sup> afirma que para analizar el dominio hay que referirse al momento de la prestación de la contribución (el voto) y no al posterior en que ya está formada la mayoría. Y en ese momento existe dominio y conciencia del mismo. El dominio de la coautoría no puede ser entendido como dominio de dirección sobre los otros coautores. "En la coautoría basta con que los coautores dominen el curso de los hechos en su conjunción (*Verbundenheit*) como coautores, con que produzcan el resultado lesivo mediante su acción conjunta. Maurach/Gössel/Zipf llaman a esto dominio colectivo de los coautores"<sup>44</sup>. La esencialidad de la contribución para el hecho conjunto no puede valorarse *ex post*, sino *ex ante*, teniendo en cuenta la posición dada al sujeto en el plan dentro de la realización típica. Y la totalidad de las contribuciones lleva en su actuación común al dominio del gremio sobre el curso de los hechos que produce el resultado y, así, a la conjunción como coautores del autor mediante la adopción del acuerdo común. A estas razones, añade esta autora un argumento adicional para afirmar la coautoría en estos supuestos de resultados sobrecondicionados: la casual configuración de la mayoría al final de la votación no puede decidir acerca de la responsabilidad de cada sujeto

¿Qué valoración merecen las tesis anteriormente expuestas? En mi opinión, y siguiendo a Luzón Peña<sup>45</sup> y a Díaz y García Conlledo<sup>46</sup>, debe

---

<sup>39</sup> En el mismo sentido Weiber, *Kollegialentscheidungen*, 1996, 95 s.

<sup>40</sup> AT I, 3<sup>a</sup> 1981, Rn. 807 (p. 230).

<sup>41</sup> AT II, 7<sup>a</sup>.1989, § 49 II, Rn. 26.

<sup>42</sup> Weiber *Kollegialentscheidungen*, 1996, 99.

<sup>43</sup> *Kollegialentscheidungen*, 1996, 101 s..

<sup>44</sup> Weiber, *Kollegialentscheidungen*, 1996, 102.

<sup>45</sup> La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, en: *Estudios penales*, 1991, 199 ss., 202 ss.

<sup>46</sup> La autoría en Derecho penal, 1991, 675 ss.; "Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria", en: *EJB Civitas*, 1995, 707 s.; "Coautoría alternativa y coautoría aditiva: ¿Autoría o participación?", en: Silva Sánchez (eds.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, 311 ss..

rechazarse la teoría del dominio funcional como criterio determinante del dominio del hecho en la coautoría, pues es sólo dominio negativo (puede decidir la no producción del resultado, pero no su producción) e implica una inaceptable ampliación del concepto de autor. Por otra parte, el criterio de la consideración *ex ante* de la relevancia de la contribución individual al plan común (que permite afirmar la coautoría en estos casos) tampoco me parece correcto, por una parte, porque lo que debe valorarse a efectos de imputación penal son los hechos tal y como han sucedido y no meras hipótesis y, por otra, porque no es un auténtico criterio de dominio, a lo sumo de dominio potencial, pero no real, que es el que creo debe exigirse en la coautoría.

En cuanto a la tesis del dominio colectivo, considero metodológicamente incorrecto y dudosamente admisible, si se tiene en cuenta el principio de responsabilidad personal, afirmar la imputación —como autor— del colectivo y de ahí derivar el carácter de coautor de cada uno de los miembros que, perteneciendo a ese colectivo, votan a favor de la decisión antijurídica. Por otra parte, tampoco comparto la tesis de Weiber de que el dominio haya de referirse al momento de la prestación de la contribución (voto) y no al posterior en que ya está formada la mayoría.

En mi opinión, y partiendo de la corrección del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho propuesto por Luzón y Díaz y García Conlledo<sup>47</sup>, en la coautoría lo relevante es la codeterminación objetiva y positiva del hecho por parte de todos y cada uno de los coautores. Sólo la actuación conjunta (con acuerdo y división de funciones) es la que determina la producción del hecho de modo positivo, la que decide sobre el si y el como del hecho, no pudiendo afirmarse esto de la actuación de ninguno individualmente considerada. Pero este criterio debe aplicarse no en el momento de la emisión del voto, sino en el momento en que el acuerdo ya existe. Pues bien, en estos casos (siempre que se parta de la igualdad de rango de las contribuciones, es decir, del igual valor de cada voto) creo que puede afirmarse que todos los sujetos que votan codeterminan objetiva y positivamente la adopción del acuerdo y que, por tanto, dado que en el grupo de casos que ahora analizamos precisamente la adopción del acuerdo es el hecho relevante típicamente, codeterminan el hecho, cumpliéndose por tanto este primer requisito para poder afirmar la coautoría. Esa codeterminación es real y no potencial; quiero decir con ello que para poder afirmarla no necesitamos la formulación de hipótesis sobre la eventual relevancia *ex ante* del voto individual, que podría haber sido el decisivo. Al igual que al afirmar la causalidad sosteníamos que todos los votos son causales porque todos ellos han contribuido a que el acuerdo se produzca (con independencia de que hubiera podido producirse también con menos votos).

---

<sup>47</sup> Vgl. supra n. 45 y 46.



b) Otros requisitos de la coautoría: actuación conjunta, división del trabajo, plan común, intervención en fase ejecutiva.

b.1. Como afirma Neudecker<sup>48</sup>, una de las diferencias entre los casos de decisiones colegiales y los supuestos típicos de coautoría radica en que en éstos cada uno de los coautores podría básicamente realizar el hecho por sí solo, y la actuación conjunta con otros sirve sólo para facilitar esa ejecución mediante la división del trabajo. En los órganos colegiados, por el contrario, lo único que puede hacer cada uno de los miembros para la realización del plan común es emitir su voto y, aunque quisiera, no podría realizar el hecho solo. A partir de esta observación —que es correcta— deduce esta autora que estamos ante un supuesto de imputación de conductas ajenas y que se trata de un caso especial de coautoría sin división del trabajo, como ocurre en los delitos de convergencia o en los casos de coautoría aditiva, lo que no es obstáculo alguno para afirmar la coautoría, pues la división del trabajo no es requisito de la misma, ni lo exige el § 25 I StGB, sino tan solo la forma más habitual<sup>49</sup>.

Pues bien, en mi opinión, en los casos de adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados sí puede afirmarse la actuación conjunta y la división del trabajo (entendida esta en un sentido amplio, como división de esfuerzos o de las funciones) La diferencia con los otros casos radica en que aquí es forzosa, está institucionalizada por las normas que rigen respecto de la adopción de acuerdos en el seno de órganos colegiados. Pero el que algo sea obligatoriamente de una determinada manera no nos puede llevar a la conclusión de que no existe, sino de que existe necesariamente. Es decir, que en el seno de los órganos colegiados todos los que votan en un determinado sentido a la hora de tomar una decisión actúan conjuntamente, codeciden. Pero ello, no lo olvidemos, no nos lleva automáticamente a la afirmación de la coautoría, sino tan solo de que todos los sujetos realizan conjuntamente una intervención en el hecho al mismo nivel, que sólo posteriormente, una vez que existe el acuerdo, habrá que valorar.

b.2. ¿Intervención en fase ejecutiva? Aunque la mayoría de los defensores de la teoría del dominio del hecho no exigen este requisito, Roxín<sup>50</sup> y algunos otros autores, desde la tesis del dominio funcional, sí exigen la intervención en fase ejecutiva, precisamente para limitar la excesiva amplitud de su concepto de dominio funcional<sup>51</sup>. Si se exigiera la intervención en fase ejecutiva —como creo que debe hacerse con el concepto mucho más restrictivo de coautoría que aquí se defiende y hace también la teoría

<sup>48</sup> Kollegialorganen, 1995, 209.

<sup>49</sup> Neudecker, Kollegialorganen, 1995, 210.

<sup>50</sup> Täterschaft und Tatherrschaft, 6.ª 1994, 294.

<sup>51</sup> Cfr. al respecto *Díaz y García Conlledo*, La autoría en Derecho penal, 1991, 672 ss.; *Pérez Alonso*, La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal, 1998, 220 ss., 236.

objetivo formal— en estos casos sí se cumpliría el requisito, pero no en otros en que la votación y el acuerdo no pueden considerarse aún ejecución, sino preparación.

b.3. También se plantea Neudecker si existe aquí decisión conjunta o plan común, lo que considera especialmente problemático en las decisiones colegiales no seguidas de ejecución.

Realmente la cuestión problemática es que en estos casos coinciden la decisión conjunta y la contribución objetiva al hecho en la única conducta que realizan los que votan: la emisión del voto<sup>52</sup>. En el fondo lo que se está planteando es la necesidad de un acuerdo previo y distinto a la contribución al hecho (que es lo que sucede en los casos normales de coautoría), pues el que existe la decisión conjunta es algo en sí mismo no problemático<sup>53</sup>. Considero innecesario el acuerdo previo y distinto; basta acuerdo mínimo que puede ser tácito y simultáneo, que creo que ese mínimo se cumple con la emisión del voto en el mismo sentido que otros.

En conclusión, puede afirmarse la coautoría de los que votan a favor del acuerdo en los casos de mayoría sobrecondicionada. En los acuerdos adoptados por mayoría mínima: los problemas para la afirmación de la coautoría se ven simplificados para la mayoría de las teorías por la esencialidad de la contribución individual para que el acuerdo llegue a adoptarse. Pero de nuevo aquí lo relevante para determinar la coautoría no es la esencialidad de la contribución de cada voto individual para la adopción del acuerdo, sino la eficacia o la relevancia que éste (el acuerdo) tiene respecto del concreto tipo delictivo al que se refiere, esto es, si constituye o no realización típica y si se puede afirmar que existe dominio del hecho (del hecho típico) de los que adoptan el mismo, una vez que está ya adoptado, y no cuando emiten el voto.

1.2 Las anteriores consideraciones acerca de la coautoría se refieren a los tipos comisivos dolosos. ¿Es aplicable también la figura de la coautoría a los delitos imprudentes y a los omisivos? Ante la imposibilidad de abordar aquí la cuestión en profundidad, me limitaré a reseñar el estado de la cuestión y a manifestar mi opinión al respecto.

En cuanto a la coautoría imprudente, la doctrina alemana mayoritaria tradicionalmente ha venido rechazando esta estructura<sup>54</sup>, con el argumento de que en el ámbito de la imprudencia, por definición, no puede darse la decisión conjunta del hecho o plan común y, puesto que el elemento del plan

---

<sup>52</sup> Así también *Franke*, JZ 1982, 582.

<sup>53</sup> En este sentido también *Samson StV* 1991, 184; *Weißer Kollegialentscheidungen*, 1996, 91.

<sup>54</sup> Cfr. al respecto, *Weißer*, Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?, JZ 1998, 230ss., 231 y n. 9; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, 70 ss.

común es irrenunciable en la coautoría, ésta no es conceptualmente posible. Otros argumentos son que no hay —ni puede haber— dominio del hecho común y la falta de previsión legal de esta figura. Sin embargo, un sector minoritario, pero creciente en la doctrina la admite<sup>55</sup>. En mi opinión, debe aceptarse la estructura de la coautoría imprudente, que exigirá una actuación conjunta y codeterminación objetiva del hecho —como el criterio es objetivo no se le plantean los problemas que surgen con el del dominio del hecho— con acuerdo, que ha de referirse no al resultado típico, sino a la realización de la conducta peligrosa o descuidada que los causa; si no hay acuerdo, estaríamos ante supuestos de autoría accesoria. Es dudosa la necesidad de la infracción del deber común.

Por lo que respecta a la posibilidad de coautoría en los delitos omisivos, y especialmente en los casos de comisión por omisión, el tema ha sido muy poco tratado. Me limitaré a señalar al respecto, que la coautoría es conceptualmente posible, pero existirá sólo excepcionalmente<sup>56</sup>. En cuanto a los requisitos para su concurrencia, no considero suficiente —en contra de la posición de la doctrina mayoritaria— la exigencia de posición de garante para que la comisión por omisión, sino que ha de darse una equivalencia material con la conducta activa<sup>57</sup> y esa equivalencia determinará siempre la autoría<sup>58</sup>. Lo que quiero decir con ello es que los criterios de equivalencia que se manejan plantean la misma respecto de la conducta activa del autor, por lo tanto, su concurrencia determina no sólo la existencia de un delito de resultado en comisión por omisión, sino también la autoría, pues lo que se busca precisamente es una fórmula que permita afirmar que la omisión equivale a la realización activa del tipo por el autor; por ello, es innecesario añadir la exigencia del dominio del hecho o de la determinación objetiva del hecho. Junto a esa equivalencia o identidad estructural entre la conducta omisiva y la del autor de la conducta activa, ya específicamente para la coautoría creo que es necesario un mínimo acuerdo de omitir, pero éste no ha de adoptarse formalmente en una reunión del órgano colegiado constituido como tal. Bastaría

---

<sup>55</sup> Cfr., *Brindokat* JZ 1979, 434 ss.; *Otto* Jura, 1990, 47 ss.; *Spendel-FS* 1992, 281 ss.; *Dencker* Kausalität und Gesamttat, 1996, 174 ss.; *Weißer* Kollegialentscheidungen, 1996, 146ss.; JZ 1998, 230ss.; *Renzikowski* Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, 261, 282 ss.; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, 174 ss.

<sup>56</sup> Cfr. *Roxin*, LK 11<sup>a</sup> 1993, § 25 Rn. 215; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6<sup>a</sup> 1994, 469.

<sup>57</sup> Me sumo a la tesis de *Luzón Peña* D<sup>o</sup> Penal de la Circulación, 2<sup>a</sup> 1990, 175; *Estudios penales*, 1991, 237 ss., quien habla de la creación o el incremento del riesgo como criterio de equivalencia. Próximo a esta tesis, *Silva Sánchez* El delito de omisión, 1986, 369 ss.; *Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención*. El ejemplo del funcionario penitenciario, CPC 38 (1989), 367 ss. Cfr. también *Schunemann* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, 231 ss. y *passim*; *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, 84 ss.: "Dominio del garante sobre la causa del resultado".

<sup>58</sup> En este sentido también *Silva Sánchez*, CPC 38 (1989), 388.

con un acuerdo informal, es decir, que los sujetos se hayan puesto de acuerdo en no adoptar la medida o la decisión debida y que sólo puede adoptarse en el seno del órgano colegiado. Si no hay acuerdo alguno (ni expreso, ni tácito; ni formal, ni informal), sino que simplemente no se adoptan (por el órgano) las medidas debidas para evitar el eventual resultado lesivo, desde luego no se podría hablar de coautoría. Por último, resulta imprescindible la existencia de un deber común de actuar que sólo pueda cumplirse actuando conjuntamente. Sólo en esos casos tiene sentido hablar de coautoría<sup>59</sup>. En otros casos, por mucho que haya acuerdo de omitir, estaremos ante supuestos de autoría unipersonal. Es decir, el acuerdo de omitir por sí solo no convierte en coautores a los que lo adoptan<sup>60</sup>.

Desde luego, en los casos de decisiones de órganos colegiados se da *per definitionem* esta circunstancia: dado que es el órgano como tal —y no sus miembros individualmente considerados— el único con capacidad para adoptar acuerdos, el deber de actuar es común y sólo puede cumplirse con una actuación conjunta, por tanto, si acuerdan omitir una conducta debida y dicha omisión puede valorarse como comisión por omisión de un delito, todos los que votan a favor del acuerdo de omitir serán coautores del delito.

Otra cuestión que cabría plantearse es la de si, además del deber de actuación que compete a cada sujeto en cuanto miembro del órgano colegiado, existen otros deberes de actuación (deber de obligar a sus colegas a actuar con el fin de impedir el delito; deber de denunciar la situación; deber de articular mecanismos que obliguen a que se tome la decisión ....), que sí podrían cumplirse a título individual. Respecto de estos otros deberes, creo que estamos ante supuestos de autoría unipersonal, pero de delitos de omisión pura, en su caso (omisión del deber de impedir o denunciar delitos, omisión del deber de socorro ...).

## **2. Segundo Grupo: Acuerdos antijurídicos necesitados de posterior ejecución**

2.1. Partiendo de un concepto restrictivo de autoría y de la necesidad de intervención del coautor en la fase ejecutiva, es estos supuestos cobran especial relevancia las reflexiones iniciales: el que una serie de sujetos, miembros de un órgano colegiados, adopten un acuerdo cuya posterior ejecución es delictiva no los convierte sin más en coautores. En ese momento (el de la adopción del acuerdo) estamos aún en la fase preparatoria del delito. Si la

<sup>59</sup> Cfr., *Roxin* LK 11<sup>a</sup>, 1993, § 25 Rn.162, 215; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6<sup>a</sup>, 1994, 469 f.

<sup>60</sup> Cfr., *Jakobs* en: *Mir/Luzón* (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas*, 1996, 93 s.

ejecución —como será lo habitual— corresponde a otros, pueden plantearse como posibles vías de articulación de la responsabilidad penal las siguientes:

La primera hipótesis es la de la coautoría mediata de los miembros del órgano colegiado: Quienes toman la decisión no ejecutan por sí mismos el hecho, sino a través de otros (la estructura empresarial en los casos de órganos colegiados de empresas, o la estructura administrativa en el caso de decisiones colegiales tomadas en el ámbito de la Administración pública), a través de los que determinan (o dominan) la producción del hecho típico<sup>61</sup>.

En principio la (co)autoría mediata será bastante fácil de fundamentar en los casos en que exista coacción o error de tipo en los ejecutores materiales, casos estos últimos que serán bastante frecuentes, sobre todo en los eslabones inferiores tanto de la estructura empresarial, como de la administrativa, cuyo conocimiento de conocimiento de la situación fáctica y jurídica es parcial.- También podría afirmarse la autoría mediata en los casos en que el sujeto “de delante” obra justificadamente, o en situación de inexigibilidad o de error de prohibición, aunque aquí la doctrina ya no es unánime.

Más problemática es la admisibilidad de esta figura en los supuestos en que el ejecutor inmediato, o su superior jerárquico subordinado a quien toma la decisión, obran dolosamente y son plenamente responsables<sup>62</sup>. Aquí, parece que —aplicando el principio de autorresponsabilidad— habría que afirmar la autoría (directa o mediata) de éstos y considerar meros partícipes (inductores o cooperadores necesarios) a quienes toman la decisión. Ahora bien, esa solución —correcta en algunos casos en que realmente el “dominio organizatorio”<sup>63</sup> no sea tan intenso y no pueda hablarse de instrumentalización alguna, porque exista una plena visión de la situación fáctica y jurídica por parte del sujeto de delante— resulta insatisfactoria en muchos otros, en los que es realmente discutible hablar de autorresponsabilidad ¿Son los eslabones intermedios realmente “plenamente responsables” y libres, cuando se

---

<sup>61</sup> Sobre la autoría mediata, cfr., entre otros, *Roxin* LK 11<sup>a</sup>, 1993, § 25 Rn. 53 ss.; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6<sup>a</sup> 1994, 141 ss., 638 ss.; *Huber*, *Die mittelbarer Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt*, 1995, passim; *Hernández Plasencia* *La autoría mediata en Derecho penal*, 1996, passim; *Schönke/Schröder/Cramer* 25<sup>a</sup> 1997, § 25 Rn. 6 ss.;

<sup>62</sup> En este sentido también, *Silva Sánchez* *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español*, en: *Silva/Figueiredo/Schünemann* (coord): *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, 1995, 369 s.; *Díaz y García Conlledo*, *Autoría mediata*, Ponencia presentada al III Congreso de estudiantes de Derecho penal, Universidad de Barcelona, 1996, 30.

<sup>63</sup> *Silva Sánchez*, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español*, en: *Silva/Figueiredo/Schünemann* (coord): *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, 1995, 371.

hallan integrados, por ejemplo, en una estructura empresarial que los somete a todo tipo de presiones, donde rige el principio de jerarquía y existe un alto grado de fungibilidad, mayor cuanto más bajo es el rango del sujeto?<sup>64</sup> Tal vez en ciertos casos podría aplicarse de la construcción del “autor detrás del autor” en el seno de aparatos organizados de poder propuesta en su día por Roxín<sup>65</sup> o una construcción similar, basada no tanto en la idea de la fungibilidad del instrumento (que es un dato más, pero no el único ni el más relevante), sino fundamentalmente en el mejor conocimiento y en el dominio y control de la organización, a través de su poder legal de mando. Ello con independencia de la responsabilidad del ejecutor inmediato<sup>66</sup>.

No obstante, ninguna de estas construcciones puede aplicarse con carácter general y al margen del caso concreto, pues dependerá de las circunstancias de éste el que podamos hablar o no de instrumentalización de otro y de dominio o determinación del hecho a través de la estructura empresarial, requisitos imprescindibles para poder hablar de autoría mediata.

2.2. Por último, quisiera tan solo apuntar que en este ámbito no podemos olvidar que la estructura de la comisión por omisión puede resultar especialmente operativa como criterio de imputación del hecho (como coautores) a los sujetos que adoptan las decisiones sin participar posteriormente en la ejecución del hecho desde una posición de superioridad jerárquica y división funcional del trabajo. Al respecto resultan especialmente esclarecedoras las aportaciones de Schünemann<sup>67</sup>, que esencialmente comparto.

Ahora bien, esto no significa aceptar la existencia de un genérico deber de garantía del empresario o del superior jerárquico, que considero inadmisibles en un Derecho penal en el que siga rigiendo el principio de responsabilidad personal y por hechos propios. La equivalencia de la omisión con la conducta activa sólo podrá afirmarse si el competente para tomar la decisión posee un efectivo dominio sobre la fuente del peligro, dominio que surge precisamente

---

<sup>64</sup> Cfr.. *Schünemann* wistra 1982, 41 ss. (= ADPCP 1988, 529ss.,533).

<sup>65</sup> GA 1963, 193 ss.; Lange-FS, 1976, 192 ss.; *Täterschaft und Taherrschaft*, 6ª 1994, .242 ss..

<sup>66</sup> En la misma línea, *Schünemann* Unternehmenskriminalität 1979, 103; *Silva Sánchez* Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español, en: *Silva/Figueiredo/Schünemann* (eds.): *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, 1995, 370 s.; *Díaz y García Conlledo*, *Autoría mediata*, Ponencia presentada al III Congreso de estudiantes de Derecho penal, Universidad de Barcelona, 1996, p. 30.

<sup>67</sup> *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, 89 ss.; 95 ss.; wistra 1982, 42 ss.. (= ADPCP 1988, 533 ss.). En el mismo sentido también *Silva Sánchez* Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en Derecho español, en: *Silva/Figueiredo/Schünemann* (eds.): *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, 1995, 371 s.

de la esfera de competencia del sujeto, lo que determina que su omisión cree o incremente el riesgo del resultado en sentido normativo-social. Esto puede suceder en muchos supuestos, pero quisiera destacar, de nuevo, que habrá que comprobarlo en el caso concreto, teniendo en cuenta las competencias del sujeto, sus posibilidades de actuación y el significado material que tiene la omisión de su deber de actuación y no de forma automática, estableciendo una especie de responsabilidad objetiva de los órganos de decisión competentes para tomar las decisiones en una estructura (empresarial o administrativa) más o menos compleja.

# Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»: el caso de los delitos contra el medio ambiente<sup>1</sup>

José Manuel Paredes Castañón

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de León

## I. Introducción: los «nuevos riesgos»

1. Afirma Denninger que entre los diversos rasgos que caracterizan a la que podría llamarse «visión postmoderna del Derecho», frente a la visión clásica sobre el mismo, uno de los más llamativos es el de la «crisis generalizada de la razón práctica»<sup>2</sup>. Dicha crisis se manifiesta en la existencia de serias dudas acerca de si resulta posible establecer de forma general (como se había venido asumiendo sin discusión desde el triunfo del optimismo racionalista de la Ilustración) una coordinación adecuada entre racionalidad técnico-científica, responsabilidad ético-social y decisiones jurídicas. Concretamente, cada vez resulta más patente la discrepancia entre aquellas prestaciones que se esperan del Estado desarrollado moderno —y de su Ordenamiento jurídico— y las capacidades que dicho Estado y dicho Ordenamiento tienen realmente para satisfacerlas<sup>3</sup>.

El fenómeno tiene, ciertamente, muy diversas causas. No obstante, me interesa ahora destacar una de ellas: que, tal y como U. Beck ha puesto de manifiesto<sup>4</sup>, las sociedades capitalistas desarrolladas se configuran cada vez más como auténticas «sociedades del riesgo», en las que las implicaciones negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo cobran entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Texto revisado y con unas mínimas referencias bibliográficas de mi intervención en el Congreso de Alumnos de Derecho Penal de Barcelona, el día 5 de abril de 1995.

<sup>2</sup> DENNINGER, Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho postmoderno, *Doxa* 14 (1993), p. 367.

<sup>3</sup> DENNINGER, *Doxa* 14 (1993), p. 365. En el mismo sentido, HEINE, *Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente*, trad. P. M. de la Cuesta Aguado, ADPCP 1993, pp. 291-292.

<sup>4</sup> BECK, *Risikogesellschaft*, 1986.

<sup>5</sup> Sobre las implicaciones de esta concepción para el Derecho Penal, vid., fundamentalmente, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1992; el mismo, *Límites al control general de los riesgos socia-*



Piénsese tan sólo en lo que sucede ya o puede llegar a suceder en materia de tráfico rodado, consumo de productos peligrosos, biotecnología... o degradación ambiental.

Frente a esta situación, la reacción del Derecho —y también la del Derecho Penal— resulta, cuando menos, de dudosa eficacia. En concreto, los instrumentos jurídicos tradicionales (el Derecho Penal, el Derecho de la responsabilidad civil, el Derecho Administrativo sancionador) están contruidos sobre la ignorancia de datos fundamentales de esos «nuevos riesgos» a los que tienen que enfrentarse. Destacaré tan sólo los siguientes<sup>6</sup>:

- a) En primer lugar, la imposibilidad de dominar por completo en toda su dimensión espacio-temporal las consecuencias de la técnica: piénsese, si no, en los efectos de Chernobyl, o de los pesticidas químicos sobre generaciones futuras o sobre poblaciones muy distantes del lugar de los hechos.
- b) En segundo lugar, se habla ya de una auténtica «explosión de ignorancia», unida al progreso científico: cada avance técnico-científico nos descubre más aún cuánto ignoramos de los procesos naturales que cuánto hemos conseguido conocer adicionalmente.
- c) En tercer lugar, dicho progreso técnico tiene lugar en el seno de una estructura social que lo canaliza principalmente a través de organizaciones altamente especializadas, complejas y jerarquizadas: la empresa capitalista, el Estado intervencionista,... Un efecto colateral de esta característica es, por cierto, el de que el Estado no permanece ya como observador imparcial de los fenómenos sociales peligrosos, sino que toma una postura activa ante ellos, sea para reprimirlos o para fomentarlos.
- d) Todo lo anterior produce, finalmente, un efecto de ruido —en el sentido de la Teoría de la Comunicación: esto es, de obstáculo en la comunicación— que dificulta el proceso de decisión de los casos concretos, por un exceso de intereses, factores y argumentos que pretenden ser tomados en cuenta. Exceso al menos respecto a lo que la persona moral corriente (y, consiguientemente, también el juez) está acostumbrado a ponderar y a analizar en sus decisiones.

2. Los rasgos expuestos tienen, evidentemente, consecuencias importantes sobre el tratamiento jurídico de estos casos. Piénsese, en efecto, en las difi-

---

les, trad. E. Larrauri Pijoan/F. Pérez Alvarez, ADPCP 1993, 317 ss.; HILGENDORF, Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft?, NSTz 1992, pp. 10 ss.; PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, 1993; KUHLEN, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, pp. 347 ss.

<sup>6</sup> Vid. DENNINGER, Doxa 14 (1993), pp. 368-372.

cultades que ello plantea para un Derecho Penal apegado a principios de imputación tales como la limitación de la responsabilidad a lo normalmente previsible, la relevancia de los conocimientos del sujeto individual, la prueba de la relación causal, la toma en consideración de los intereses concurrentes en el caso concreto o la individualización de la responsabilidad de cada persona interviniente.

Ante esta situación, el jurista se encuentra ante el dilema de aplicar instrumentos dogmáticamente acuñados y aquilatados que aprehenden dificultosamente las nuevas realidades (con lo insatisfactorio que ello suele resultar desde el punto de vista político-criminal y de las convicciones jurídicas de la comunidad); o, por el contrario, renunciar a una aplicación estricta de los mismos, «flexibilizándolos» en beneficio de un resultado socialmente aceptable, por más que ello pueda mermar derechos fundamentales, quebrantar las reglas generales de atribución de responsabilidad y resultar de dudosa justificación desde el punto de vista de la función preventiva de las penas<sup>7</sup>.

**3.** Salir de este dilema no es, desde luego, una tarea fácil. Además, en mi opinión, ello no puede lograrse por ninguna de las dos vías extremas: porque ello sería, en la primera de las alternativas, de imposible mantenimiento en el tiempo si los «nuevos riesgos» van provocando más y más consecuencias lesivas (tristemente, las sociedades suelen preferir, como Goethe, la injusticia al desorden, y ahí están muchos ejemplos de aplicación del Derecho Penal para recordárnoslo: políticas de «seguridad ciudadana», legislaciones antiterroristas, pena de muerte,...)<sup>8</sup>; y porque, en la segunda de las alternativas, la solución se aproxima mucho a una puesta en solfa de derechos fundamentales y a una política criminal de «chivos expiatorios», que hoy debe resultarnos inaceptable.

Por ello, una solución satisfactoria y a la vez respetuosa del marco del Estado de Derecho exige más bien una combinación de viejas y de nuevas técnicas: de un lado, una aplicación ajustada pero que no se desvíe de su esencia de las reglas generales de la imputación jurídico-penal; de otro, la utilización de nuevas —y no tan nuevas— figuras delictivas (como son los delitos de omisión propia, los delitos de peligro, los delitos especiales...).

**4.** Veremos a continuación un ejemplo concreto, muy significativo y muy práctico al tiempo, de los desafíos que los «nuevos riesgos» plantean al Derecho Penal. Se trata, en concreto, del caso de la delincuencia medioambiental, tan

---

<sup>7</sup> Vid., en el mismo sentido, HASSEMER, Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno (trad. E. Larrauri), ADP 1992, pp. 244-246.

<sup>8</sup> SCHÜNEMANN, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, pp. 207-210.

importante hoy desde el punto de vista de su frecuencia criminológica y en vista de la creciente alarma social que genera<sup>9</sup>. Y lo veremos, precisamente, considerando cómo están resolviendo de hecho hasta ahora tanto el legislador como los jueces españoles los problemas y desafíos a los que antes he hecho referencia. En este sentido, consideraré tan sólo, junto con el tenor literal de los arts. 325-331 CP, las cinco sentencias que el TS ha dictado en materia de delincuencia medioambiental hasta la fecha: a saber, las STS 30-11-1990 (A. 9269), 11-3-1992 (A. 4319), 5-10-1993 (A. 7694), 26-9-1994 (A. 7194) y 3-4-1995 (A. 2808)<sup>10</sup>.

## II. Ejemplificación: los delitos contra el medio ambiente

1. Un primer punto problemático resulta ser en esta materia el de la caracterización del resultado lesivo (y, en definitiva, de la lesión del bien jurídico protegido). En efecto, a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos de realización de «nuevos riesgos», aquí —pero no sólo aquí— aquello que se lesiona resulta ser de difícil tangibilidad y perceptibilidad: el «medio ambiente», como la «seguridad del tráfico» o la «salud pública», y tal vez más que ellos, es un bien jurídico eminentemente «funcional», en el sentido de que posee sentido tan sólo por referencia a otros bienes e intereses (la vida, la salud, las condiciones higiénicas de vida, la preservación de los bienes,...)<sup>11</sup>. Este hecho condiciona en buena medida la forma en que puede tipificarse una conducta atentatoria al bien jurídico «medio ambiente». Así, dicho bien se configura como un núcleo de protección previo al de otros bienes jurídicos individuales o colectivos de valor intrínseco: en definitiva, como una fórmula de tutela anticipada (la lesión del equilibrio ambiental pone ya en peligro la vida, la salud,...) o como una fórmula de tutela oblicua la lesión del equilibrio ambiental afecta sustancialmente a la higiene, a la calidad de los bienes,...)<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Vid. BACIGALUPO, La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente, EPenCr V (1980-1981), pp. 191 ss.

<sup>10</sup> Para la jurisprudencia de los tribunales inferiores, vid. VERCHER NOGUERA, Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente, APen 1995-I, pp. 35 ss.; PEREZ DE-GREGORIO, Jurisprudencia penal medioambiental, LL 1995-IV, pp. 965 ss.; el mismo, Jurisprudencia penal medioambiental (II), LL 1996-II, pp. 1678 ss.

<sup>11</sup> Se sigue aquí una línea similar a la de JAKOBS, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, ZStW 97 (1985), pp. 773-783; el mismo, Derecho Penal. Parte General, trad. J. Cuello Contreras/J. L. Serrano González de Murillo, 1995, pp. 58-59; KINDHÄUSER, Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal económico, trad. F. Molina Fernández, en VV.AA., Hacia un Derecho Penal económico europeo, 1995, pp. 444-451, que pretenden conectar la protección a través de bienes jurídicos «funcionales» con la propia de los bienes jurídicos básicos, vinculados a derechos subjetivos.

<sup>12</sup> Por otra parte, esta condición «funcional» del bien jurídico medio ambiente viene determinada en buena medida por la base constitucional del mismo (el art. 45 CE recoge también una visión señaladamente antropocéntrica del medio ambiente:

Dicha configuración plantea al menos dos problemas de importancia. En primer lugar, el de la conexión entre bien jurídico «funcional» y bienes jurídicos de referencia: en nuestro caso, la condición «funcional» del bien jurídico medio ambiente deberá llevar a contemplar el mismo esencialmente desde una perspectiva netamente antropocéntrica, y no biocéntrica<sup>13</sup>; y, por ello, en tal sentido habrá de ser interpretado el tipo.

En segundo lugar, esa naturaleza del bien jurídico protegido plantea ciertos problemas a la hora de caracterizar el resultado del delito. En efecto, en el caso de nuestros arts. 325, 328 CP parece que el resultado tipificado en el mismo («*que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*», «*que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas*») se balancea indeciso entre el delito de peligro y el delito de lesión. Es cierto que tanto la

---

RODRIGUEZ RAMOS, Protección penal del ambiente, en COBO DEL ROSAL (dtor.), Comentarios a la legislación penal, I, 1982, pp. 261-262; DE VEGA RUIZ, El presente y futuro del delito ecológico, LL 1992-I, p. 1037; RODAS MONSALVE, Protección penal y medio ambiente, 1993, pp. 38-39); y, en definitiva, por lo que constituye hasta ahora el consenso social sobre el tema (consenso sin duda dinámico y que, como consecuencia del influjo de las ideas y de los debates ecologistas, cada vez avanza más claramente hacia otra visión más biocéntrica). Así, por ejemplo, difícilmente podría sostenerse hoy en nuestra sociedad que la destrucción de determinadas especies vegetales, cuando ello sólo afecte a la biodiversidad, pero no al equilibrio de los ecosistemas o a la calidad de vida, deba constituir un delito; lo que, desde luego, no significa que en un futuro no muy lejano ello no deba llegar a suceder.

<sup>13</sup> BACIGALUPO, EPenCr V (1980-1981), p. 200; R. RAMOS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, I, 1982, p. 273; el mismo, Alternativas de la protección penal del medio ambiente, CPC 1983, pp. 138-139; el mismo, Delitos contra el medio ambiente, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, V, 1985, pp. 829-830; DE LA CUESTA ARZAMENDI, Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente, DJ 37-40 (1983), pp. 882-883; PRATS CANUT, Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980, LH-Pérez-Vitoria, 1983, pp. 751, 752-753; PERIS RIERA, La primera sentencia por delito ecológico, PJ 11 (1988), p. 96; BUSTOS RAMIREZ, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 2ª ed., 1991, p. 260; MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Derecho Penal y protección del medio ambiente, 1992, p. 45 (cfr., sin embargo, pp. 54-55); RODAS MONSALVE, Protección penal, 1993, pp. 97-101; RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, Derecho Penal español, Parte Especial, 17ª ed., 1994, pp. 1104-1105; BOIX, en ORTS BERENGUER (coord.), Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, 1994, p. 159; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en VIVES ANTON (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, II, 1996, pp. 1592-1593; CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL (dtor.), Manual de Derecho Penal (Parte Especial), IV, 1994, pp. 179-180; DE VEGA RUIZ, El delito ecológico, 2ª ed., 1994, p. 32; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 11ª ed., 1996, p. 502.

doctrina<sup>14</sup> como la jurisprudencia<sup>15</sup> vienen entendiendo (ya con la regulación anterior, del art. 347 bis CP-1944) que se trata más bien de un delito de peligro —de peligro concreto—. No obstante, dicha caracterización no deja de tener sus problemas: de legitimidad, en cuanto a la conveniencia de anticipar, a través de la técnica de los delitos de peligro, aún más —respecto de la anticipación presupuesta por el propio bien jurídico «funcional»— y de forma indiscriminada la intervención penal<sup>16</sup>; pero también de aplicabilidad dogmática, puesto que dificulta una configuración más clara de la relación de imputación entre resultado —de peligro— y acción típica, así como la cuestión concursal (en el caso de que se produzcan muertes o lesiones, ¿debería seguirse castigando por los arts. 325, 328 CP? ¿violaría o no esta solución el principio *non bis in idem*?)<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> R. RAMOS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, V, 1985, p. 837; el mismo, en LOPEZ BARJA DE QUIROGA/R. RAMOS (coords.), Código Penal, 1990, p. 653; BELTRAN BALLESTER, El delito ecológico, PJ esp. IV (1988), p. 97; PERIS RIERA, PJ 11 (1988), p. 97; VERCHER NOGUERA, El delito ecológico: aplicación y problemas prácticos, LL 1989-IV, p. 967; el mismo, APen 1995-I, p. 42; BUSTOS RAMIREZ, PE, 1991, pp. 261-262; MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Medio ambiente, 1992, pp. 256-257; QUERALT I JIMENEZ, Derecho Penal español, Parte Especial, 2ª ed., 1992, p. 481; DE VEGA RUIZ, LL 1992-I, p. 1037; el mismo, Delito ecológico, 1994, p. 23; RODAS MONSALVE, Protección penal, 1993, pp. 238-240; R. DEVESA/SERRANO GOMEZ, PE, 1994, p. 1108 (aunque sólo respecto de lo que consideran como primera modalidad típica, y no respecto de la segunda —así, p. 1109—); BOIX, en ORTOS BERENGUER (coord.), PE, 1994, pp. 162-163; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en VIVES ANTON (coord.), Comentarios, II, 1996, p. 1598; CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL (dtor.), PE, IV, 1994, p. 191; DE LA CUESTA AGUADO, Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, 1995, pp. 110-111 (combinación de delito de peligro concreto y delito de peligro abstracto); LUZON CUESTA, Delitos de riesgo en general, EJBCiv, 1995, p. 2083; PEREZ DE-GREGORIO, LL 1995-IV, p. 966 (al tiempo, delito de peligro concreto y abstracto); LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN, El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, 1996, p. 159 (que lo interpretan, incluso, como un delito de peligro abstracto); MUÑOZ CONDE, PE, 1996, p. 505 («delito de peligro hipotético», entre el peligro abstracto y el concreto); PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 1996, p. 874 (delito de peligro abstracto y concreto).

<sup>15</sup> Así, expresamente, las STS 5-10-1993, 3-4-1995.

<sup>16</sup> Así, JAKOBS, PG, 1995, pp. 58-59: aquella anticipación de la tutela que resulta ilegítima para los bienes jurídicos de referencia lo es igualmente para el bien jurídico funcional.

<sup>17</sup> Vid., al respecto, la posición negativa de PERIS RIERA, Delitos contra el medio ambiente, 1984, p. 33; R. RAMOS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, V, 1985, p. 842; BELTRAN BALLESTER, PJ esp. IV (1988), pp. 102-103; TERRADILLOS BASOCO, El ilícito ecológico: sanción penal y sanción administrativa, en el mismo (ed.), El delito ecológico, 1992, p. 96; RODAS MONSALVE, Protección penal, 1993, pp. 345-348. Afirma existencia de un concurso de leyes, para evitar la violación del principio *non bis in idem*, MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Medio ambiente, 1992, pp. 284-285.

En este sentido, probablemente la solución más adecuada sería la de reconocer plenamente la entidad propia que han alcanzado ya hoy los bienes jurídicos que antes denominé «funcionales», y tipificar como auténticos delitos de lesión los más graves atentados a los mismos<sup>18</sup>. Reservando, por lo tanto, la técnica de los delitos de peligro, concreto o abstracto, para lo que fueron concebidos, esto es, para anticipar aún más la protección: por ejemplo, parece que ciertas conductas contaminantes deberán ser castigadas autónomamente (y con independencia de que concorra dolo en ellas) incluso cuando no lleguen a generar daño ambiental alguno (emisión de sustancias radioactivas, de gases altamente tóxicos,...). Para el resto de los casos, la punición conforme a las reglas generales de los delitos de resultado de lesión (exigencia de afectación real del bien jurídico, limitación de la punición a la tentativa dolosa,...) parece suficiente.

2. En segundo lugar, aparece también en el caso de los delitos contra el medio ambiente un problema común a muchos de los «nuevos riesgos»: el de la prueba de la relación de causalidad entre acción típica y resultado lesivo<sup>19</sup>. Efectivamente, en la medida en que en muchos de estos «nuevos riesgos» se actúa bajo condiciones de elevada incertidumbre la aplicación de los principios probatorios habituales en el proceso penal resulta problemática<sup>20</sup>. De otra parte, parece (aunque ello es aún objeto de debate) que muchos de los procesos desarrollados en el seno de los ecosistemas no responden a los modelos causales tradicionales, de signo mecanicista, que nos han venido sirviendo para conectar, por ejemplo, el disparo o la puñalada con la muerte; al contrario, se diría que en dichos procesos se producen fenómenos de acumulación, adición y sinergia causal difícilmente explicables en términos mecanicistas<sup>21</sup>.

Ambos datos crean, naturalmente, dificultades importantes a la práctica del proceso penal. Los tribunales han optado en muchas ocasiones por

---

<sup>18</sup> Vid. así ya PAREDES CASTAÑÓN, Sobre algunos problemas dogmáticos que plantea la punición de los delitos contra el medio ambiente, en VV.AA., La protección penal del medio ambiente, 1990, pp. 146-147. En el mismo sentido, R. RAMOS, en LOPEZ BARJA DE QUIROGA/R. RAMOS (coords.), Código Penal, 1990, p. 654.

<sup>19</sup> Vid., sobre todo lo que sigue, PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRIGUEZ MONTAÑES, El «caso de la colza», 1995, pp. 49 ss., con ulteriores referencias. Cfr. igualmente SAMSON, Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht, ZStW 99 (1987), pp. 617 ss.; KLEINE-KOSACK, Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht, 1988, passim; DE LA CUESTA AGUADO, Causalidad, 1995, passim.

<sup>20</sup> Cfr., desde la perspectiva práctica, VERCHER NOGUERA, LL 1989-IV, pp. 967, 968-969; el mismo, APen 1995-I, p. 40.

<sup>21</sup> VERCHER NOGUERA, LL 1989-IV, p. 969. Vid. al respecto, introductoriamente, SAMSON, ZStW 99 (1987), p. 618; DE LA CUESTA AGUADO, Causalidad, 1995, pp. 88-89.

«flexibilizar» los criterios de prueba de la causalidad, acudiendo a lo que —en otro contexto— Hassemer ha denominado fórmula de la *black box*<sup>22</sup>: a saber, determínese la existencia de *inputs* en el curso fáctico que sean procedentes de una acción humana, y también la existencia de un *output* lesivo para el bien jurídico; entonces, déjese a un lado la cuestión de qué sucedió realmente entre ambos hechos y, si no se posee otra explicación más plausible, afirmese sin más la existencia de relación de causalidad entre el *input* y el *output*.

Se ve en esto de nuevo con claridad el dilema entre necesidades político-criminales y criterios dogmáticos (y, aquí, también la salvaguardia de los derechos fundamentales). Al respecto, opino que el dilema no posee más que una solución legítima: la compatibilización del desarrollo de investigaciones acerca de este nuevo tipo de fenómenos causales (en la medida en que los intereses en juego lo hagan deseable, jugando aquí, pues, un importante papel el principio de oportunidad), con un respeto estricto tanto a las exigencias epistemológicas para el establecimiento de relaciones causales como a las condiciones procesales para su prueba (rechazando, por lo tanto, la fórmula de la *black box* en todas sus manifestaciones).

Ahora bien, hay que admitir que, pese a todo, es perfectamente imaginable que algunos casos queden sin aclaración desde el punto de vista causal. Y entonces habrá que plantearse la posibilidad de crear para ellos otras figuras delictivas (y no la de desvirtuar las ya existentes): delitos de peligro, como antes indiqué, pero también delitos de mera actividad, en los que no se exija un resultado lesivo para la plena punición<sup>23</sup>. En este sentido, de especial importancia pueden resultar los delitos de omisión propia: en concreto, parece muy conveniente convertir en delictivas las conductas de determinados sujetos (básicamente, directores de organizaciones o técnicos de las mismas) que incumplan flagrantemente sus deberes de control y dirección en relación con actividades potencialmente peligrosas para el medio ambiente.

Finalmente, algún sector doctrinal —voces aisladas, hasta ahora<sup>24</sup>— han planteado ya la idea de que en ciertos ámbitos (y el que ahora nos ocupa sería

---

<sup>22</sup> HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, p. 38; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, 1995, p. 144.

<sup>23</sup> HEINE, *ADPCP* 1993, p. 298.

<sup>24</sup> OTTO, *Kausal diagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht*, *Maurach-Fest.*, 1972, pp. 91 ss., *passim*; el mismo, *Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten*, *NJW* 1980, pp. 417 ss., *passim*; PUPPE, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit*, *ZStW* 95 (1983), pp. 286 ss., *passim*; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, 2ª ed., 1984, p. 95; LAMPE, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion*, *Armin Kaufmann-Gs.*, 1989, pp. 189 ss., *passim*; BUSTOS RAMIREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., 1994, pp. 243-245.

uno de ellos) tal vez haya que dar paso a nuevas formas de imputación de resultados, alejadas de la tradicional basada en la relación de causalidad. Antes que nada, y frente al posible escándalo que estas ideas pueden generar en el pensamiento jurídico tradicional, hay que advertir que tales formas novedosas de imputación no lo son tanto: en la Dogmática penal imperante, se admite ya al menos una, la correspondiente a la comisión por omisión. Más discutible es, por supuesto, si dichas formas de imputación (sobre la base del incremento del riesgo o fórmulas similares) deben generalizarse o, al menos, extenderse a grupos enteros de delitos. Sobre ello falta, desde luego, un debate suficiente, de legitimidad, de conveniencia político-criminal y de aplicabilidad dogmática.

3. Otro problema que se plantea también en los delitos contra el medio ambiente es el de la determinación de las posiciones de autoría<sup>25</sup>. En efecto, como antes indicaba, es corriente que esta especie de delitos sea realizada a través de organizaciones —Estado, empresa—; y en ellas la delimitación de las esferas de responsabilidad individual (esto es, de los ámbitos a los que afecta el deber individual de control de riesgos de un sujeto concreto) suele resultar problemática, puesto que todas las intervenciones humanas están programadas como un sistema interrelacionado.

No voy a profundizar más en este tema, porque no es un problema específico de los delitos derivados de «nuevos riesgos», sino al menos de toda la delincuencia empresarial. No obstante, sí que deseo hacer al menos dos observaciones. En primer lugar, que como ya he afirmado en otro lugar, creo que es posible conjugar en muchos casos las peculiaridades de las realidades criminales organizadas (lo que Lampe ha denominado recientemente «sistemas de injusto»)<sup>26</sup> con las reglas normales de delimitación de la responsabilidad entre autores, partícipes e intervinientes que obran atípicamente, sin necesidad de crear nuevas figuras delictivas (que, sin embargo, a veces son totalmente inevitables). Y, en segundo lugar, que la aplicación automática del art. 31 CP para hacer «único responsable» de lo sucedido en la organización (así, la STS 30-11-1990)<sup>27</sup>, descartando con ello la aplicación de las reglas generales sobre autoría y participación, significa una solución que, al tiempo, es simplista, político-criminalmente contraproducente (al no investigar la posible responsabilidad penal de otros sujetos integrados en la estructura organizativa) y, sobre todo, contraria al tenor literal de dicha disposición legal<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Sobre lo que sigue, vid. PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/R. MONTAÑÉS, Colza, 1995, pp. 133 ss.

<sup>26</sup> LAMPE, Systemunrecht und Unrechtssysteme, ZStW 106 (1994), pp. 683 ss., passim.

<sup>27</sup> Afirma, sin embargo, VERCHER NOGUERA, APen 1995-I, pp. 42-43, que tal aplicación automática no es la regla general en la jurisprudencia de los tribunales inferiores.

<sup>28</sup> Vid., por todos, GRACIA MARTÍN, El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, II, 1986, p. 106. En el mismo sentido, PRATS CANUT, LH-Pérez-Vitoria, 1983, p. 759.



4. Me interesa más ahora, por el contrario, detenerme en una última cuestión: a saber, la de la relación entre tipo penal y normativa administrativa; o, más en general, entre tipificación penal de conductas y los límites a la misma a través de la institución —sin duda polémica en cuanto a su naturaleza dogmática<sup>29</sup>— del riesgo permitido. Pues, en efecto, tal y como antes indiqué, uno de los rasgos más característicos de los «nuevos riesgos» es el de la falta de neutralidad del Estado (concretamente, de la Administración) ante los mismos: al contrario, existe casi siempre una amplia panoplia de normativa administrativa reguladora de la materia, que pretende discriminar entre conductas aceptables y aquellas otras que deben ser consideradas ilícitas<sup>30</sup>.

Pues bien, este hecho plantea varios problemas adicionales a la intervención del Derecho Penal en estos ámbitos. En primer lugar, la existencia de esta normativa administrativa hace casi imposible, en muchas ocasiones, describir la conducta penalmente típica sin referirse a la consideración que la misma le merezca al Derecho Administrativo. Así lo hacen, por ejemplo, en materia de medio ambiente, los arts. 325, 333, 334 CP. Pero es que, aunque no existiese una referencia expresa, la toma en consideración sería ineludible. Por esta vía, por lo tanto, penetran en este campo los arduos problemas de las normas penales en blanco (acrecentados en un campo en el que se entrecruzan las normas y actuaciones de diversas administraciones), en relación con el respeto al principio de legalidad penal (¿qué ocurre cuando las normas de referencia, como sucede en nuestro caso, son con frecuencia meramente reglamentarias?)<sup>31</sup> y con el grado de conocimiento que debe poseer el sujeto actuante para que no haya que considerar que obraba en error (y después habrá que decidir ante qué clase de error nos encontramos)<sup>32</sup>.

En segundo lugar, otro problema que se plantea —y que aparecía precisamente en el caso al que vengo haciendo referencia— es el de la discrepancia entre normas y actos administrativos de autorización, o entre la normativa administrativa y la penal, o entre la normativa administrativa y las exigencias de protección del bien jurídico<sup>33</sup>. De hecho, estas posibles discrepancias no

<sup>29</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, 1995, *passim*.

<sup>30</sup> Vid. HEINE, *ADPCP* 1993, pp. 292-293.

<sup>31</sup> Vid. GONZALEZ GUITIAN, *Sobre la accesoriedad del Derecho Penal en la protección del ambiente*, *EPenCr XIV* (1989-1990), pp. 124-125; COLAS TUREGANO, *Art. 347 bis. ¿Ruptura con el principio de legalidad?*, *PJ* 26 (1992), pp. 213 ss., *passim*; RODAS MONSALVE, *Protección penal*, 1993, pp. 216 ss.; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en VIVES ANTON (coord.), *Comentarios*, II, 1996, pp. 1594-1595; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *Comentarios*, 1996, pp. 868-871. Y, muy especialmente, la STC 127/1990, de 5 de julio (B.O.E. núm. 121, de 30-7-1990).

<sup>32</sup> Vid., por todos, LUZON PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, 1996, pp. 355-356, 447-450, con ulteriores referencias.

<sup>33</sup> Sobre lo que sigue, vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del «caso de la colza»*, *PJ* 33 (1994), pp. 421 ss., *passim*.

son un simple problema teórico, sino que marcan profundamente la realidad práctica de la delincuencia ambiental. Y ello, porque la Administración ya no puede seguir siendo considerada como el tradicional «Estado gendarme» del liberalismo, sino que es un actor social más, con sus propios intereses y pretensiones. Y, en esta medida, sus disposiciones no siempre cumplen acertadamente con las condiciones indispensables para la protección de un bien constitucionalmente reconocido, como es el del medio ambiente<sup>34</sup>. En este sentido, me parece ejemplar (por respetuosa con la prioridad del principio de constitucionalidad sobre los intereses administrativos y sobre otros principios formales de interpretación del Ordenamiento) la decisión de la STS 30-11-1990: en efecto, en materia penal la normativa administrativa —y más aún los meros actos de la Administración— es tan sólo una normativa de referencia, pero la prioridad ha de ser dada a la protección del bien jurídico; de modo que, allí donde el Derecho Administrativo, por las razones que sea (negligencia o interesado abandono), incumpla con las exigencias de protección antes mentadas, ello no podrá ser óbice para que la intervención penal sea legítima<sup>35</sup>.

En el caso de las normas administrativas (no en el de los meros actos, a los que sí que les es aplicable<sup>36</sup>, como ocurrió en la sentencia comentada), esta solución choca hoy, sin embargo, con la realidad de la expresa disposición del art. 325 CP de que las conductas de emisiones o vertidos sólo serán típicas cuando se realicen «*contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*». Por ello, me parece que la existencia de este elemento penal en blanco provoca más bien un efecto distorsionante sobre el proceso de determinación de lo que debe ser el riesgo permitido en este ámbito, al vincularlo a normas que no siempre son legítimas ni adecuadas<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> VERCHER NOGUERA, LL 1989-IV, p. 969; el mismo, APen 1995-I, pp. 37-40; HEINE, ADPCP 1993, pp. 303-304, 311-312; PEREZ DE-GREGORIO, LL 1995-IV, p. 968; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), Comentarios, 1996, pp. 880-882.

<sup>35</sup> En el mismo sentido, PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), Comentarios, 1996, p. 877. Dicha intervención podrá llegar incluso, en ocasiones, hasta la atribución de responsabilidad penal al funcionario(s) responsable(s) de la negligencia u omisión que ha hecho posible el acto lesivo para el medio ambiente: cfr., al respecto, MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Medio ambiente, 1992, pp. 223-227; DE VICENTE MARTINEZ, Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente, 1993, passim.

<sup>36</sup> GONZALEZ GUITIAN, EPenCr XIV (1989-1990), pp. 121-123; MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Medio ambiente, 1992, p. 133.

<sup>37</sup> De otra opinión, en principio, GONZALEZ GUITIAN, EPenCr XIV (1989-1990), p. 118; MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Medio ambiente, 1992, pp. 130-135 (con reparos de orden práctico); HEINE, ADPCP 1993, pp. 308-309; DE LA CUESTA AGUADO, Causalidad, 1995, pp. 132-134 (aunque reconociendo la ineficacia práctica del sistema adoptado legalmente). Expresa sus dudas al respecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI, La ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente, CPC 1982, pp. 660-661.

Opino, por el contrario, que la solución correcta al problema del riesgo permitido en ámbitos en los que, como el que examinamos, concurren muy diversos intereses contrapuestos (de modo que no es posible afirmar sin más que toda conducta peligrosa o lesiva para el medio ambiente resulta antijurídica), estriba más bien en la realización por parte de los jueces de procesos de ponderación de todos los intereses, conforme a criterios racionales de ponderación. Concretamente, en otro lugar me he pronunciado en el sentido de propugnar que en esa ponderación se tengan muy en cuenta, una vez salvaguardados ya unos núcleos mínimos de protección de todos los intereses contrapuestos (la esencia del bien jurídico medio ambiente —art. 45 CE—, pero también el «contenido esencial» —art. 53.1 CE— del derecho a la propiedad privada —art. 33 CE— y de la libertad de empresa —art. 38 CE—), criterios de racionalidad práctica, esto es, de eficiencia (a través de análisis coste/beneficio y coste/eficiencia)<sup>38</sup>. Pues, a mi entender, una vez preservada la esencia de cada uno de los intereses en juego, estimables todos ellos desde la perspectiva constitucional, el problema de decidir si una actividad o una conducta concretas deben entrar dentro de lo que el art. 325 CP ha descrito como «*posibilidad de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*» no puede depender sólo del grado de probabilidad de la lesión<sup>39</sup>, ya que la protección del medio ambiente no puede ser ilimitada, sino también —y muy especialmente— del grado de aceptación en la conciencia jurídica de la comunidad de tales hechos; grado de aceptación que sin duda tiene mucho que ver con la utilidad social de los mismos, esto es, con sus costes y con sus beneficios<sup>40</sup>.

Lo dicho no significa, naturalmente, que la legislación administrativa no pueda tener ningún papel en la materia. Posee, desde luego, al menos una función esencial, la de promover la seguridad jurídica (valor esencial de nuestro Ordenamiento, a tenor del art. 9.3 CE): en la medida en la que las conductas permitidas y no permitidas están expresamente definidas en normas administrativas, el ciudadano tiene menos dificultades para reconocer sus deberes y sus facultades; y, *a contrario*, cuando tal regulación administrativa no existe puede ser frecuente que el ciudadano —aunque ello no será igual para todos: el peón o el director— se encuentre prácticamente incapacitado para reconocerlos (surgiendo por lo tanto problemas de error, de tipo o de prohibi-

<sup>38</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN, El límite entre la imprudencia y el riesgo permitido: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?, ADP 1995 (en prensa).

<sup>39</sup> Cfr., sin embargo, PEREZ DE-GREGORIO, LL 1996-II, p. 1678; LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN, Voluntad del legislador, 1996, p. 159.

<sup>40</sup> Por esta vía es posible resolver también mejor (más flexiblemente), a mi entender, el problema (destacado por HEINE, ADPCP 1993, p. 299) de la adaptación del Derecho Penal al cambiante curso de las regulaciones jurídicas y de las concepciones sociales sobre el tema.

ción según los casos, y a veces de franca ausencia de cognoscibilidad, del riesgo y/o de la prohibición del mismo)<sup>41</sup>. Pero lo que pretendo poner de manifiesto es que, contra lo que sucede hoy en el caso de nuestro art. 325 CP, dicha función debería ser meramente indicativa, no vinculando absolutamente la tipicidad penal a normas administrativas que no siempre resultan ser tan irreprochables en sus objetivos y en su contenido como en un principio se podría suponer. Una ponderación autónoma realizada por los jueces penales tiene, en este sentido, innegables ventajas<sup>42 43</sup>.

5. No quiero acabar sin decir siquiera una palabra más, acerca del dolo: creo que puede imaginarse sin mucha dificultad lo problemática que resulta la aplicación del concepto tradicional de dolo (en cualquiera de sus formulaciones, volitiva o meramente cognoscitiva) a tipos penales como los descritos<sup>44</sup>. Con

<sup>41</sup> GONZALEZ GUITIAN, EPenCr XIV (1989-1990), p. 132; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), Comentarios, 1996, p. 877.

<sup>42</sup> Vid., ya en el mismo sentido, PAREDES CASTAÑÓN, en VV.AA., Protección penal, 1990, p. 147. En sentido similar, MESTRE DELGADO, Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal, ADPCP 1988, pp. 523-527; PRATS CANUT, Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente, en VV.AA., Protección penal, 1990, pp. 70-71; el mismo, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), Comentarios, 1996, pp. 872-873; PEREZ DE-GREGORIO, LL 1995-IV, p. 968; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en VIVES ANTON (coord.), Comentarios, II, 1996, pp. 1598-1599.

<sup>43</sup> Por otra parte, la solución legislativa adoptada no afecta tan sólo a la propia valoración de la conducta en sede de injusto, sino que incide necesariamente también en la propia relación procesal entre proceso penal y expediente sancionador administrativo. Desde este punto de vista, me parece que R. RAMOS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, V, 1985, pp. 842-843; PEREZ DE-GREGORIO, LL 1995-IV, pp. 968-969, han apuntado muy bien cuál es la solución más correcta: en efecto, es preciso hacer efectiva la teórica preeminencia de la vía jurisdiccional penal sobre los restantes mecanismos sancionadores y rechazar la existencia de un *bis in idem* en aquellos casos en los que no sea posible afirmar una identidad absoluta (de objeto y de *ratio* teleológica) entre las pretensiones penales y administrativas al respecto, que obviamente impediría proseguir con la persecución penal. Lo cual no es óbice para que, como apunta R. RAMOS, *ibid.*, el juez penal no tenga en cuenta, en sede de determinación de la pena (lo que significa: tomando en consideración las necesidades preventivas existentes en el caso concreto), el hecho de que haya recaído ya por el mismo hecho una sanción administrativa.

<sup>44</sup> De cualquier forma, me he pronunciado ya a favor de la punición de la comisión imprudente en estos delitos en PAREDES CASTAÑÓN, en VV.AA., Protección penal, 1990, p. 149. En el mismo sentido, R. RAMOS, Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente (Arts. 323 a 325 del Proyecto), en VV.AA., La reforma penal y penitenciaria, 1980, p. 481; el mismo, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, I, 1982, p. 277; el mismo, CPC 1983, pp. 146-147; el mismo, en COBO DEL ROSAL (dtor.), ComLP, V, 1985, pp. 838-839; MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Medio ambiente, 1992, p. 280; RODAS MONSALVE, Protección penal, 1993, p. 343; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en VIVES ANTON (coord.), Comentarios, II, 1996, p. 1599; LOPEZ GARRIDO/G. ARAN, Voluntad del legislador, 1996, p. 159.

dificultades para determinar el momento de la lesión del bien jurídico, con falta de claridad en cuanto a los procesos causales, con fragmentación de funciones y de responsabilidades entre múltiples sujetos, con concurrencia de intereses contrapuestos que dificultan la determinación de lo penalmente típico; con todo ello, en muchas ocasiones resulta altamente improbable poder determinar, y además probarlo, en qué consiste el dolo. En este sentido, las nuevas tendencias dogmáticas se orientan a restringir, de una parte, el objeto del mismo, reduciendo con ello aquello que el sujeto ha de conocer para ser sancionado a título de dolo<sup>45</sup>; y, de otra, a limitar la relevancia de ciertos errores, considerados «irracionales», cuando el sujeto no tuviese motivo racional alguno para confiar en que su conducta no iba a resultar peligrosa<sup>46</sup>. No obstante, la discusión acerca de las auténticas consecuencias de estas tendencias está aún en sus comienzos.

### III. Conclusión

Con lo dicho hasta aquí creo que será suficiente para comprender la amplitud de los problemas a los que se enfrentan el legislador, el juez y el intérprete en el ámbito de casos que al comienzo calificué como de «nuevos riesgos». En este sentido, debemos reconocer, para terminar, que ciertamente la construcción de la responsabilidad penal por imprudencia o por actividades peligrosas no fue pensada en principio para este tipo de fenómenos. Y, sin embargo, como ya dije en un principio, me parece que no tenemos alternativa: entre la injusticia (pérdida de garantías formales, injusticia en la imputación) y el desorden (impunidad de conductas altamente peligrosas o lesivas), tenemos que optar por la tercera vía, una combinación de sabios principios tradicionales de nuestra Dogmática penal y de figuras delictivas novedosas.

---

<sup>45</sup> Ejemplar al respecto es el trabajo de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983. Me adhiero a esta tendencia en PAREDES CASTAÑÓN/DE VICENTE REMESAL/DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Argumentación y prueba en la determinación del dolo*, PJ 1995 (en prensa). En materia de medio ambiente, realiza alguna sugerencia en este sentido, R. RAMOS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *ComLP*, V, 1985, p. 838.

<sup>46</sup> Vid., por ejemplo, RODRIGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, pp. 62-64.

# Algunas consideraciones sobre Informática y Derecho penal. El caso de la estafa informática

Ricardo M. Mata y Martín  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid

## I. Introducción

### 1. Objeto de este trabajo

Con las palabras que siguen únicamente se pretende un acercamiento general a aquellas conductas, relacionadas con la informática, que desde la óptica penal poseen significación. Algunas de ellas ya se encontraban en la regulación penal con anterioridad al nuevo CP español (en adelante CPE. Otras se han introducido con el CP de 1995, que sobretodo ha venido a precisar las conductas objeto de atención jurídico-penal, refiriéndose expresamente el nuevo texto legal en distintas ocasiones a los medios informáticos y sus aplicaciones a lo largo de su articulado.

La ocasión que amablemente se me brinda para participar en la Revista "Documentos penales y criminológicos", hace conveniente también tratar de referirnos igualmente al Proyecto de Código penal de la República Nicaragüense (en los sucesivos PCPRN), en este momento en proceso de tramitación parlamentaria, pues en definitiva esta realidad —aparte diferencias no sustanciales de derecho positivo— es la misma "allende y aquende el Océano", como decía Miguel de UNAMUNO<sup>1</sup> para el caso de la república de nuestras letras.

### 2. Cara y cruz de la informática

- a) Los cambios sociales provocados por las tecnologías de la información resultan decisivos en todos los ámbitos y por supuestos también tienen su

---

<sup>1</sup> *Algunas consideraciones sobre la literatura hispanoamericana*, Colección Austral, Espasa-Calpe, Madrid 1968, p. 73. Como se puede apreciar el comienzo del título de la obra de UNAMUNO sirve también como inspiración del de este trabajo.

repercusión en el campo del Derecho penal. Las inmensas posibilidades que abren las nuevas tecnologías, evitando al ser humano cierto tipo de tareas más mecánicas<sup>2</sup>, supone como señala SIEBER<sup>3</sup> unos cambios más radicales que los que introdujo la revolución industrial del siglo XIX con la sustitución del trabajo físico de los hombres por el de las máquinas. Los avances de la informática sitúan al Derecho penal ante problemas nuevos, o ante problemas que debe abordar con una nueva visión de los mismos.

Las enormes potencialidades que se abren para el tratamiento automatizado de datos, tienen un reverso que son los riesgos que se introducen para facilitar la realización de hechos que afecten a los intereses fundamentales de las personas. Es decir la informática o, en general, el tratamiento automatizado de datos se presenta como factor criminógeno, pues permite el acceso y el manejo de bases de datos, programas de cualquier género, en ocasiones de forma lesiva para intereses básicos de las personas y de la sociedad, siendo más costosa la averiguación del autor y la prueba de los hechos debido a la naturaleza del procedimiento informático.

- b) Naturalmente aquí vamos a prestar atención a los aspectos más gravosos para el hombre derivados del uso de la informática. Tan gravosos que forman parte del catálogo de hechos a los que la ley vincula la aplicación de una sanción criminal o, incluso, debido a la novedad de estos comportamientos, se plantea si deben tener cabida entre lo mismo cuando el legislador todavía no ha tomado una decisión sobre la trascendencia jurídica de los mismos. Por ello debemos hacer referencia a los presupuestos necesarios para que estas conductas irregulares e ilícitas relacionadas con la informática alcancen la calificación de merecedoras de sanción penal. Es decir conviene abordar en este momento también el tratamiento y la consideración, desde el punto de vista del derecho penal, de aquellas conductas que emergen de la realidad social vinculadas a la informática y que plantean serios interrogantes sobre su trascendencia penal. Los perfiles de mayor contribución a la vida del ser humano se corresponden con el buen uso de las potencialidades que encierra la informática<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Así MARIAS, J. *Cara y cruz de la electrónica*, Colección Austral, 1985, p. 98.

<sup>3</sup> SIEBER, U. *Computerkriminalität und Strafrecht*, München, 1977, p. 23.

<sup>4</sup> Puede verse al respecto el ensayo de J. MARIAS *Cara y Cruz de la Electrónica*, Colección Austral, Espasa-Calpe, 1985, quien pone de relieve cómo el ser humano se ve liberado con estas nuevas técnicas de tareas puramente mecánicas, lo que le permite dedicarse con mayor plenitud a la reflexión y el pensamiento. "Los computadores... eliminan el pensamiento bruto y nos dejan en franquía para pensar, pare ejecutar el pensamiento lúcido, inteligente". "La más prodigiosa hazaña de la Electrónica consiste en la eliminación de todo aquello que es mecánico e inercial en el pensamiento... para dejar libre el ejercicio de la razón" (p. 98-99). En este sentido GARCIA CAMARERO señala como la segunda revolución industrial (la revolución informática) significa un desplazamiento masivo de mano de obra de trabajos tradi-

- c) Sin embargo conviene dejar sentado desde el principio que no todos los hechos socialmente reprochables e incluso ilícitos resultan jurídico—penalmente relevantes, pues el Derecho penal únicamente se legitima cuando la conducta afecte a intereses fundamentales de la persona o la sociedad (principio de lesividad) y, además, las medidas disponibles desde otros sectores y disciplinas del ordenamiento jurídico no resulten adecuadas para su tutela (principio de subsidiariedad o intervención mínima).

Para que se pueda apreciar la presencia de un interés merecedor de protección jurídico-penal no es suficiente que estemos ante un bien jurídico, en el sentido de una entidad reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico. Las especiales exigencias propias del Derecho penal hacen que no baste la conculcación de un interés jurídico para que el legislador penal intervenga creando una figura delictiva, sino que la agresión a tal interés deberá verse rodeada de ulteriores requisitos para que pueda alcanzar la tutela mediante los recursos propio del Derecho penal. Estas ulteriores exigencias en las que se muestra la naturaleza y autonomía del Derecho penal, se manifiesta en el principio de subsidiariedad y en el de fragmentariedad de la protección penal<sup>5</sup>. Estamos en definitiva ante principios relativos al sentido y alcance del Derecho penal como protector de bienes jurídicos. En ambos, aunque de diferente manera, puede verse la especial significación que representan los medios de reacción del Derecho penal frente a los comportamientos punibles, pues inciden de manera decisiva en la persona a la que se aplica.

El principio de subsidiariedad hace referencia al momento de intervención del Derecho penal en la perspectiva de la actuación coordinada de los distintos sectores de la regulación jurídica. Este sólo deberá incriminar una conducta lesiva para un determinado interés jurídico cuando, reconocido previamente el interés como merecedor de protección penal, el resto de los medios de que dispone el ordenamiento jurídico se hayan mostrado

---

cionales hacia otra forma de actividad y para la que se requerirá el empleo de las potencialidades más propias del hombre. *La revolución informática*, Cuadernos Historia 16, Madrid 1997, p. 31. Este autor indica también como esta segunda revolución industrial la liberación total del trabajo con la posibilidad de que los sistemas productivos, el control de los transportes, los procesos administrativos y otros servicios puedan funcionar completamente sin la participación directa del hombre, de forma automática. Por otra parte la misma produce un gran impacto en los procesos cognitivos y culturales facilitando el acceso a grandes yacimientos de información. (p. 31).

<sup>5</sup> Sobre estos principios, KAUFMANN, Arthur. «Subsidiaritätssprinzip und Strafrecht», *Festschrift für HENKEL*, 1974, p. 89 y ss. MIR PUIG, S. «Sobre el principio de intervención mínima», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 12/1987 (publicado en 1989), p. 243 y ss. MARTOS NUÑEZ, J.A. «El principio de intervención penal mínima», *ADPCP* 1987, p. 99 y ss. NIGGLI, M.A. «Ultima ratio?», *ZStrR*, 111 (1993), p. 236 y ss.



ineficaces e incapaces de tutelar adecuadamente el mismo. El principio de subsidiariedad, el carácter de última ratio o el principio de intervención mínima vendrían a representar esta posición del Derecho penal respecto a los instrumentos propios de otras disciplinas jurídicas. La mayoría de los intereses penalmente tutelados tienen su ámbito de regulación y protección en otros sectores normativos: propiedad o medio ambiente como intereses jurídicos están presentes en plurales disciplinas jurídicas. Únicamente deberán alcanzar configuración en un tipo penal aquellos comportamientos que escapen a un adecuado control y protección de las regulaciones extrapenales. De manera que como señala ROXIN<sup>6</sup> «el bien jurídico recibe una doble protección: *del* Derecho penal y *antes* del Derecho penal».

El principio de fragmentariedad, por su parte, viene a señalar el carácter no completo o absoluto de la protección otorgada a los bienes jurídicos penales. Una vez ingresado un bien en el ámbito jurídico penal no resulta, sin embargo, protegido frente a cualquier tipo de agresión. Únicamente frente a aquellos supuestos en los que se aprecie la necesidad de la tutela intensificada mediante la pena criminal el hecho será punible. El tipo penal determina las modalidades de agresión que resultan abarcadas por el Derecho penal y, negativa e implícitamente, excluye el resto de modalidades en las que el bien puede ser objeto de transgresión. En definitiva desde ambos ángulos, el del principio de subsidiariedad y el del principio de fragmentariedad del Derecho penal, se produce una selectiva protección de bienes jurídicos.

### 3. El Delito informático no existe en cuanto tal

- a) En ocasiones la referencia a los hechos delictivos relacionados con la informática se realiza mediante la expresión o denominación de «delito informático». En realidad se trata de un concepto ambiguo que no se corresponde en sentido estricto con ninguna categoría jurídico-penal, con un exclusivo hecho punible de los previstos en el Código penal.
- b) La polimórfica realidad de la criminalidad informática, se refleja y manifiesta en los intentos de definición o conceptualización de la misma, así como en las clasificaciones de los hechos a las que da lugar el estudio de este fenómeno. Así la aproximación a un concepto genérico, omnicompreensivo del hecho informático penalmente relevante da lugar necesariamente a definiciones muy amplias. Por ello el grupo de expertos convocado por la OCDE en el año 1985 para el análisis de este tipo de delincuencia habla de «delitos relacionados con los ordenadores» (*computer-related crime*), en el que se integra «cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no

---

<sup>6</sup> «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. D.M. LUZON PEÑA, Madrid 1976, p. 22.

autorizado, relacionado con el procesamiento automatizado de datos"<sup>7</sup>. Igualmente la definición del delito informático como "Toda acción dolosa que provoca un perjuicio a personas o entidades, en cuya comisión intervienen dispositivos habitualmente utilizados en las actividades informáticas"<sup>8</sup>, deja ver la carga de generalización que la acompaña. Por los mismos motivos el sistema de codificación de delitos informáticos de la Secretaría General de Interpol cuenta con una treintena de tipos delictivos relacionados con estos medios, lo que da nuevamente idea de la heterogeneidad y extensión de los campos a los que afecta<sup>9</sup>.

Si se quiere optar por un cierto criterio restrictivo a la hora de establecer una noción general, habría que incluir exclusivamente los supuestos en los que el ordenador representa el medio de ejecución<sup>10</sup>, pues sólo en estos se aprecian las peculiaridades y características de los sistemas informáticos o del procesamiento electrónico de datos que convierte estos hechos en algo novedoso, diverso, al menos desde el punto de vista criminológico. Pero incluso en esta aproximación más restrictiva a una comprensión global de este género de delincuencia se deja notar la mencionada heterogeneidad y considerable amplitud.

Esta multiformidad y pluralidad se acredita nuevamente a la hora de clasificar y organizar las conductas incluidas en este grupo. SIEBER<sup>11</sup> trazó un esquema de las distintas conductas según la forma de aparición o realización del hecho que, en buena medida, puede considerarse todavía válido. En primer lugar se sitúa la alteración o manipulación de datos (*Computer manipulationen*), que puede tener lugar en cualquiera de los momentos a lo largo de los cuales discurre el procesamiento automatizado de datos o en el programa, e incluso sobre los elementos mecánicos de servicio en la instalación del proceso de datos, con una modificación no autorizada del resultado final del procesamiento. La destrucción de datos (*Computer sabotage*) hace referencia a los distintos medios y mecanismos a través de los cuales se logra la destrucción o inutilización de los datos almacena-

---

<sup>7</sup> Cfr. SIEBER, U. "Documentación para una aproximación al delito informático". *Delincuencia económica*. MIR PUIG, S. (Comp.). PPU, Barcelona 1992, p. 66.

<sup>8</sup> Definición que aparece en las conclusiones del Congreso celebrado en Zaragoza en el año 1989 sobre el "delito informático". Véase CONSENTINO, G. Y otros. "Tras los pasos de la seguridad perdida. Delitos informáticos". *Informática y Derecho* 23,26 (1998), p. 1199.

<sup>9</sup> SCHREIBER, W. "La delincuencia asistida por ordenador", *Interpol* 464 (1997), p. 9. Quien indica al mismo tiempo las dificultades que esta misma amplitud origina a la hora de lograr un intercambio internacional de información para actuar cohesionadamente frente a este tipo de comportamientos desde la perspectiva supranacional.

<sup>10</sup> En este sentido MILITELLO, V. "Nueove esigenze de tutela penale e trattamento elettronico della informazione", *Verso un nuovo Codice penale*, Giuffrè, Milano 1993, p. 476.

<sup>11</sup> *ComputerKriminalität und Strafrecht*, München 1977, p. 39 y ss.

dos o en procesamiento electrónico. La obtención no autorizada de datos (*Computerspionage*) toma en consideración el acceso inconsciente y apropiación de datos significativos contenidos en un sistema informático, con especial relevancia en el ámbito del espionaje económico. Finalmente se incluyen las distintas formas de agresión al Hardware (*Angriffe auf die Computere-Hardware*), es decir, cualquier forma de ataque a los elementos materiales constitutivos del sistema informático. Quizá hoy el desarrollo espectacular y la expansión en la aplicación a múltiples campos —si no a casi todos— hace que las formas de aparición de estos hechos y el ámbito de aplicación resulte casi ilimitado, como se podrá ver en los particulares comportamientos punibles que se expondrán a lo largo de este trabajo.

- c) En realidad legislativamente existe una diversidad de conductas típicas en distintos ámbitos y formuladas con distinta óptica. Precisamente esto refleja las plurales manifestaciones e implicaciones del fenómeno informático en el ámbito penal, así como la técnica seleccionada por el legislador penal para incorporar estos hechos a la regulación positiva, especificando y concretando las modalidades delictivas ya existentes en las que el ordenador y sus aplicaciones pueden tener cabida.

En unos casos el ordenador y sus aplicaciones constituyen el objeto material del delito (sobre el que recae físicamente la acción) y en otros un mero instrumento para cometer hechos generalmente tipificados en los CP. Por eso la doctrina alemana define estos supuestos como el conjunto de actos (punibles o dignos de incriminación) en los cuales el ordenador (o el procesamiento automatizado de datos) es el instrumento o el objeto de la comisión<sup>12</sup>.

Por tanto podemos encontrar supuestos delictivos que recaen sobre *objetos pertenecientes al mundo de la informática* destrucción o sustracción de programas o material (alteración, destrucción o reproducción de datos almacenados) y también comisión de delitos variados (contra la intimidad, administración pública, patrimonio, seguridad nacional) en los que la informática representa sobre todo el *medio de comisión o ejecución del hecho*.

Entre la regulación legal española (CPE) en la que se menciona expresamente los objetos o medios informáticos, podemos destacar: estafa informática (art. 248.2), supuesto específico de daños informáticos (art. 264.2), hechos relativos a la propiedad intelectual sobre obras en soporte informático (art. 270), descubrimiento de secretos de empresa en soporte informático (art. 278.1), descubrimiento, modificación o revelación de secretos personales y familiares (art. 197), uso indebido de terminales de telecomunicación (art. 256), fabricación o tenencia de programas o aparatos destinados a la falsificación (art. 400) e interceptación de las teleco-

<sup>12</sup> ROMEO CASABONA, C.M. *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, Madrid 1987, p. 22.

municaciones y su divulgación por autoridad o funcionario público (art. 536). En el caso del texto propuesto en la legislación nicaragüense (PCPRN): Descubrimiento o revelación de comunicaciones de naturaleza electrónica (art. 195), ingreso o inutilización de los archivos o datos electrónicos (art. 202), uso de instrumentos electrónicos de apertura a distancia para el apoderamiento de cosas (art. 224), alteración o inutilización de programas para computadoras (art. 246), distribución de programas destructivos para programas o equipos de computación (art. 245), manipulación de la información patrimonial, comercial u oficial mediante registro informáticos o programas de computación (art. 247), copia y comercialización fraudulenta de programas de ordenador (art. 249), descubrimiento y revelación de secretos de empresa contenidos en documentos electrónicos o registros informáticos (art. 267).

## II. El caso de la estafa informática

Con la estafa se viene a castigar la causación de un perjuicio patrimonial cometido mediante engaño. Tan acrisolado delito, que se remonta al *Stellionatus* romano, ha ido perfilando a lo largo del tiempo los elementos constitutivos del mismo, y a los que nos vamos a referir a continuación de manera breve y sintética para dar una imagen suficiente del delito que nos ocupa y así, posteriormente, poder abordar las novedades que supone la estafa informática.

### 1. Elementos clásicos del delito de estafa<sup>13</sup>

- a) El primero de los elementos del delito de estafa es el engaño o conducta engañosa. Tal elemento según la conocida formulación de ANTON consiste en la simulación o disimulación capaz o apta para inducir a una o varias personas a error.

Las formas de engaño que aparecen en la práctica son de lo más variado, suponiendo siempre algún tipo de maniobras fraudulentas o puesta en escena, con atribución de cualidades falsas, uso de nombre o representación no veraz, simulación de hechos falsos, deformación u ocultación de hechos verdaderos, etc. Según la fórmula legal el engaño debe ser bastante, es decir, que tanto desde la perspectiva objetiva como de la subjetiva debe resultar idóneo para conducir a error a otra u otras personas.

- b) El Error se presenta como el segundo requisito, en cuanto situación de error de quien sufre el engaño, es decir, consecuencia a la que conduce el previo comportamiento engañoso o fraudulento.

---

<sup>13</sup> Sobre ellos puede verse ANTON ONECA, J. *Las estafas y otros engaños*, Seix, Barcelona 1957, p. 4-14. También PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 443 y ss.

Error es el conocimiento viciado de la realidad. Consiste en la situación intelectual provocada por el engaño que supone una discordancia entre la representación de la realidad por el engañado y la realidad.

- c) Posteriormente se debe producir un acto de disposición consecuencia de la situación de error. El engañado pues, a raíz de su error al que le induce el sujeto activo, lleva a cabo un comportamiento que implique algún tipo de disposición patrimonial. El mismo puede afectar a cualquier elemento patrimonial, de manera que puede concretarse en la entrega de una cosa (material o dineraria), en la realización de un acto documental con trascendencia económica (gravamen de un bien), o la prestación de cualquier tipo de servicio, todo ello siempre cuantificable económicamente. En este momento se exige identidad entre engañado y disponente, es decir, resulta necesario que quien lleva a cabo este acto con contenido patrimonial sea la misma persona que la que ha sufrido el engaño, pues sino no estaría presente la relación medial necesaria entre ambos elementos.
- d) El conjunto de hechos anteriores van a producir un *perjuicio propio (de quien recibe directamente el comportamiento engañoso) o de un tercero*. Al tratarse de un perjuicio propio o de tercero ya no es preciso la coincidencia entre ambos sujetos, quien recibe directamente el previo comportamiento y quien finalmente ve alterado su saldo patrimonial. Pueden ser distintos el engañado y el perjudicado en su patrimonio. Este perjuicio patrimonial constituye el auténtico resultado del delito, como consecuencia derivada del comportamiento del sujeto activo del delito que el legislador selecciona y exige para que el delito pueda entenderse consumado. Perjuicio patrimonial de la víctima, en el sentido de una saldo patrimonial negativo, debiendo haber sufrido su patrimonio una disminución comparado el mismo antes y después del hecho.
- e) El Animo de lucro<sup>14</sup> forma parte también de los elementos necesarios en la ejecución del delito de estafa. El ánimo de lucro concebido como la pretensión del autor del hecho de conseguir, derivado del mismo, un beneficio patrimonial para si mismo o para un tercero, informa también el hecho punible aunque ahora desde la esfera interna del autor, como elemento que exige también el delito pero desde la vertiente subjetiva, la propia del sujeto activo.
- f) Todos estos elementos que acabamos de ir exponiendo como los que dan origen al delito de estafa, se encuentran encadenados en una relación de progresión, de manera que el anterior siempre debe ser causante del posterior. Es decir se precisa sucesivamente entre ellos una relación causal en cadena.

---

<sup>14</sup> Sobre el concepto de ánimo de lucro en general, con la pugna entre el concepto amplio manejado generalmente por los Tribunales y el concepto restrictivo de sentido exclusivamente patrimonial, puede verse MATA y MARTIN, R.M. *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 1995, p.

La Tipicidad del delito depende de la afirmación de la relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto activo y el resultado patrimonial desfavorable, por una parte, y, por otra, de la imputación objetiva del hecho a su autor. Relación de causalidad entendiendo la jurisprudencia el engaño como condición cuantitativamente dominante en la producción del resultado (s. TS 22-5-97<sup>15</sup> -FJ 4º-), según la fórmula procedente de ANTON.

La Imputación objetiva reclama tanto la efectiva peligrosidad del comportamiento engañoso en la causación del perjuicio patrimonial como la superación del riesgo permitido con el mismo<sup>16</sup>. La peligrosidad objetiva del comportamiento necesaria para inducir a error a la víctima y producir el consiguiente menoscabo patrimonial fruto de la previa disposición sobre alguno de los elementos constitutivos de su propia masa patrimonial. También resulta exigible desde esta perspectiva que el riesgo creado mediante el engaño constituya un riesgo no permitido, excluyéndose del ámbito de la tipicidad de la estafa todas aquellas exageraciones o inexactitudes que son práctica habitual en el tráfico jurídico.

Estos elementos del delitos de estafa acuñados en la legislación y doctrina española podemos entenderlos perfectamente asimilables a la legislación penal nicaragüense, cuyo PCPRN dispone en el art. 230 que comete estafa "Quien con ánimo de lucro para obtener provecho ilícito para si o para un tercero, mediante ardid o engaño, induzca o mantenga a otro en error para que realice una disposición patrimonial perjudicial para ella misma o para un tercero, siempre que el valor del perjuicio patrimonial fuera mayor a la suma resultante de dos salarios mínimos de la escala menor salarial autorizada por la autoridad respectiva, será penado con prisión de uno a tres años y multa de cien a doscientos días". Respecto a la estructura del tipo de la estafa, como se ha dicho, mantienen ambas legislaciones una gran proximidad, aparte de pequeñas diferencias, como la inclusión explícita en el PCPRN junto a la inducción al error del supuesto en el cual el sujeto activo no crea el error pero mantiene en el mismo a la víctima.

## 2. El problema del engaño como elemento de la estafa

- a) El comportamiento nuclear de la estafa gira en torno al engaño, a la acción fraudulenta. El engaño constituye el específico desvalor de acción de la estafa. Ahora bien en el ámbito de la estafa ha existido tradicionalmente el problema de no admitirse los engaños a las máquinas o instrumentos automáticos.

---

<sup>15</sup> (A. 4435). Caso en el que no media manipulación informática alguna, pero que en fecha reciente nos recuerda esta construcción sobre la relación de causalidad en el ámbito del delito de estafa que mantiene la jurisprudencia.

<sup>16</sup> véase PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNADEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 453.

La Postura tradicional<sup>17</sup> sobre este aspecto del delito ha mantenido claramente que no se puede engañar a las máquinas. Entre los argumentos esgrimidos en apoyo de esta tesis pueden mencionarse los siguientes: Si la estafa requiere que el engaño produzca un error en otro, una máquina no puede ser ese «otro», sino que ese otro sólo puede ser una persona física, ya que sólo la persona física podría tener una falsa representación de la realidad<sup>18</sup>. Es decir vendría a afirmarse la «exigencia de que la estafa se desarrolle en el marco de una relación *intuitu personae*. Es decir la necesidad de que el engaño se dirija directamente a una persona física, a que ésta debe captar el contenido del engaño y, por lo tanto, debe darse el error como estado psicológico»<sup>19</sup>. En este sentido se llega a señalar que, de evitarse esta concepción del engaño, la aplicación de la norma de la estafa supondría analogía prohibida contra reo<sup>20</sup>.

Sin embargo sobre este mismo problema no ha dejado de suscitar una nueva postura doctrinal, incluso antes de la aprobación del CP de 1995), de acuerdo a la cual el engaño no comporta necesariamente una relación directa y personal entre dos seres humanos, defendida por autores como Gutiérrez o De la Mata<sup>21</sup>. Para estos autores en realidad las máquinas o los ordenadores no sufren engaño alguno ni realizan por error acto de disposición, sino que se limitan a ejecutar el traspaso patrimonial ordenado y dispuesto por quien ha efectuado la programación (engaño al programador o a la institución)<sup>22</sup>. Puede entenderse que, con mayor o menor distancia temporal y física, al final sufre engaño una persona, aun cuando no sea personal ni directo.

La posición de la jurisprudencia sobre el problema aludido, como consecuencia de la primera de las opiniones antes expuesta, ha sido la negativa a admitir el engaño sobre máquinas o aparatos automáticos. Antes del CP 1995 se niegan por los Tribunales la posibilidad de entender realizado el delito de estafa en los fraudes informáticos, como resultado de la aplicación de la concepción del engaño que se ha mencionado. Así la sentencia

---

<sup>17</sup> Por todos véase ANTON ONECA, J. *Las estafas y otros engaños*, Seix, Barcelona 1957, p. 10.

<sup>18</sup> Véase al respecto, BAJO/PEREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, Ceura 1993, p. 299-300.

<sup>19</sup> PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455.

<sup>20</sup> VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi 1999, p. 522, citando a GUTIERREZ FRANCES

<sup>21</sup> GUTIERREZ FRANCES, M.L. "Los fraudes informáticos en el Derecho español". *Actualidad Informática Aranzadi*, 11 (1994), p. 11. También DE LA MATA BARRANCO, N. "Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante la tarjeta sustraída a su titular", *Poder Judicial* número especial IX (nuevas formas de delincuencia) (1988), p. 172 y ss.

<sup>22</sup> GUTIERREZ FRANCES, M. L. "Los fraudes informáticos en el Derecho español", *Actualidad Informática Aranzadi* 11 (1994), p. 11.

del TS de 19-4-91<sup>23</sup>, en relación al apoderado de un banco que haciendo apuntes falsos vía ordenador consigue un enriquecimiento ilícito, excluye la aplicación del delito de estafa.

### 3. La estafa informática en general

- a) El legislador de 1995 (CPE) zanja el tema al admitir un supuesto específico de estafa informática donde se sustituye el término engaño por el de manipulación informática. De este modo el legislador prevé un supuesto específico de estafa informática (art. 248.2), de modo paralelo al tipo básico de la misma —en un segundo párrafo del mismo precepto—, en la que se castiga la manipulación de datos almacenados en sistemas informáticos para lograr una transferencia no consentida de activos patrimoniales. También el PCPRN da el paso de incorporar un supuesto entre las defraudaciones relativo a la estafa informática, aunque éste entre los supuestos agravados (art.321, f) que se comete “Cuando con ánimo de lucro, valiéndose de tarjetas de crédito o débito, o con abuso de firma en blanco o de medios electrónicos o de alguna manipulación informática o artificio semejante obtenga la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”. Se trata de una fórmula que sin duda recuerda a la del CPE pero que a la vez recoge una pluralidad de medios comisivos no del todo homogéneos. A su vez al referirse a que el sujeto activo actúe “en perjuicio de tercero” está sin duda ampliando el ámbito de aplicación del supuesto, pues se tome este elemento en sentido subjetivo —ánimo que debe guiar al autor junto al de lucro—, como en sentido objetivo —como tendencia o idoneidad de la acción para producir el resultado— lo cierto es que no resulta necesario que se llegue a producir un efectivo perjuicio patrimonial para la víctima, lo que ensancha el campo propio de la figura el imponer menores exigencias.
- b) Con el cambio mencionado se plantea inmediatamente la relación que guarda este nuevo supuesto con el tipo básico de estafa. En la discusión dentro de la dogmática española sobre esta relación de la estafa informática con la estafa genérica, surgen enseguida dos alternativas:  
Por una parte, quienes entienden que los elementos de la estafa informática siguen manteniendo los de la estafa genérica<sup>24</sup>, es decir que en realidad se trata de una mera adaptación legislativa a las necesidades que

<sup>23</sup> *Actualidad Penal* 541/1991, p. 1194, condenando por la condición de apoderado del Banco Hispano Americano con lo que se entendía que los fondos le habían sido entregados para su administración. La sentencia procede de la AP de Granada que inicialmente consideró probado un delito de estafa y que como señalamos corrige el TS al entender inaplicable la figura de acuerdo a la comprensión del elemento del engaño.

<sup>24</sup> Así GONZALEZ RUS, J.J. *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial I*, Marcial Pons, Madrid 1996, p. 687.



incorpora la estafa informática, pero siempre dentro de la dogmática y criterios interpretativos propios de este delito. Con ello resultaría perfectamente válido todo lo señalado por doctrina y jurisprudencia para la estafa genérica, pues el nuevo precepto no representa sino una especificación del legislador para evitar dudas sobre la aplicación del delito a estas recientes realidades.

De otra manera nos encontramos con quienes entienden que el concepto general de estafa no ejerce como criterio interpretativo, pues no comparte la dinámica de la estafa tradicional, ya que estas nuevas modalidades son ajenas al engaño<sup>25</sup>. Desde este punto de vista en realidad la nueva estafa informática sólo presenta afinidades con escasos elementos de la estafa en su configuración tradicional y por tanto no sirve como referencia.

Como apoyo a esta posición se señala que "Quienes realizan la conducta descrita en esta disposición no cometen estafa, si no que "se consideran" (como dice la redacción del art. 248.2) legalmente reos de estafa. De esta manera con esta fórmula se pretendería colmar una posible laguna de punición, que había sido observada por la doctrina, sin desvirtuar el contenido dogmático de los elementos de la estafa ni las relaciones entre ellos", según PEREZ MANZANO<sup>26</sup>. Con ello esta autora entiende la declaración legal en el sentido de que precisamente al decir "se consideran" está señalando que realmente no lo son, pero también puede tratarse de una mera fórmula lingüística para reforzar la idea de que debe incluirse este tipo de comportamientos en el ámbito de la estafa y por tanto resultar punibles estos hechos, frente a las dudas que siempre suscitan las nuevas realidades<sup>27</sup>.

Esta problemática parece de forma más clara en el PCPRN pues, como se ha mencionado la estafa informática se incorpora al texto como supuesto agravado (art. 231) del tipo básico (art. 230). Con ello, por expresa declaración legal, queda evidenciada la relación de dependencia de la estafa electrónica o informática del supuesto general de estafa. Es decir necesariamente se debe partir o tomar como modelo la estructura del tipo básico a la hora de interpretar y aplicar el nuevo supuesto, salvo los aspectos expresamente incorporados a esta modalidad agravada, que sería el elemento de la manipulación informática y que el autor actúe "en perjuicio de

---

<sup>25</sup> VALLE MUÑIZ, J.M. en QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Aranzadi 1999, p. 521). También CHOCLAN MONTALVO, J.A. "Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática", *Actualidad Penal* 1997, p. 1079.

<sup>26</sup> BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p.454).

<sup>27</sup> Argumento que recuerda las viejas disquisiciones sobre el antiguo artículo 14 que comenzaba "Se consideran autores..."y que se remonta al menos a PACHECO. Cfr. CORDOBA/RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal, T.I*, Barcelona 1976, p. 801.

tercero”, esto es, sin que necesariamente llegue a producirse un menoscabo patrimonial efectivo.

En todo caso la relación de sustento que desempeña el tipo básico permite una mayor claridad en la aplicación de un nuevo supuesto, evitando dudas y aplicaciones diferenciadas sin suficiente motivación, pues excluidos los elementos que singularizan la estafa informática el resto resultan coherentes con los de la estafa tradicional. Naturalmente, además, la presencia de un tipo agravada produce el efecto de elevación de la pena. De la pena de prisión de uno a tres años y multa de cien a doscientos días del tipo básico se transita a la prisión de tres a cinco años para las estafas agravadas del art. 321.

- c) Con estos pasos previos podemos ya abordar la estructura de la estafa informática, en la que se reúnen los elementos que deben concurrir para poder apreciar este nuevo supuesto. Para ello, vamos a tomar como referencia, pues entendemos que nada se opone pese a lo anteriormente señalado, la estructura de la estafa genérica. Nada se opone y, al contrario, permite sin duda una mayor claridad y precisión en la determinación del comportamiento típico.

En primer lugar se sitúa el elemento que más caracteriza esta nueva modalidad: la manipulación informática. Manipulación informática o artificio semejante, que equivale al engaño bastante y el error al que debe conducir al sujeto pasivo o tercero. Puede entenderse también que el error de la estafa genérica se ve sustituido en la fórmula legal por la falta de consentimiento, según entiende PEREZ MANZANO<sup>28</sup>.

La redacción legal se refiere al logro mediante la manipulación informática una transferencia no consentida de algún tipo de activo patrimonial. Transferencia de cualquier activo patrimonial, en el sentido de cambio fáctico de adscripción del elemento patrimonial, como transmisión de bienes o servicios que tienen valoración económica<sup>29</sup>. Pese a esta visión tan amplia, que abarca no sólo la transmisión de bienes sino también prestación de servicios —como sucede en el acto de disposición patrimonial de la estafa genérica—, sin embargo, la s. AP de Madrid de 21-4-99<sup>30</sup> entiende que

<sup>28</sup> BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455.

<sup>29</sup> PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 456-7.

<sup>30</sup> (A. 2047). Acordando el Tribunal la absolución. Realmente esta sentencia introduce no pocos elementos de debate. No está tan claro que el comportamiento no implique la transferencia de un activo patrimonial en el sentido señalado, que incluye la prestación de servicios. La negación de la manipulación informática también resulta dudosa, pues no queda determinado en la descripción de hechos probados el modo de funcionamiento del torniquete. En todo caso la solución de no condenar deja pendiente la posible aplicación de la estafa propia, pues lo normal en este caso es la existencia de una relación personal más o menos inmediata, y los presupuestos

pasar con el cupón de abono del que no se es titular para franquear el torniquete de entrada a un transporte público no supone la existencia de transferencia de activo patrimonial alguno (tampoco manipulación informática).

Parece que la referencia legal a los activos patrimoniales tiene como clara finalidad justamente comprender como objeto de la acción valores patrimoniales sin correspondencia con un objeto material (dinero contable o escritural)<sup>31</sup>, evitando lagunas de punibilidad con relación a los modernos tipos de operaciones patrimoniales.

La transferencia lograda a través de la manipulación informática finalmente va a provocar el perjuicio patrimonial para el tercero, como elemento requerido en todos los supuestos de estafa. Este también debe concebirse en los mismos términos que en el ámbito de la estafa genérica, pues no existe razón que oponer a ello, en el sentido de resultado final de desbalance patrimonial, creándose con el comportamiento fraudulento un déficit patrimonial para el titular de los bienes comparando el estado del mismo antes y después de los hechos. Igualmente a la estafa del número primero del art. 248 el autor debe obrar guiado por el ánimo de lucro, como elemento subjetivo que completa desde la perspectiva del autor el conjunto de rasgos objetivos del hecho punible.

#### 4. La manipulación informática

- a) El elemento que por tanto presenta mayor novedad e interés es el de la manipulación informática, mediante el que se logra la transferencia patrimonial no consentida, de forma que se hace necesario abordar el contenido de este requisito.
- b) La manipulación a que hace referencia el precepto parece que implica la actuación del sujeto activo sobre un sistema informático de manera que este altere, de modos muy diversos, el resultado a que habría de conducir el normal procesamiento automatizado de datos. Manipulación consiste, según ROMEO<sup>32</sup>, en la incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado en cualquiera de las fases de procesamiento o tratamiento informático con ánimo de lucro y perjuicio de tercero.

Se puede entender de otra manera tal manipulación como alteración del software, tal como lo hace PEREZ MANZANO<sup>33</sup>. Esto, si lo entendemos de

---

de hecho del caso no contradicen la doctrina que permitía incluir los supuestos de polizonaje, salvo que llevara á cabo una conducta puramente pasiva —y por tanto si crear error en otro—, lo que realmente no puede entenderse para este hecho.

<sup>31</sup> Así CHOCLAN MONTALVO, J.A. "Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática", *Actualidad Penal* 1997, p. 1083.

<sup>32</sup> ROMEO CASABONA, C.M. *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid 1987, p. 47)

<sup>33</sup> en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455. Aunque realmente la propia autora no utiliza un

manera estricta, tiene un efecto muy restrictivo a la hora de señalar las conductas abarcadas, pues solamente se incluiría la manipulación del programa y no otras, generalmente aceptadas, que supongan la alteración de los datos sobre los que opera el sistema e incluso sobre elementos materiales del mismo.

La referencia legislativa a la conducta punible termina con una cláusula general que se refiere a cualquier otro "Artificio semejante", para evitar algunos problemas de aplicación de esta modalidad delictiva en algunos casos en los que no quepa hablar en sentido estricto de manipulación informática pero esté muy próxima a la misma e incluso para permitir una rápida adaptación de la norma a las nuevas realidades que en el campo de las nuevas tecnologías se suceden a gran velocidad. Ahora bien, para que esa cláusula general no pierda sentido y se convierta en una fórmula vacía en la que quepa cualquier contenido, y por tanto contraria al principio de legalidad, es necesario exigir una relación de semejanza con la manipulación informática. Así ha sucedido que la jurisprudencia ha extendido esta cláusula residual a supuestos de dudoso encaje, como el de la sentencia de la AP Lugo de 9-7-98<sup>34</sup>, en la que ciertos individuos se servían de dos monedas de quinientas pesetas a las que tenían adheridas un hilo de seda y que introducían en máquinas tragaperras en situación de juego, devolviendo la cantidad correspondiente al cambio de ese dinero. Sin embargo la ya mencionada s. de la AP de Madrid de 21-4-99<sup>35</sup>, que entiende que pasar con el cupón de abono del que no se es titular para franquear el torniquete de entrada a un transporte público no supone la existencia de manipulación informática, aparte de otros problemas ya señalados, no contempla la posibilidad de acudir a este inciso incluyendo el paso fraudulento del torniquete entre los artificios semejantes, lo que no podría excluirse fácilmente.

- c) La manipulación puede producirse de cualquier forma, en el mismo programa o en cualquier momento del procesamiento o tratamiento automatizado de datos, o desde cualquier lugar. Desde estos distintos puntos de vista se efectúan clasificaciones sobre las diversas manipulaciones posibles<sup>36</sup>. En este sentido cabe clasificar los distintos tipos de manipulaciones

---

concepto estricto de manipulación del software, pues lo asimila a la definición de manipulación informática de ROMEO que incluye la alteración de datos al introducirlos o los ya incluidos.

<sup>34</sup> (A. 3839). Señala la sentencia que "Esta legislación viene a penalizar como estafa, expresamente, lo que hasta entonces la Jurisprudencia había dicho que no se podía castigar como tal" (en referencia a "artificio semejante").

<sup>35</sup> (A. 2047). Ya hemos indicado como el Tribunal acuerda la absolución y como la negación de la manipulación informática también resulta dudosa, pues .

<sup>36</sup> ROMEO CASABONA, C.M. *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid 1987, p. 47 ss. CORCOY, M./JOSHI, U. "Delitos contra el patrimonio cometidos por medio informáticos". *Revista Jurídica de Cataluña* 3 (1988), p. 135 y ss.

según puntos de vista distintos que nos facilitan la imagen global de las posibilidades plurales de realizar el comportamiento.

Respecto al momento de la manipulación pueden señalarse las alternativas en cuanto a este enfoque temporal de la actuación sobre el sistema informático. Cabe hablar en primer lugar de manipulación previa (en la fase de *input*), cuando se actúa en los datos sobre los que opera el programa. Y esta manipulación de carácter previo puede ser en su ejecución práctica tanto activa, en sentido estricto, como omisiva. Por acción, modificando datos reales o añadiendo otros ficticios. Caso de la s. De la AP de Granada de 23-3-99<sup>37</sup> en el que el empleado del banco mediante apuntes informáticos a través del ordenador detrae dinero de la caja del banco (hasta 18.026.834 ptas.) ingresándolo en cuentas de su titularidad. También la s. TS 30-10-98<sup>38</sup> refleja un caso en el que empleados del INEN introdujeron datos falsos en el sistema informático del mismo haciendo acreedores de prestaciones del Instituto a personas que no reunían los requisitos y con quienes se repartían los ingresos, aun cuando este supuesto concreto el Tribunal se aparta del delito de estafa por razones distintas a las relativas al problema de la manipulación. Por omisión, en el registro de datos, no incorporando al procesamiento de datos los que correspondían tratamiento llevado a cabo, y de esta forma el resultado ordinario al que debía conducir el procesamiento de haberse llevado a cabo correctamente.

En la manipulación del programa se modifican las instrucciones del programa, alterando o eliminando algunos pasos o introduciendo partes nuevas en el mismo. Se incluirían así la llamada técnica del *salami* (*salami technique*), en la que el autor actúa redondeando céntimos por defecto en determinadas y múltiples operaciones bancarias, que en su conjunto suponen cantidades importantes desviadas hacia cuentas propias. También se presenta en este ámbito la técnica conocida como el Caballo de Troya (*Trojan horse*)<sup>39</sup>, mediante la que se introducen clandestinamente instrucciones en un programa ya activo que permite obtener determinados resultados no previstos en la configuración inicial del mismo. Con cualquiera de estas manipulaciones en el programa se puede lograr resulta-

---

<sup>37</sup> (A. 1382). No cabe la apropiación indebida pues no siendo apoderado no ha tenido el dinero en administración. Hecho enjuiciado en la AP de Granada e igualmente consistente en la realización de apuntes informáticos irregulares, como el de años atrás, en una oficina del Banco Central-Hispano (con independencia de las fusiones ocurridas en el transcurso de estos años).

<sup>38</sup> (A. 8566). En realidad la sentencia condena por delito de Malversación de Caudales, dada la condición funcional de los autores, pues entiende —curiosamente— que la introducción de datos en el sistema informático no puede ser reputado como engaño toda vez que siendo el INEM una persona jurídica y no física no es susceptible de padecerlo.

<sup>39</sup> Ambos ejemplos en CHOCLAN MONTALVO, J.A. "Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática", *Actualidad Penal* 1997, p. 1082.

dos distintos y no previstos en la programación originaria y que puede afectar a cualquier ámbito con trascendencia patrimonial, como por ejemplo, pagos de servicios, prestaciones o bienes inexistentes.

También cabe hablar de manipulaciones posteriores, o en la salida de datos («*output*»), que generan directamente una alteración en el reflejo exterior del resultado del procesamiento automatizado de datos. Como ya se ha señalado en todas las manipulaciones finalmente se producirá una alteración del resultado del procesamiento de datos, pero en este caso la actuación permite la alteración inmediata del resultado, que por tanto ya no es efecto de actuaciones previas en otros momentos del procesamiento (en los datos, en el programa). Como tal manipulación en el resultado, la misma puede llevarse a cabo de distintas maneras: en el reflejo último en la visualización por pantalla, en el papel escrito mediante la impresora o en el registro en banda magnética cuando van a ser transmitidos a otros ordenadores.

En cuanto al lugar desde el que se lleva a cabo la manipulación, como otra forma de conseguir la misma, pueden distinguirse diversas situaciones. En primer lugar la manipulación a distancia o exterior, que a su vez puede entenderse de dos maneras: Con relación al sujeto infractor, se puede hablar de manipulación exterior cuando el mismo es ajeno a la persona o institución de la que depende el sistema informático y por lo tanto cualquier acceso resulta ilegítimo.

Con relación al lugar desde el que se efectúa también cabe referirnos a manipulación a distancia o exterior, pero ahora, por tanto, desde un punto de vista distinto. A través de la telemática (ordenador comunicado con otras terminales por línea telefónica mediante un modem) es posible el acceso al ordenador a distancia sin necesidad de presencia física. Cuando el sistema es accesible por terceros y estos lo manipulan (caso de utilización de internet o autopistas de la información para realizar algún tipo de operación comercial con manipulación informática). Media, entonces, distancia espacial entre el equipo informático en el que opera el sujeto activo y aquél en el que se producen los efectos<sup>40</sup>.

Con relación a la manipulación interna al sistema informático de que se trate, también cabe entenderla relacionada con el autor o con el lugar de realización del hecho. *Con relación al sujeto*: Cuando quien realiza la manipulación es una persona que está autorizada a acceder al sistema y operar con el mismo. En principio los hechos anteriores es posible realizarlos mediante el acceso físico y directo al ordenador por quienes puedan legítimamente hacer uso del mismo. Por ejemplo un apoderado o empleado de una entidad financiera o de una empresa con el sistema informático propio. *Con relación al lugar* se entenderá por manipulación

---

<sup>40</sup> PEREZ MANZANO, M, en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455.

interna la que se lleva a cabo con acceso físico al sistema informático en el que se encuentran los elementos objeto de manipulación.

- d) La manipulación informática desde el punto de vista del contenido se manifiesta en esa transferencia no consentida de activos patrimoniales de la que habla el tipo penal del art. 248 en su número segundo. Se trata de una transferencia patrimonial meramente contable, como pura anotación (que puede concretarse de las formas más variadas: derecho de crédito, prestación o servicios, ingresos ficticios en cuentas corrientes, abono de salarios no debidos, órdenes de pago falsas, etc.).
- e) Naturalmente debe tener una correspondencia en la realidad, de forma que suponga un efectivo incremento patrimonial del sujeto activo. Si no se llegara a reflejar de modo efectivo en el patrimonio del autor y sólo estuviéramos ante una mera anotación contable, el hecho punible no se ha consumado y podría castigarse como tentativa de estafa. Para ello no es óbice que el autor no llegue materialmente a recibir nada o no reciba anotación en su propio patrimonio, como cuando lo que hace es realizar una anotación contable con la que salda una deuda, de forma que en este caso también recibe un beneficio patrimonial y causa el perjuicio correspondiente.
- f) Cabe plantearse con relación a esta manipulación informática como elemento del tipo del art. 248.2, si la misma admite no sólo los supuestos de comisión activa en sentido estricto, sino además supuestos omisivos, es decir, realización de la manipulación mediante un dejar de hacer. Es cierto, como señala VALLE MUÑIZ<sup>41</sup> que “Las dificultades generales con que la doctrina admite en la estafa la comisión por omisión (tan sólo cuando la conducta omisiva puede ser reconducida a un acto concluyente), se ven acrecentadas en el fraude informático por la referencia típica a manipulaciones informáticas. Siendo cierto esto, también lo es que en ocasiones muchos casos que aparecen inicialmente como omisivos, y que por ello resulta dudosa su admisión, sin embargo son realmente comportamientos activos en sentido estricto. Por otra parte, si admitimos como manipulación, como se hace muy habitualmente, el supuesto de no inclusión de los datos reales que deberían ser objeto de procesamiento (en el ámbito de lo que hemos llamado manipulación previa), estamos ya abarcando la omisión. Para rechazar estos casos omisivos habríamos de adoptar un concepto muy restrictivo de manipulación informática que generalmente no se toma en consideración.

---

<sup>41</sup> QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la Parte Especial*, Aranzadi 1999, p. 525.

## 5. El abuso de crédito o de medios de pago mediante manipulación informática

a) La estafa mediante manipulación informática afecta especialmente a los modernos medios de pago. Los medios de pago que puedan hacer referencia a un supuesto de estafa informática parece deben representar una transferencia electrónica de fondos, la cual se puede realizar fundamentalmente de tres formas: cajeros automáticos, terminales en puntos de venta mediante tarjetas de pago, y el llamado Banco en casa<sup>42</sup>.

b) Ahora bien, de acuerdo a los presupuestos generales que se han venido estableciendo en este trabajo, deben estar presentes siempre dos requisitos para que en el ámbito de la transferencia electrónica de fondos podamos hablar de estafa informática:

Por una parte una auténtica Manipulación de un sistema informático, en el sentido de alteración de lo que hubiera sido el normal desarrollo y resultado de un procesamiento automatizado de datos sin algún tipo de intervención fraudulenta. Es decir que no basta con que esté presente sin más una operación informatizada sino que en alguna medida se manipule la misma, de cualquiera de las formas que ya hemos señalado.

Por eso resulta incorrecto calificar como estafa informática la utilización de tarjetas de crédito en comercios por alguien que no es su titular, como si hizo la s. AP Las Palmas de 19-10-98<sup>43</sup>, al entender que en aquellos casos en los que se asegura la operación mediante firma electrónica el engaño de sofisticada. Pero en realidad en todos los casos estaban personalmente presentes sujeto activo y víctima.

Pero además, esta manipulación informática debe producirse en condiciones determinadas, de acuerdo a la concepción general del supuesto y su relación con la estafa genérica. Así debe producirse una manipulación informática sobre sistemas que operen con autonomía, sin intervención de personas físicas. De forma que si pese a emplearse alguna modalidad de manipulación informática, la disposición patrimonial se produce finalmente a consecuencia de la falsa representación mental de alguna persona —con base en la anterior manipulación informática— estaríamos ante el engaño propio del tipo básico de la estafa.

En el sentido indicado Gutiérrez Francés<sup>44</sup> distingue claramente ambos supuestos en los que manipulación e intervención de personas puedan

---

<sup>42</sup> DEL PESO NAVARRO, E. "El pago mediante medios electrónicos". *Actualidad Informática Aranzadi* 5 (1992), p. 2.

<sup>43</sup> (A. 4072). Empleada del hotel que mediante simulacros de incendio consigue despistar al personal del hotel para acceder a las habitaciones y sustraer objetos y tarjetas. En lo referente a la utilización abusiva de tarjetas de crédito en un restaurante y otros comercios, la autora resultó condenada por falsedad en documento mercantil en concurso con el delito de estafa.

<sup>44</sup> "Los fraudes informáticos en el Derecho español", *Actualidad Informática Aranzadi* 11 (1994), p. 11.



simultanearse o no. Por esta razón era ya posible admitir la estafa antes del nuevo Código penal de 1995, «si el ordenador no es más que un medio auxiliar o de ayuda a la toma de decisiones, que acaba adoptando efectivamente una persona, que podría decirse había sido efectivamente engañada»<sup>45</sup>.

También ROMEO<sup>46</sup> señala que para que la manipulación informática fuera admisible como engaño «es preciso que aquella sea captada, percibida, física o visualmente por una persona, una captación del contenido de los datos manipulados, de manera que como consecuencia de la misma se modifique su representación intelectual sobre un suceso, hecho o acontecimiento...». Sólo en los casos en que con carácter previo a la transferencia patrimonial se produce la concurrencia de una persona humana encargada de verificar la realidad de los datos informáticos, podrá considerarse producida la estafa, si el ordenador ha sido medio para el engaño<sup>47</sup>. Por estas consideraciones previas podemos señalar que la asimilación a la estafa informática del supuesto en el que se emplean tarjetas de crédito o débito del PCPRN (art. 231 f) no resulta acertada, pues, como se ha tratado de poner de relieve, la simple presencia de estos medios no elimina por sí mismo la presencia del engaño propio de la estafa genérica.

c) Por exigirse estos requisitos deberán tratarse de la siguiente manera los siguientes casos:

Para los pagos mediante tarjetas de crédito por su titular con abuso del mismo en establecimientos comerciales es necesario hacer algunas consideraciones previas. Con anterioridad a la regulación actual se incluían en el ámbito de la estafa los supuestos de utilización por el titular de la tarjeta en cualquiera de estos tres supuestos: Sobrepasando el límite de crédito de la tarjeta, Utilizando tarjeta caducada o cancelada o, finalmente, la concesión de tarjetas de crédito o de línea de crédito aportando datos falsos.

Se trata, por tanto, de supuestos que ya venían siendo incluidos en el ámbito de la estafa propia y que no podrán serlo en la estafa informática pues el proceso informático de pago se lleva a cabo sin manipulación alguna, sino que el engaño se realiza con la apariencia de crédito que en la relación personal entre cliente y comerciante se crea. Frente a este tratamiento el PCPRN ha dispuesto expresamente la consideración de estafas agravadas asimiladas a la de naturaleza informática el hecho se comente mediante tarjeta de crédito o débito, lo que representa una solución apriorística al no resultar incompatible con el engaño del tipo básico de la

---

<sup>45</sup> GONZALEZ RUS, J.J. *Curso de Derecho penal español, Parte Especial I*, Marcial Pons Madrid 1996, p. 687.

<sup>46</sup> *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco 1987, p. 60)

<sup>47</sup> CHOCLAN MONTALVO, J.A. "Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática", *Actualidad Penal* 1997, p. 1078

estafa y no evidenciarse semejanza necesariamente con la estafa informática.

Otro ámbito diferenciado es el de pago por terceros no titulares de la tarjeta directamente en redes informáticas (internet). En el ámbito de las redes informáticas puede realizarse operaciones comerciales nacionales e internacionales, cuyo pago puede efectuarse mediante la aportación del número de tarjeta de crédito. De manera que obteniendo fraudulentamente el número de la tarjeta pueden realizarse operaciones comerciales usando fraudulentamente el número codificado de tarjetas ajenas.

En principio en estos casos concurre el engaño del tipo básico de la estafa (art. 248.º9 CPE), pues no puede decirse que se produzca manipulación informática, sino el uso fraudulento de tarjeta ajena (el sistema informático funciona correctamente y los datos empleados son ciertos).

Podría ser otra la solución si se efectúa una manipulación informática *strictu sensu*: bien alterando el funcionamiento mismo del sistema informático, bien alterando los datos con que opera el sistema informático (introduciendo datos falsos u ocultando los verdaderos). En este caso, ya si concurre la estafa informática, pues aparece algún tipo de manipulación informática (art. 248.2 CPE). Además para este grupo de supuestos aparecerá el problema del posible concurso con el delito de falsedades.

También cabe considerar El empleo de tarjetas bancarias con banda magnética en los cajeros automáticos para disponer ilegítimamente de cantidades de dinero. En estos casos la disponibilidad se obtiene sin exigirse ningún tipo de manipulación, sino que, al contrario, el procesamiento automatizado de los datos funciona correctamente, lo que sucede es que quien emplea la tarjeta y obtiene el reintegro no es la persona autorizada. Como es sabido, las tarjetas se consideran llaves falsas según lo previsto en el art. 239 CP y, por tanto, el supuesto debe ser tratado como robo con fuerza en las cosas. También el art. 224 del PCPRN considera llaves falsas, a los efectos del robo con fuerza en las cosas, el empleo de tarjetas magnéticas o perforadas. Lo que sucede es que como ya hemos visto que a la vez el art. 231 f estima como estafa agravada la causación de un perjuicio patrimonial mediante empleo de tarjetas de crédito o débito, se plantea un conflicto normativo de difícil solución e innecesario. Aún así sería necesario realizar algunas consideraciones genéricas de acuerdo a los presupuestos del delito de robo con fuerza en las cosas, aunque no directamente dependientes del problema de la manipulación<sup>48</sup>.

En este sentido se viene pronunciando la jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo desde comienzo de los años noventa. Así una última sentencia TS de 29-4-99<sup>49</sup> señala que constituye robo y no estafa

---

<sup>48</sup> Sobre esta materia MATA MARTIN, R.M. *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Tirant lo blanch, Valencia 1995, p. Del mismo autor, "Los modernos sistemas de seguridad en el apoderamiento patrimonial", *Poder Judicial* 49 (1998), p. 346 y ss.

<sup>49</sup> (A. 4127)

(pese al criterio anterior de la AP de Valencia), aunque por lo menos del principio acusatorio no se pueda condenar por este delito. En este caso particular se plantea el problema del número secreto a la vista, es decir, con falta de diligencia por parte de su titular a la hora de ocultarlo, pero en todo caso no afecta al aspecto central de la manipulación. Igualmente s. TS 16-3-99<sup>50</sup> que ofrece una amplia visión retrospectiva de la doctrina jurisprudencial.

Es posible, sin embargo efectuar todavía alguna matización. En los casos anteriores, si la obtención de dinero se realiza sobre la base de la alteración de los datos contenidos en la banda magnética de la tarjeta, cabe hablar de manipulación informática y con ello de estafa informática. En este sentido ya se pronunció ROMEO.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> (A. 1442)

<sup>51</sup> "Delitos cometidos con utilización de tarjeta de crédito, en especial encajeros automáticos", *Poder Judicial*, número especial IX (1988), p. 128. En contra PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455.

# Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro

Kai Ambos

Research Fellow at the Max Planck Institute for Foreign and  
International Criminal Law

## Presentación

El siguiente trabajo fue publicado originalmente en la Revista *Juristische Arbeitsblätter* (JA), vol. 29 (1997), págs 983-990 bajo el título “*Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer*”. Debo agradecimientos a la traductora del original alemán, *Claudia López Díaz*, abogada y investigadora de la Universidad Externado de Colombia. La traducción ha sido revisada y complementada por el autor.

Quiero también agradecer al Prof. Eduardo Montealegre, actualmente Viceprocurador de la Nación, y al Sr. Antonio Milla, director del Dept. de Publicaciones, por la edición del trabajo en su prestigiosa serie “Cuadernos de Conferencia y Artículos” del Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia donde ya me publicó otro trabajo sobre “dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder” (No. 20).

Finalmente agradezco a mis asistentes Thomas Rein, stud. jur., y Jan Woitschnik, assessor jur. e investigador del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional que, como siempre, revisaron cuidadosamente partes del texto.

Kai Ambos, Freiburg im Breisgau, Alemania, febrero de 1999

## I. Introducción<sup>1</sup>

El problema jurídico central acerca de los disparos mortales en el muro, es si el disparo mortal «normal», o sea, el que no corresponde a un exceso<sup>2</sup>, está

---

<sup>1</sup> Abreviaturas: AT : Allgemeiner Teil ( Parte General); BGBl: Bundesgesetzblatt ( Gaceta Federal de Leyes, RFA); BGH: Bundesgerichtshof (Corte Suprema Federal); BGHSt: Entscheidungen des BGH in Strafsachen (Colección de Sentencias de la Corte Su-

cubierto por el § 27 II de la Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana (RDA)<sup>3</sup> y si esa causa de justificación ha de ser también reconocida en razón al Artículo 103 II de la Constitución Federal de Alemania (*Grundgesetz-GG*)<sup>4</sup>. El problema fue resuelto definitivamente al nivel del de-

prema en materia penal); BVerfG : Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional Federal); BVerfGE: Entscheidungen des BVerfG ( Colección de Sentencias de la Corte Constitucional); CEDH : Corte Europea de Derechos Humanos; ComEDH: Comisión Europea de Derechos Humanos; CP: Código Penal; EJIL: European Journal of International Law; EuGRZ: Europäische Grundrechte Zeitschrift; FAZ : Frankfurter Allgemeine Zeitung; FS: Festschrift (Libro Homenaje); GA: Goldammer's Archiv; Gbl: Gesetzblatt (Gaceta de Leyes de la RDA); GG: Grundgesetz (Constitución de la RFA); JA: Juristische Arbeitsblätter; JöR: Jahrbuch des öffentlichen Rechts; JR: Juristische Rundschau; Jura: Juristische Ausbildung; JuS: Juristische Schulung; JZ: Juristenzeitung; KritJ: Kritische Justiz; LG: Landgericht (Corte Provincial del «Land»); NJ: Neue Justiz; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; nm: nota marginal; NSTZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht; NSTZ-RR: Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport; OGHSt: Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs in Strafsachen ( sentencias de la Corte Suprema-de la zona británica-en materia penal); OstEuR: Osteuroparecht PIDCyP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; RDA: República Democrática de Alemania RFA: República Federal de Alemania; ROW: Recht in Ost und West; RuP: Recht und Politik; s.: siguiente; SED: Sozialistische Einheitspartei Deutschlands ( Partido Socialista Unificado de Alemania Oriental); SJZ: Süddeutsche Juristenzeitung; ss.: siguientes; UZwG: Gesetz über die Anwendung des unmittelbaren Zwangs (Ley sobre la aplicación de la coerción inmediata); ZRP: Zeitschrift für Rechtspolitik; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

- <sup>2</sup> Según la opinión de este autor existe un exceso cuando el hecho no se mueve más en el marco típico del § 27 de la Ley de la Frontera. Un caso claro se presentó en BGHSt 39, 353: Un fugitivo a quién ya se le había detenido y se estaba rindiendo fue fusilado. En tales «ejecuciones» falta la situación justificante conforme al § 27 de la Ley de Fronteras, por lo demás puede existir asesinato (aquí con alevosía), ver BGHSt 39, 353, 366 y siguientes. Pero también en casos menos extremos como por ejemplo, el disparar sin prevenir o el disparo de ráfagas en vez del disparos sueltos, se presenta exceso. La punibilidad de estos actos excesivos pueden ser solamente puestos en discusión por quién también ve cubierto por el Art 103 II GG el desistimiento de la persecución en el sentido de un positivismo extremo o de una simple facticidad (cf. ante todo *Jakobs* (1992), pp. 51 y ss; resumido *Zimmermann* JuS 1996, 865, 868 y ss; en cuanto al exceso en relación con los delitos del nazismo; *Jäger* (1967), pág 22 y ss.)
- <sup>3</sup> Según el § 27 II de la Ley de Frontera, el empleo de las armas de fuego estaba justificado para evitar un delito. Como «delito» se clasificaba regularmente el llamado « traspaso ilegal de frontera» (§ 213 del CP de la RDA). De acuerdo con las órdenes que imperaban en ese momento, generalmente se debían impedir traspasos fronterizos ilegales de acuerdo con un esquema fijo de comportamiento consignado en el § 27 de la Ley de Frontera, y en lo posible sin la muerte del fugitivo. Sin embargo, se consideraba válida la siguiente regla empírica: « Es preferible que el fugitivo muera a que la fuga tenga éxito». Ver *infra* lista de normas citadas
- <sup>4</sup> Prohibición de retroactividad. Art 103 (2) «Un hecho solo puede ser castigado, cuando la punibilidad este determinada legalmente antes de que el hecho se cometa».

recho interno con la decisión de la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht-BVerfG*) del año 1997<sup>5</sup>. La Corte sigue en esencia la argumentación de la Corte Suprema Federal (*Bundesgerichtshof-BGH*), la cual —a pesar de que aún falta la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)<sup>6</sup>— es razón suficiente para hacer a continuación una presentación sistemática de dicha argumentación y apreciarla críticamente. Al respecto, se puede diferenciar entre la antijuridicidad del comportamiento del autor inmediato (soldado de frontera) y los autores mediatos (miembros del Consejo Nacional de Defensa, Generales).

## II. La antijuridicidad del comportamiento del soldado de frontera

También la Corte Suprema Federal (BGH) en los casos «normales» de disparos en el muro, parte del supuesto de que en ellos se presentan las condiciones de la Ley de Fronteras y con ello una justificación acorde con el derecho de la República Democrática Alemana (RDA). Contrariamente con las posiciones de los Tribunales inferiores de los Estados Federales, el BGH adopta en este caso una interpretación jurídica de la Ley de Frontera orientada a la práctica estatal de la RDA que no corresponde a la interpretación occidental basado en consideraciones jurídico-estatales. Como ésta práctica estatal ha estado «caracterizada por la preferencia del impedimento de la fuga antes que por la protección de la vida», un homicidio estaría justificado como último medio para impedir una fuga de acuerdo con el § 27 de la Ley de Frontera<sup>7</sup>.

Sin embargo, en el paso siguiente de examen la jurisprudencia sostiene que una causa justificante de este tipo así entendida, no debe ser tenida en cuenta por razones de derecho natural y de derechos humanos (sobre esto ver numeral 1). Tan sólo una interpretación del § 27 II de la Ley de Frontera que esté conforme con los derechos humanos, podría llevar a su aplicabilidad (numeral 2); así la declaración de nulidad del Art. 27 II de la Ley de Frontera (contraria a los derechos humanos), no se presentaría como una violación

<sup>5</sup> *Corte Constitucional Federal (BVerfG)* en NJW 1997, pp. 929ss. = EuGRZ 1996, pág. 538 = StV, 1997, pág. 14 = NJ, 1997, pág. 19 = JZ, 1997, pág. 142, con nota de Starck. Más detallado abajo I.3.c.).

<sup>6</sup> El acusado *Streletz* ha presentado un recurso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH), de conformidad con los artículos: 25 I Convención Europea de DDHH (CEDH) en relación con el Art 43 y s. de las reglas de Procedimiento de la Comisión ( Periódico FAZ del 29.11.96.). Si la Comisión considera dicho recurso procedente y fundamentado, entonces el recurso será presentado ante el CEDH (Art. 48 I a CEDH). A cerca de la problemática del derecho internacional penal ver: *Ambos* StV 1997, págs 39, 42; *Kennthner* NJW 1997, pág 2.298, quien considera que se ha superado la concepción restrictiva alemana en cuanto al derecho penal internacional.

<sup>7</sup> Comparar: BGHSt 39,1.14; así mismo, Corte Suprema Federal (BGH) NJW, 1993, 1932, 1935

del Artículo 103 II GG (numeral 3). Estos argumentos provocaron considerables críticas en la doctrina (sobre esto ver también en lo siguiente)

### 1. ¿ No consideración del § 27 de la Ley de Frontera con base en las reglas del derecho natural y derechos humanos ( Fórmula de Radbruch)?

a) Según la opinión del BGH una causa de justificación que otorgue preferencia al impedimento de fuga sobre la vida humana debe permanecer fuera de consideración, «a causa de la lesión de principios jurídicos superiores que también deben ser tenidos en cuenta por la RDA, y a causa de una violación extrema del principio de la proporcionalidad»<sup>8</sup>. En efecto, una no-consideración del artículo debería permanecer limitada a «excepciones extremas»<sup>9</sup>, sin embargo esta no consideración se debería presuponer siempre que en la correspondiente causa justificante se exprese una grave y evidente infracción contra los principios básicos de la justicia y de la humanidad; la infracción debe ser tan grave que lesione las convicciones jurídicas sobre el valor y la dignidad humana que es común a todos los pueblos<sup>10</sup>. La contradicción entre la ley positiva y la justicia, en el sentido de la Fórmula de Radbruch<sup>11</sup>, deberá ser tan intolerable, que la ley positiva como derecho incorrecto, debería ceder el paso a la justicia («Fórmula de la intolerabilidad»-*Unerträglichkeitsformel*). La aplicación de la Fórmula de Radbruch no se limitaría por el hecho de que su creador la concibió únicamente en relación con la injusticia nacional-socialista (y correspondientemente ella habría sido empleada con mayor justificación por la jurisprudencia alemana de la postguerra para fundamentar, basado en el derecho natural, la invalidez de las órdenes hitlerianas<sup>12</sup>). El BGH toma en cuenta la diferencia, bien enfatizada en la doctrina, entre la injus-

<sup>8</sup> BGHSt 39, 1, 15; así mismo BGH NJW 1993, 1932, 1935; 1994, 2703, 2705; 1994, 2708, 2709 y s.; 1995, 2728, 2730 y s. (confirmación explícita en contra de la crítica en la doctrina); BGH NJW 1995, 2732, 2733; dejado abierto por BGH NJW 1997, 1245, 1246 (muerte de un prófugo armado); sobre esto ver la nota de *Ambos*, NSStZ 1997, 492 y s.. Comparar también la clasificación sistemática de la jurisprudencia y la doctrina por *Arnold* (1997), 172 y ss., 227 y s..

<sup>9</sup> Una simple infracción contra el «orden público», por ejemplo, no sería suficiente (BGHSt 39, 1, 15); pero así *Küpper/Wils* ZRP 1992, 91, 93.

<sup>10</sup> BGHSt 39, 1, 15 y s..

<sup>11</sup> *Radbruch* SJZ 1946, 105, 107; « El conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia podría ser solucionado, en cuanto que el derecho.... positivo tiene la prioridad, incluso cuando su contenido es injusto e impropio, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan intolerable y lleve a que la ley como « ley injusta » tiene que ceder terreno a la justicia.» (Subrayado del autor). Para alcanzar una comprensión correcta de la fórmula de Radbruch ver *Arthur Kaufmann* NJW 1995, 81, 83; *Sprenger* NJ 1997, 3, 5 y s..

<sup>12</sup> OGHSt 1, 321, 324; 2, 231, 233; 2, 269, 271 y s.; BGHSt 2, 173, 177; 2, 234, 237 y ss.; 3, 110, 128; 3, 357, 362 y s.

ticia nacional-socialista y la injusticia del régimen del Partido Unitario Socialista (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands-SED*), pero a pesar de ello no se aparta de su jurisprudencia<sup>13</sup>. Como una medida más concreta, la Corte se refiere, concretizando las reglas del derecho natural, a los artículos 6 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP)<sup>14</sup>, por el cual la RDA, a más tardar<sup>15</sup> desde 1974 por medio de su ratificación estaba comprometida<sup>16</sup>; sin que lo haya puesto en práctica dentro de su jurisdicción interna en concordancia con el artículo 51 de su propia Constitución<sup>17</sup>. La lesión de esas normas del Derecho Internacional por parte de la Ley de Frontera y la práctica estatal descrita, «también imposibilitan al Senado a adoptar como causa justificante al § 27 de la Ley de Frontera»<sup>18</sup>.

- b) Esta argumentación se ve enfrentada a varias *objeciones*<sup>19</sup>. Ante todo la misma fórmula de Radbruch es de un valor limitado. En verdad ella posibilita, mediante una *falsificación* en un primer nivel de revisión la comprobación del *injusto legal*, pero no crea, por carencia de una verificación en un segundo nivel, un derecho *supralegal*, el cual debería reemplazarlo<sup>20</sup>. Se origina así un «vacío normativo»<sup>21</sup>, una laguna en la reglamentación<sup>22</sup> que tampoco pueden ser llenadas recurriendo a las reglas del derecho natural<sup>23</sup>. Además, la aplicación de las mismas premisas fundamentales de

<sup>13</sup> BGH NJW 1995, 2728, 2730 y s., con numerosas indicaciones de —innumerable— literatura; parecido: BGH NSTZ-RR 1996, 323, 324.

<sup>14</sup> BGBl 1973 II 1534.

<sup>15</sup> BGHSt 39, 1, 16 parte desde 1974, BGH NJW 1994, 2708, 2709 pero parte desde 8.11.1973 en relación con la entrada en vigencia ambas decisiones parten del 23.03.1976 (Gaceta Oficial II 108)

<sup>16</sup> Gbl RDA 57. Sin embargo, el BGH infiere también de la inoperancia del § 27 de la Ley de Frontera a causa de principios no escritos basados en el Derecho Público Internacional, incluso antes del compromiso de la RDA con el PIDCyP. (BGH NJW 1994, 2708, 2709 y s.).

<sup>17</sup> Para el compromiso con el Derecho Internacional Público no se depende de esto (comparar art. 46 I Tratado de Viena sobre el Derecho de Tratados, BGBl 1985II 926). Atinadamente, aunque sin tener en cuenta la correcta argumentación del Derecho Internacional Público, BGHSt 39, 1, 16 y s., con referencia de autores de la RDA; también BGH NJW 1995, 2728, 2731.

<sup>18</sup> BGHSt 39, 1, 16 y siguientes, 22.

<sup>19</sup> En sentido afirmativo por ejemplo *Eser* (1996), pág. 337, 339 con más referencias en nota a pie de página 13; *Herzog* (1993), pág. 47.

<sup>20</sup> Comparar en especial *Arthur Kaufmann* NJW 1995, 81, 82; también pág 85 clarificando los conceptos «supra-legal» en contraposición con el derecho « supra-positivo» y « derecho natural».

<sup>21</sup> *Jakobs* GA 1994, 1, 12, 13 y s..

<sup>22</sup> *Pawlik* GA 1994, 472, 481 y siguiente.

<sup>23</sup> Comparar en especial *Jakobs* (1993), 5/29, el cual indica que la inoperancia de la prohibición de retroactividad de la orden de disparo, no podría «reconstruir» la punibilidad; similar *H. Dreier* JZ 1997, 421, 428 y s. según lo cual un derecho natural



la Fórmula de Radbruch es muy discutida. Ante todo, es muy cuestionable si las disposiciones respectivas (§ 27 de la Ley de Frontera en concordancia con el §213 del Código Penal de la RDA, traspaso ilegal de la frontera) representan una tal extrema e insoportable injusticia como lo entendió Radbruch. En contra se arguye en primer lugar, como también lo reconoció básicamente el BGH, que la injusticia nacional-socialista no es comparable con la injusticia del SED, pero Radbruch se refirió exclusivamente a la primera<sup>24</sup>; por otra parte, en el § 213 del CP de la RDA, no estaba escrita la mácula del injusto<sup>25</sup>. Así, solamente los graves sucesos ocurridos en el muro, es decir, los actos excesivos, pueden alcanzar el contenido del injusto que Radbruch tuvo ante sus ojos<sup>26</sup>. Según la primera parte de la Fórmula de Radbruch, que no fue citada por la jurisprudencia, un injusto de menos importancia en forma del derecho positivo tiene que ser aceptada<sup>27</sup>.

El renacimiento del derecho natural que acompaña a la Fórmula de Radbruch cae también finalmente en conflicto con el *mandato de certeza (lex scripta)*, ya que no hay un *solo* derecho natural y desde un principio la concepción de un derecho natural socialista se ha diferenciado considerablemente de la concepción occidental de ese derecho<sup>28</sup>.

También la referencia, en principio laudable<sup>29</sup>, a los Derechos Humanos, en especial a los artículos 6 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) no ayuda más. Ya desde la perspectiva del derecho internacional público es muy dudoso si el régimen de fronteras

sustituto no sería deseado. En contra BGH NJW 1995, 2728, 2732: en caso de nulidad de la causa justificante permanece aplicable el tipo penal del homicidio (§112 y s. del CP de la RDA). Pero aquí se trata de la punibilidad como totalidad, no solo la tipicidad. A cerca de la idea del derecho natural en la jurisprudencia desde 1945: Faller JöR 1995, 1.

<sup>24</sup> Cfr. la referencia de Radbruch a las «circunstancias particulares de los 12 años Nazi» (Saliger (1995, pág 34).

<sup>25</sup> Así también Arnold/Kühl JuS, 1991, 993, nota a pie de página 68; similar Dannecker Jura 1994, 585, 589 y s.; Dannecker/Stoffers JZ 1996, 490, 491 y s.; Grünwald StV 1991, 31, 36 y s.; Ott NJ 1993, 337, 339; Arnold JuS 1997, 400, 401 y s.; Roggemann NJ 1997, 226, 231; en el resultado también Mlehe (1995), págs 647, 660. Para extrema injusticia por ejemplo Hruschka JZ 1993, 665,667; Laskowski JA 1994, 151, 162 y s.; probablemente también Arthur Kaufmann NJW 1995, 81, 84, cuando el escribe: «... no sería coherente, el no llamar un injusto grave injusto grave, solamente porque ha habido otro injusto todavía más grave».

<sup>26</sup> Arthur Kaufmann NJW 1995, 81, 83, 84 y s.; R. Dreier (1993), págs. 57, 68; Alexy (1993), pág 22; Frowein/Peukert (1996), Art.7 nm 8.

<sup>27</sup> Cfr supra nota 10.

<sup>28</sup> Comparar por ejemplo Amelung JuS 1993, 637, 640. Más allá crítica Grünwald (1971), pág 14, el punto de vista forma de la Fórmula de Radbruch; similar Pawlik GA 1994, 472, 479 y s.

<sup>29</sup> Así ante todo Fiedler OstEuR 1993, 259, 265; del mismo autor JZ 1993, 206, 207.

representa una infracción contra los preceptos mencionados<sup>30</sup>. El texto del Artículo 12 III PIDCyP, clarifica que a los estados signatarios se les debe permitir un considerable campo de acción discrecional en relación con sus reglamentaciones y seguridades fronterizas<sup>31</sup>. Pero los preceptos mencionados tampoco contienen directamente deberes de castigo del derecho internacional público. Por cierto que tales deberes de castigo se dejarían justificar para determinados delitos internacionales,<sup>32</sup> en especial para los delitos contra la humanidad<sup>33</sup>; sin embargo, los disparos mortales en el muro no se pueden clasificar como delitos contra la humanidad<sup>34</sup> y una tal obligación en el derecho internacional público, tampoco tendría directamente consecuencias estatales internas<sup>35</sup>.

En esto le corresponde también una gran importancia a la (insuficiente) transformación del Pacto Internacional para los Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) en la RDA. El BGH desconoce que solamente el cumplimiento interno por un Estado de un tratado implica también las correspondientes obligaciones estatales internas. Esto también se deduce especialmente del Artículo 103 II GG (Principio de certeza)<sup>36</sup>. Si además, se tiene en cuenta la perspectiva vigente en la RDA, es decir, los principios de la legalidad socialista, no queda muy claro el significado del PIDCyP, porque en la doctrina y en las comunicaciones oficiales de la RDA, se encuentran expresiones contradictorias<sup>37</sup>.

Al fin y al cabo el recurrir al PIDCyP representa solo una «solución provisional»<sup>38</sup>, como lo muestra la jurisprudencia sobre la validez de los principios de los derechos humanos anterior a la entrada en vigor del PIDCyP<sup>39</sup>. De hecho, el BGH quiere asegurar empíricamente las reglas poco claras y concretas del derecho natural por medio de la consideración de los dere-

<sup>30</sup> Recha *Polakiewicz* EuGRZ 1992, 177, 185, 186 y s. Lo aprueba: *Amelung* JuS 1993, 637, 640 y s.; *Ott* NJ 1993, 337, 341 y ss.; *H Dreier* JZ 1997, 421, 423. Esto depende también de si uno se orienta por el puro texto de la ley o por la práctica estatal.

<sup>31</sup> *Polakiewicz* EuGRZ 1992, 177, 186; *Laskowski* JA 1994, 151, 159 y s.; escéptico también *Jung* JuS 1993, 603.

<sup>32</sup> Comparar más profundamente *Ambos* (1997), pág 163 y ss. (en castellano: Impunidad y Derecho Penal Internacional. Medellín 1997, pp. 221 y ss.).

<sup>33</sup> Bajo estos se consideran en especial delitos graves de tipo sistemático y de carácter masivo (Comparar *Ambos*: EJIL 1996, pág 536 y s.).

<sup>34</sup> *Polakiewicz* EuGRZ 1992, 177, 191 y s.; *Pawlik* GA 1994, 472, 473; *Laskowski* JA 1994, 151, 161; *Ott* NJ 1993, 337, 339 y s..

<sup>35</sup> Comparar más profundamente, *Ambos* StV 1997, 39, 41 y s..

<sup>36</sup> En la conclusión en el mismo sentido, *Dannecker* Jura 1994, 585, 590 y s.; *Gropp* NJ 1996, 393, 395; *Amelung* JuS 1993, 637, 641; del mismo autor GA 1996, 51, 56; del mismo autor NSTz 1995, 29, 30; otra opinión *Fiedler* JZ 1993, 206, 207

<sup>37</sup> Comparar *Herrmann* NSTz 1993, 118, 119.

<sup>38</sup> *Gropp* NJ 1996, 393, 396.

<sup>39</sup> Comparar con esto supra nota 15.

chos humanos («derecho natural empírico»<sup>40</sup>). Sin embargo, esto solo es posible cuando también existe un derecho convencional de los derechos humanos y, además, este derecho esté suficientemente concretado por medio del «derecho de casuística» («case law»); en otros casos se debe recurrir al Derecho consuetudinario internacional y a los principios generales del derecho<sup>41</sup>, es decir, categorías que difícilmente podrían corresponder al mandato estatal interno de certeza (sobre esto ver abajo).

Por último no debe ignorarse que también las normas de la República Federal Alemana (RFA) de la coerción inmediata (§ 11 UZwG) y del derecho policial<sup>42</sup> permiten el uso de armas de fuego. De esta manera el BGH absolvió en el año 1988 a un oficial de frontera, quien le había disparado por detrás a un motociclista fugitivo<sup>43</sup>. Según *Amelung*, el BGH considera que el caso del motociclista fugitivo y los casos de protección del muro no son comparables a causa del aspecto interno del hecho delictivo: en el caso del motociclista el autor sólo habría actuado con consciente imprudencia; en los casos de protección del muro se presentaría regularmente el dolo eventual<sup>44</sup>. Por lo demás, el uso de las armas de fuego se debería limitar exclusivamente a la defensa<sup>45</sup>. La no comparabilidad entre los disparos mortales según el derecho de la RDA y el de la RFA, se produce, sin embargo, más bien por lo que se entiende por proporcionalidad. Si la Ley de Frontera y la práctica basada en dicha norma como consecuencia última acepta, y aún ordena, la muerte del fugitivo para evitar la fuga, no puede —según la concepción del Estado de Derecho— efectuarse ningún verdadero examen de la proporcionalidad porque el régimen de frontera ha decidido ya previamente dicha consideración a favor de la decisión de impedir la fuga. En cambio, según el derecho vigente de la RFA, la decisión de que si un disparo mortal pueda parecer justificado depende de si, por medio de la fuga, se han puesto en peligro importantes bienes jurídicos de la seguridad y del orden público; por tanto, debe efectuarse siempre un verdadero análisis en cada caso en particular<sup>46</sup>.

---

<sup>40</sup> *Amelung* NStZ 1995, 29, 30. Similar *H.Dreier* JZ 1997, 421, 427 («Naturrecht im Gewande des Völkerrechts»): «Derecho natural en el vestido del derecho internacional público»)

<sup>41</sup> En relación con las fuentes tradicionales del derecho internacional público confrontar Art 38 del Estatuto del Tribunal Internacional (BGBl 1973 II 505).

<sup>42</sup> Cfr. por ejemplo, §§ 53 y s. de la Ley Policial de Baden Württemberg (PolG Ba-Wü)

<sup>43</sup> BGHSt 35, 379.

<sup>44</sup> BGHSt 35, 379, 386.

<sup>45</sup> *Amelung*, JuS 1993, 637, 639. *Amelun*, al parecer se refiere a la decisión del BGHSt 39,1,22, donde se declara que, siguiendo a *Frowein* (1990), págs 112, 117 que el empleo de las armas de fuego contra personas contiene una peligrosidad incontrolable y por lo tanto debe ser limitado también en el área fronteriza (§ 11 UZwG), a la defensa de la persona humana.

<sup>46</sup> Comparar también BGHSt 35, 379

## 2. ¿Interpretación conforme con los derechos humanos?

- a) Partiendo del carácter violatorio de los Derechos Humanos del § 27 de la Ley de Frontera y por ello de la no consideración de esta norma, la jurisprudencia se pregunta en un próximo paso si, a pesar de ello, no se podría llegar a una aplicación del § 27 de la Ley de Frontera a través de una interpretación conforme con los Derechos Humanos<sup>47</sup>. Este paso, sin duda, no es exigido por la lógica, pues si se parte de la no consideración del § 27 de la Ley de Frontera, se ha logrado ya el objetivo deseado, es decir, la exclusión de esa causa justificante, e inmediatamente se podría comenzar con el examen del Art. 103 II GG. Sin embargo, el BGH incorpora este paso intermedio justamente con el fin de construir un derecho para el tiempo del hecho (Tatzeitrecht), que hace posible un castigo sin una violación contra la prohibición de retroactividad<sup>48</sup>.

El BGH parte de las normas de derecho de la RDA que —desde su perspectiva— permiten una interpretación conforme con los derechos humanos, es decir, de las normas constitucionales y ordinarias y de determinadas declaraciones políticas<sup>49</sup>. De esto y en especial del derecho reconocido constitucionalmente a la vida y al principio de la proporcionalidad, resulta que el § 27 II de la Ley de Frontera debería ser entendido de la siguiente manera:

« En los casos descritos allí, el soldado de frontera debió emplear su arma de fuego para impedir la fuga; sin embargo, la causa justificante encuentra un límite, cuando se dispara con dolo de matar sobre... un fugitivo desarmado y *tampoco* peligroso para la integridad o la vida de otras personas. *De acuerdo con esto el homicidio ....eventual doloso no estaba cubierto por el § 27 párrafo 2 de la Ley de Frontera, interpretado favorablemente de conformidad con los Derechos Humanos*»<sup>50</sup>.

- b) Este punto de vista ha encontrado un rechazo generalizado en la doctrina<sup>51</sup>. A la Corte Suprema Federal (BGH) se le ha reprochado que se pone

<sup>47</sup> Comparar BGHSt 39, 1, 23 y ss.; así mismo BGH NJW 1993, 1932, 1935.

<sup>48</sup> Similar por ejemplo Herrmann NSTz 1993, 118, 120; Schroeder JR 1993, 43, 49 y s..

<sup>49</sup> Comparar en especial § 95 del CP de la RDA, según el cual la responsabilidad penal no se excluye en la ley, orden o indicación, que no respete: los derechos fundamentales, los derechos humanos y los deberes del derecho internacional público o la soberanía de la RDA.

<sup>50</sup> BGHSt 39, 1, 25 (subrayado del autor)

<sup>51</sup> Jakobs GA 1994, 1, 7, 15; *del mismo autor*, Strafrecht AT (1993) 5/29; Pawlik GA 1994, 472, 474 y s.; Dannecker Jura 1994, 585, 591 y s.; Dannecker/Stoffers JZ 1996, 490, 492; Amelung JuS 1993, 637, 638, 641; Fiedler JZ 1993, 206, 208; Laskowski JA 1994, 151, 161; Gropp NJ 1996, 393, 395; Hermann NSTz 1993, 118, 120; Günther StV 1993, 18, 21 y ss.; Schroeder JR 1993, 43, 48 y s.; Luchterhandt (1994), pág. 165, 179 y ss.; Arnold (1995), págs 283, 306 y ss.; Dreier JZ 1997, 421, 426 y s.. Parcialmente de acuerdo con el BGH: Lüderssen (1992), pág 28 y ss., 69 y ss., 146 y s. (= ZStW 104 ( 1992), 735; confrontar también StV 1991, 482, 486 y s.); así mismo, del

en contradicción con sus propias reflexiones, respecto a la no consideración del § 27 de la Ley de Frontera, cuando se basa —desconociendo la *práctica* en la RDA— en un derecho positivo puro y con ello en un «mundo jurídicamente ilusorio» y en unos «supuestos dogmáticos ficticios y alejados de la realidad»<sup>52</sup>, para poder fundamentar una interpretación de la Ley de Frontera conforme con los derechos humanos. Con esto, de hecho el BGH ignora, por lo menos en lo que se refiere a las decisiones en los casos de los disparos en el muro<sup>53</sup>, las condiciones reales del derecho de la RDA, pues este derecho estaba determinado por los principios de una legalidad socialista pero no por una percepción occidental de valores, en especial en lo que se refiere al principio de la proporcionalidad en función de la defensa del individuo. Las leyes estaban para ser aplicadas «de conformidad con los objetivos de la RDA»<sup>54</sup> y de esto ya se deduce que no debe imponerse una concepción extraña y diferente de los derechos humanos<sup>55</sup>. Una interpretación puramente literal de la ley se queda demasiado corta, «pues no se trata aquí de cómo se representaba a sí misma la RDA sino de cómo era»<sup>56</sup>. Si se acepta el punto de partida del BGH, respecto a que ya en los tiempos de la RDA era posible una interpretación conforme con los Derechos Humanos, los soldados de frontera han debido ser castigados en ese momento según el derecho de la RDA. No obstante, esto no sucedió nunca, ni siquiera en los casos de excesos, como lo muestran, entre otras cosas los reconocimientos y los ascensos<sup>57</sup>. A pesar de esta crítica el BGH se mantuvo en su opinión en el sentido de que una interpretación acorde con los derechos humanos ya estaba esbozada en el derecho de la RDA<sup>58</sup>.

Si uno puede controvertir esto con buenos argumentos y ante todo con argumentos empíricos, tampoco se puede exagerar la orientación a un ordenamiento jurídico que no corresponde a la concepción occidental de los derechos humanos. La interpretación inmanente de un sistema determinado de un ordenamiento jurídico ajeno, aunque éste no sea necesariamente contrario ideológicamente, sufre siempre el problema del entendimiento ajeno (*Fremdverstehen*), es decir, que uno valora usualmen-

---

mismo autor más reciente JZ 1997, 525 y ss., 530, 531 y ss. para un «positivismo restrictivo» y para acusar al BGH -medidas de dos clases- con miras a casos de prevaricato (así también *Roggemann* NJ 1997, 226, 230 y s.). Instructivo en cuanto al estado de la discusión: *Zimmermann* JuS 1996, 865, 868 y s.; *Arnold/Weigend*, ROW 1997, 81 y ss, 89 y ss.

<sup>52</sup> *Fidler* JZ 1993, 206, 208.

<sup>53</sup> De otra forma en el prevaricato, confrontar por ejemplo BGH NJW 1994, 529, 531 y s.

<sup>54</sup> Comparar *Amelung* JuS 1993, 637, 638; *Günther* StV 1993, 18; *Lüderssen* JZ 1997, 527.

<sup>55</sup> *Herrmann* NStW 1993, 118, 119.

<sup>56</sup> *Jakobs* GA 1994, 1, 15. En contra por ejemplo, *Lampe* ZStW 106 (1994) 683, 710.

<sup>57</sup> *Gropp* NJ 1996, 393, 395.

<sup>58</sup> BGH NJW 1995, 2728, 2731.

te ese ordenamiento jurídico desde el punto de vista del propio ordenamiento jurídico, o sea que no se puede entender de forma inmanente<sup>59</sup>. Este problema no puede eludirse tampoco con la renuncia completa a una interpretación,<sup>60</sup> porque el problema jurídico correspondiente requiere una solución; y ésta se debe buscar fundamentalmente partiendo del ordenamiento jurídico afectado. Dicha solución debe lograr un punto intermedio entre el respeto al ordenamiento jurídico ajeno y la aceptabilidad normativa por parte del ordenamiento jurídico propio. Por tanto, se debe partir necesariamente del ordenamiento jurídico ajeno («tal como era»<sup>61</sup>), pero sin permitir toda perversión de la propia concepción jurídica y tomarla como base del juicio propio. Los castigos corporales, por ejemplo, que son comunes en el derecho islámico, traspasan la concepción occidental propia de un Estado de Derecho y, por tanto, tampoco pueden encontrar reconocimiento, como punto normativo de partida en un caso ante un tribunal «occidental». También, a la consideración de la *facticidad*, en el sentido de una no-persecución fáctica de violaciones a los Derechos Humanos, se le deben poner *límites normativos*; a estos solo se puede renunciar bajo la auto-renuncia (*Selbstaufgabe*) a la propia concepción del derecho y, con ello, a una auto-negación (*Selbstverleugnung*).

### 3. ¿Violación al Artículo 103 II de la Constitución Federal (Grundgesetz)?

- a) De acuerdo con el Art. 103 GG, un delito solo puede ser castigado cuando la *punibilidad* al tiempo del hecho haya estado determinada por la ley (prohibición de la retroactividad). La prohibición de la retroactividad protege la confianza del autor respecto a la situación jurídica vigente al momento de la ejecución del hecho e impide con ello la arbitrariedad legislativa<sup>62</sup>. La «punibilidad» incluye básicamente la tipicidad y la antijuridicidad del comportamiento incriminado. Esto significa también que las causales de justificación (supralegales) están comprendidas también por el ámbito de protección del Art. 103 II GG<sup>63</sup>. Si retroactivamente se llega a derogar una causa de justificación o se limita por consideraciones de derecho natural o además conforme a los derechos humanos, de tal forma que esta causa justificante no cubre más los casos comprendidos al momento de la ejecu-

<sup>59</sup> Sobre este problema que es conocido en el derecho comparado *Lüderssen* (1992), pág 58 y s.; *del mismo autor*, JZ 1997, 526 y ss; *Günther StV* 1993, 18, 22 y s.; *Gropp NJ* 1996, 393, 395; *Roggemann NJ* 1997, 226, 230 y s.

<sup>60</sup> Así en principio *Günther StV* 1993, 18, 22.

<sup>61</sup> *Jakobs GA* 1994, 1, 15.

<sup>62</sup> Comparar *Dolzer/Vogel-Rüping*, Art. 103 II, nota marginal (nm) 16. Más fundamental: *Schreiber*, (1976).

<sup>63</sup> Comparar BVerfGE 25, 269, 286; *Dolzer/Vogel-Rüping*, Art 103 II, nm 50, 60, 67; *Sch/Sch-Eser*, § 2 nm3; *Roxin* (1997), § 5 nm 53; *Engels GA* 1982, 109, 114 y ss..

ción del hecho, entonces podría presentarse en una violación al Art. 103 II GG. Pues con esto, el comportamiento *originalmente no punible* (por carencia de tipificación de la infracción) se convierte *posteriormente* en un comportamiento punible por la eliminación de la causa justificante. Con esto se modifica el derecho anterior, en desventaja del acusado<sup>64</sup>.

- b) A pesar de que la jurisprudencia comparte las premisas descritas ella alcanza a una compatibilidad con el Art. 103 II GG<sup>65</sup>. La jurisprudencia, como ya se explicó, parte de que los disparos mortales en el muro, para el momento de la ejecución del hecho no estaban justificados, puesto que según las reglas propias de la RDA, el derecho al tiempo del hecho, podía interpretarse favorablemente conforme con los Derechos Humanos, en tal forma que los disparos mortales no estaban cubiertos por el § 27 II de la Ley de Frontera. Como una tal interpretación también haya sido posible también para la justicia de la RDA implica que «el juez no estaba obligado, en el sentido de pura facticidad con aquella interpretación que en la práctica estatal ha encontrado expresión al tiempo del hecho<sup>66</sup>» y que, para continuar el argumento, le ha proporcionado validez a la justificación con base en el § 27 de la Ley de Frontera, en forma contraria al derecho internacional. El juez debería, más bien, partir de la interpretación conforme a los derechos humanos, de tal forma que la punibilidad ya haya estado «determinada legalmente» al momento de la ejecución del hecho, puesto que —también según la tipicidad en el derecho de la RDA— el homicidio de un fugitivo no podía ser justificado por la Ley de Frontera. Con ello tampoco se derogaría el concepto sobre la protección de la confianza que emana del Art. 103 II GG, pues la confianza de que también en el futuro se aplique una causa justificante contraria a los derechos humanos, no merece protección. No representaría ninguna arbitrariedad, si el comportamiento de autor se juzgara como hubiera debido ser juzgado ya al tiempo del hecho de acuerdo con una interpretación correcta del derecho de la RDA<sup>67</sup>. Una interpretación contraria con los derechos humanos tampoco puede violar el Art. 103 II GG, porque una causa justificante así interpretada, «nunca hubiera alcanzado eficacia en razón de la evidencia del injusto que lleva incorporado<sup>68</sup>».

Más tarde la Corte Supremo Federal (BGH) «aclaró» una vez más ésta opinión<sup>69</sup>. La Corte Constitucional Federal (BVerfG) la confirmó, aunque

<sup>64</sup> Comparar *Sch/Sch-Eser*, § 2 nm 3. Con más referencias: *Roxin* (1997), § 5 nm 53. <sup>65</sup> BGHSt 39, 1, 26 y ss.; así mismo BGH NJW 1993, 1932, 1935.

<sup>66</sup> BGHSt 39, 1, 29.

<sup>67</sup> BGHSt 39, 1, 29 y s..

<sup>68</sup> BGH NJW 1995, 2728, 2730.

<sup>69</sup> Comparar BGH NJW 1995, 2728, 2731 y s., donde (una vez más) se reafirma que el Art. 103 II GG ni protege la confianza en la continuación de una determinada práctica de interpretación o de una práctica estatal, ni que tampoco un *futuro* ordenamiento con base en el Estado de Derecho no castigase esa práctica violadora de los dere-

empleando para ello mucho menos esfuerzo argumentativo<sup>70</sup>. El BVerfG argumentó de la misma manera que el BGH, con consideraciones de justicia basadas en el derecho natural y en los derechos humanos, en cuanto el Corte retira la prohibición de la retroactividad en vista de una causa justificante contraria a los derechos humanos:

«En esta situación muy especial el mandato de la *justicia* material, que también acepta el respeto de los derechos humanos reconocidos por el derecho público internacional, prohíbe la aplicación de una tal causa de justificación»<sup>71</sup>.

- c) De acuerdo a la opinión de la mayoría de la doctrina la inobservancia de la Ley de Frontera representa una violación contra el Art. 103 II de la Constitución Federal<sup>72</sup>. La interpretación del § 27 de la Ley de Frontera, conforme con los derechos humanos, viola la prohibición de la retroactividad, ya que representa una posterior revalorización de la situación jurídica real;

---

chos humanos en ese tiempo futuro (subrayado del autor). No obstante esta mirada en el futuro es completamente imposible de realizar en el momento de la ejecución del hecho.

<sup>70</sup> BVerfG (supra nota 3)

<sup>71</sup> BVerfG NJW 1997, 929, 930 (subrayado del autor). Crítica P.A. Albrecht NJ 1997, 1; Arnold NJ 1997, 115; del mismo autor JuS 1997, 400; H. Dreier JZ 1997, 421, 428, 431 y ss.; Roggemann NJ 1997, 226, 231; Ambos StV 1997, 39, 41 y s..

<sup>72</sup> Comparar por ejemplo Sachs-Degenhard, Art 103 nm 76; Dannecker Jura 1994, 585, 592 y s.; Dannecker/Stoffers JZ 1996, pág 490, 491 y ss.; Laskowski JA 1994, 151, 160 y s., 163; Arnold (1995), pág 306 y ss.; Jakobs (1992), pág 51; del mismo autor GA 1994, 1, 5 y ss., 16; Pawlik GA 1994, 472, 483; Grünwald StV 1991, 31, 32; Günther StV 1993, 18, 23 y ss; Hermann NStW, 1993, 118, 120; Kuhlen/Grammiger JuS 1993, 32, 37; Arthur Kaufmann NJW 1995, 81, 86; Polakiewicz EuGRZ 1992, 177, 188 y s.; H. Dreier JZ 1997, 421, 431 y ss; pero también Neumann (1993), pág 161, 168 y ss.; de forma diferenciada Gropp NJ 1996, 393, 397 (en nota infra 76); Welke KritJ 1995, 369, 376; Lüderssen (1992), pág 32, 34, 52, 146 y s. (que considera ciertamente significativa la Constitución, pero no los propósitos, ya sean políticos o informales; contrario a éste Jakobs GA obra ya citada; Pawlik, GA 1994, 472, pág 446 y s.; poco claro Peschel-Gutzeit/Jenckel (1996), pág 277, 295 y ss. (que aceptan al mismo tiempo la decisión del BGH, pero consideran la prohibición de la retroactividad como incompatible con el derecho supralegal). De acuerdo con la jurisprudencia, por ejemplo: Naucke (1996), página 47 y ss., el cual se orienta por no tomar fácticamente en consideración la prohibición de la retroactividad; Alexy (1993), pág 22 y ss., quien parte de una retroactividad oculta (pág 30), pero de acuerdo con una interpretación restrictiva del Art. 103 II GG (pág 35); Amelung JuS 1993, 637, 642 (interpretación conforme a los derechos humanos del derecho de la RDA); del mismo autor GA 1996, 51, 56; Schroeder JR 1993, 45, 46 y s., quien considera esto como la opinión dominante y solamente introduce razones para la ignorabilidad del § 27 de la Ley de Frontera; Eser (1996), 337, pág 339; Lampe (1993), pág 15, 25 y s.; Schünemann (1993), pág 173, 184 y ss; R. Dreier (1993), pág 57, 67 y s.; Schreiber ZStW 1995, 157, 170; Hruschka JZ 1992, 665, 669, quien elude la «auto-contradicción» de la unión del Estado de Derecho a derecho no jurídico-estatal a través del empleo (improcedente) del derecho de la RFA por medio del § 7 II Alt. 2 CP.



con ello contradice el sentido jurídico dominante para el momento de la ejecución del hecho y por esto no pudo haber sido previsto por los autores de aquella época. Pero la prohibición de la retroactividad exige, precisamente, partir del «pervertido» derecho de la República Democrática Alemana (RDA) y tomar hoy también éste derecho como base, tal como fue realmente entendido y aplicado<sup>73</sup>.

Una tal aplicación inmanente al sistema y exigida por el Art. 103 II de la Constitución Federal respecto a la aplicación del § 27 de la Ley de Frontera, conduce ciertamente a la impunidad de los casos «normales» de protección del muro; sin embargo, permanecen punibles los casos de excesos, incluyendo los casos de omisión de ayuda (omisión de medidas que salven vidas), puesto que estos casos ya eran punibles según el derecho de la República Democrática Alemana (RDA), que en principio debía ser aplicado<sup>74</sup>. Sin duda, tales reflexiones posteriores respecto a la punibilidad o bien la impunidad, de todos modos, no pueden ser decisivos dado el significado fundamental de la prohibición de retroactividad como derecho de protección comparable con los derechos fundamentales. Si se hubiera deseado restringir la protección de la prohibición de retroactividad en relación con ciertos hechos anteriores acaecidos en la RDA, entonces esto se hubiera debido reglamentar en el tratado de unificación y se hubiera debido expedir un acto legislativo que hubiera cambiado la Constitución Federal<sup>75</sup>. Ya que se desaprovechó esta oportunidad, rige la prohibición de retroactividad también a favor de estos hechos. A quien, con razones muy entendibles, esto le parezca intolerable, deberá declararse por lo menos partidario de un rompimiento abierto —en lugar de un rompimiento oculto—, con la prohibición de la retroactividad<sup>76</sup>. Finalmente, el repliegue sobre las reglas del derecho natural y los derechos humanos (Fórmula de Radbruch), otorga a la jurisprudencia junto con una «intangibilidad»<sup>77</sup> tam-

---

<sup>73</sup> Comparar con esto y en relación con el derecho del Estado Nacional-Socialista *Dencker* KritV 1990, 299, 304 y ss.

<sup>74</sup> Ellos fueron tipificados (comparar §§ 111 del CP de la RDA) y también sin ser justificados (el § 27 de la Ley de Frontera, es ignorado), comparado ya en la nota supra 1.

<sup>75</sup> Referente a una ley de esta índole en el sentido del Art. 7 II de la Comisión Europea de los Derechos Humanos (CEDH), 15 II del PIDCyP, por ejemplo: *Dannecker/Stoffers* JZ 1996, 490, 496; *Laskowski* JA 1994, 151, 165; *Dencker* KritV 1990, 299, 306; *Welke* KritJ 1995, 369 y s.; *Ambos* StV 1997, 39, 42; *Kenntner* NJW 1997, 2298, 2300. En este sentido también: *Herrmann* NSTZ 1993, 118, 121 cuando el promueve un rompimiento de la prohibición de retroactividad en «un núcleo de reconocimiento universal de los principios jurídicos».

<sup>76</sup> Así también *Dencker* KritV 1990, 299, 306 y s.; *Günther* StV 1993, 18, 23 y s.; criticando el rompimiento oculto de la prohibición de retroactividad: *Alexy* (1993), pág. 30.

<sup>77</sup> *Amelung* JuS 1993, 637, 640; así mismo *Gropp* NJ 1996, 393, 396; *Laskowski* JA 1994, 151, 163. En contra *Sprenger* NJ 1997, 3, 6.

bién una «indeterminabilidad» que apenas sería compatible con el principio de certeza<sup>78</sup>.

*Gropp*<sup>79</sup> señala que el «problema de la armonización» entre el Art. 103 II de la Constitución Federal (GG) y el derecho a la vida, de todas maneras, no podría solucionarse en tal forma que se le quite a todos los soldados de frontera la garantía del art. 103 II GG; más bien, deberían tenerse en cuenta las circunstancias del caso particular. Sin embargo, los criterios limitantes desarrollados por *Gropp* no traspasan la conocida delimitación entre los hechos normales y los hechos excesivos<sup>80</sup>. Un reconocimiento principal pero quebrantado por numerosas excepciones, de la prohibición de la retroactividad no trae la deseada seguridad jurídica ni tampoco más justicia. De esta manera entonces, se puede seguir la solución del BGH y tomar en consideración puntos de vista individuales en el plano de la culpabilidad. Finalmente una solución armoniosa se enfrenta también, respecto al principio de la certeza, a ataques similares al de la solución del BGH.

### III. La antijuridicidad de la actuación de los autores mediatos

1. Según la jurisprudencia, el comportamiento de los autores mediatos es antijurídico a causa de la inobservancia del § 27 de la Ley de Frontera<sup>81</sup>.
2. En efecto, si se parte con la mayoría de la literatura especializada de que el § 27 de la Ley de Frontera debe observarse en razón al Art 103 II de la Constitución Federal, entonces los autores mediatos deben poder invocar también esas causas de justificación (igualdad ante la ley, Art 3 de la Constitución Federal). Esto parece injusto si uno piensa que ellos son co-responsables por lo general del Régimen de Fronteras y de la situación jurídica relacionada con éste régimen; incluso, posiblemente han sido co-partícipes activos en la creación de la Ley de Frontera. Visto desde esta perspectiva una tal causa justificante corresponde a una así denominada amnistía auto - favorecedora que según los principios del Derecho Público Internacional, no puede ser tenida en cuenta<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> *Jakobs* GA 1994, 1, 12; *Kuhlen/Gramminger* JuS 1993, 32, 37.

<sup>79</sup> *Gropp* NJ 1996, 393, 397; también *Arnold* (1995), pág 305.

<sup>80</sup> *Gropp* NJ 1996, 393, 397; similar *Spendel* RuP 1993, 61, 65 para una ponderación de los bienes.

<sup>81</sup> Comparar en especial BGHSt 40, 218 (=NJW 1994, 2703); BGH, Decisión de 30, 4, 1997, 5 StR 42/97 (rechazo de la casación en el proceso contra los «generales»); tampoco fue aceptada la queja constitucional contra el mismo ( BVerfG, Decisión de 24.07.1997, 2 BvR 1084/97, 1120/97, 1121/97, 1122/97); comparar también la sentencia que todavía no esta en firme del LG Berlín de 30.05.1997 ( Periódico FAZ de 02.06.1997, 1) y la sentencia del Politbüro (*Krenz y otros*) de 25.08.1997 ( Periódico FAZ de 26.8.1997, 1 y s.; 28.08.1997, 5).

<sup>82</sup> Confrontar sobre esto *Ambos* (1997) página 209 y ss.; en castellano (1997), pp. 279 y ss.

Desde el punto de vista estatal interno deben tenerse en cuenta *los fines de protección* de la prohibición de la retroactividad<sup>83</sup>. El concepto de protección de la confianza (en el que se fundamenta la prohibición de la retroactividad<sup>84</sup>) puede jurídicamente pasar a un segundo plano en el caso de los autores mediatos; su confianza para la futura validez de una causa de justificación, posiblemente creada por ellos, no merece protección o menos protección -en razón a su «dominio del saber» y de su influyente posición de poder- que la del autor material, por lo general ignorante (es decir, un simple soldado de frontera)<sup>85</sup>. Acertadamente *Naucke*<sup>86</sup> y *Welke*<sup>87</sup> llaman la atención además sobre el hecho de que el fin de la prohibición de retroactividad consiste también en una limitación del gobernante y en la creación de justicia. Pero si esto es así, la razón de la prohibición de la retroactividad exige - en el sentido de una reducción teleológica - su revocación, por lo menos en el caso de los autores mediatos poderosos y de mala fe. Ya que si se garantizará su no punición con ayuda de la prohibición de retroactividad, esto sería contrario a su fin. La prohibición de la retroactividad no existe para garantizar la perpetuación de la impunidad fáctica o normativa de aquellos, quienes se crearon para sí mismos las condiciones de esta impunidad.

Estas reflexiones no sólo coinciden con las consideraciones de justicia del derecho natural<sup>88</sup> del la jurisprudencia del BGH y con los comentarios de la doctrina que en razón a una ponderación, en el caso particular, quieren excepcionalmente quitarle importancia al Art. 103 II de la Constitución Federal<sup>89</sup>; las reflexiones corresponden también a las relaciones con la prohibición de la retroactividad, practicadas en Nürnberg y Tokio y otros procesos -internacionales- de postguerra, orientadas por consideraciones de justicia<sup>90</sup>.

Una violación contra el Art. 3 de la Constitución Federal ( principio de igualdad) no existiría allí, pues grupos de casos desiguales (acá poderosos autores allí receptores sometidos a órdenes) también deben ser tratados de diferente manera<sup>91</sup>.

<sup>83</sup> Sobre esto especialmente *Schünemann* (1978), pág 223, 235; *del mismo autor* (1993), pág 173, 184 y ss.; *Welke* *KritJ* 1995, 369, 370 y ss.

<sup>84</sup> Sin embargo, contra la mera protección de la confianza y en favor de una concepción objetiva del principio: *Schreiber*, 1976, pp. 213 y ss. (219 y s.).

<sup>85</sup> Los que en este sentido se pueden considerar como víctimas del regimen de frontera (BGH *NJW* 1993, 1932, 1937)

<sup>86</sup> *Naucke* (1996), pág. 55 y ss.

<sup>87</sup> *Welke* *KritJ* 1995, 369, 374 y s., 377, 381.

<sup>88</sup> De otra opinión *Naucke* (1996), pág 53 y ss, 57, quien declara la prohibición de la retroactividad desde el punto de vista también (o justamente por eso) como «incompetente».

<sup>89</sup> Comparar en especial *Gropp* *NJ* 1996, 393, 397 así como supra nota 79 y texto.

<sup>90</sup> Comparar más profundamente *Ambos* *StV* 1997, 39, 40

<sup>91</sup> Comparar *Jarass/Pieroth* (1997), Art. 3 n.m 5.

3. Quien - con buenas razones- considere como inconsecuente una tal limitación de la prohibición de la retroactividad relacionada con el caso, también podría acá expresar las objeciones ya mencionadas arriba<sup>92</sup>. A favor de este planteamiento habla en especial, que para consideraciones individualizantes solamente hay espacio al nivel de la culpabilidad, pero no hay ese espacio en el plano del injusto (objetivo). Desde esta perspectiva también es lógicamente imperativo proporcionar al autor mediato el beneficio del § 27 II de la Ley de Frontera, con todas las consecuencias que están ligadas a esto y que se oponen al sentimiento de justicia.

### Lista de normas citadas\*

Grundgesetz (Constitución de la República Federal Alemana)

Art. 3

- 1 Todas las personas son iguales ante la ley.
- 2 Hombres y mujeres tienen iguales derechos. El Estado fomentará la realización material de la igualdad de derechos entre hombre y mujeres y procurará eliminar las desventajas existentes.
- 3 Nadie puede ser discriminado por razón de sexo, origen, raza, idioma, nacionalidad, creencias, o por sus opiniones religiosas o políticas. Nadie puede ser discriminación por su discapacidad.

Art 103

- 2 Un hecho sólo puede ser castigado cuando la punibilidad este determinada legalmente, antes de que el hecho se cometa.

DDR-Verfassung (Constitución de la República Democrática Alemana)

Art. 51 La cámara del pueblo ratificará los tratados internacionales de la DDR y otros tratados de derecho internacional siempre que por dichos tratados se modifiquen leyes de esta cámara popular. También decidirá sobre la denuncia de dichos tratados.

DDR- Grenzgesetz (Ley de Frontera de la República Democrática Alemana)

§ 27 (2) El empleo de las armas de fuego será lícito para evitar la inminente ejecución o la continuación de un hecho punible que de acuerdo con las circunstancias pueda considerarse como un delito grave (Verbrechen). También es lícita para detener a las personas altamente sospechosas de haber cometido un delito grave.

DDR- StGB (Código Penal de la República Democrática Alemana)

§ 95 Exclusión del estado de necesidad basado en el cumplimiento de una orden. Quien actúe con inobservancia de los derechos humanos y fundamentales; a los deberes que impone el derecho internacional o a la soberanía estatal de la DDR, no puede invocar la ley, orden o instrucción y será considerado penalmente responsable.

<sup>92</sup> Comparar la discusión en supra I. 3. c.).

\* Traducción de Claudia López Díaz. Revisión de Kai Ambos y Jan Woischnik, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional.

- § 111 Atenuación extraordinaria y prescindir de la pena. En los delitos graves mencionados en este capítulo, se puede imponer una pena menor de la mínima prevista legalmente o prescindirse incluso de la pena si el autor del delito se presenta ante los órganos de seguridad y confiesa el delito o su conocimiento sobre las circunstancias del delito.
- § 112 Asesinato.
- (1) Será castigado con pena de prisión no menor a diez años o con prisión perpetua, quien dolosamente mate a una persona.
- (2) La pena de prisión perpetua será especialmente aplicable, cuando el hecho:
1. constituya un delito grave contra la soberanía de la DDR, la paz, la humanidad y los derechos humanos o un crimen de guerra; o cuando sea cometido por hostilidad contra la DDR;
  2. se realice con medios o métodos de peligro común o se lleve a cabo para intimidar o asustar a la población;
  3. se realice de forma alevosa o especialmente brutal;
  4. se realice varias veces o el autor haya sido anteriormente condenado por homicidio doloso;
  5. se haya cometido después de que el autor haya sido anteriormente condenado varias veces por delitos violentos ( como los previstos en los § 116, 117, 121, 122, 126, 216).
- (3) La preparación y la tentativa son punibles.
- § 113 Homicidio.
- (1) Será castigada la muerte de una persona con pena de prisión hasta diez años, cuando:
1. el autor se encuentra, sin culpa propia, en un estado de arrebato u obcecación (Affekt), producido como consecuencia de un maltrato inferido a él o a sus parientes, por la víctima; por una amenaza grave o por una grave ofensa, y con base en ello haya sido impulsado o determinado a realizar el homicidio;
  2. una mujer haya matado a su hijo en el parto o inmediatamente después;
  3. existan especiales circunstancias que atenúen la responsabilidad penal.
- § 213 Paso ilegal de Fronteras.
- (1) Quien atravesase ilegalmente las fronteras de la DDR o infrinja normas de residencia temporal en la DDR o de tránsito a través de la DDR, será castigado con pena de prisión hasta de dos años o con suspensión condicional de la pena, arresto o multa.
- (2) Con la misma pena será castigado quien antijurídicamente, como ciudadano de la DDR, no regrese a la DDR o no lo haga dentro del plazo previsto, o infrinja las normas estatales sobre residencia en el extranjero.
- (3) En casos graves, el autor será castigado, con pena privativa de la libertad de uno a ocho años. Existe un caso grave, cuando :
1. el hecho ponga en peligro la vida o la salud de las personas;
  2. el hecho se haya realizado portando armas o empleando medios o métodos peligrosos;
  3. el hecho se haya realizado con especial intensidad;
  4. el hecho se produzca mediante una falsedad documental ( §240 y § 242),o utilización indebida de documentos o utilizando indebidamente algún medio de ocultamiento;
  5. el hecho se cometa juntamente con otros;
  6. el autor haya sido ya condenado por paso ilegal de fronteras.
- (4) La preparación y la tentativa son punibles.

Strafgesetzbuch (Código Penal de la República Federal Alemana)

§ 7 Otros casos de la aplicación de la ley penal a hechos cometidos en el extranjero.

(1)....

- (2) También será aplicado el derecho penal alemán a otros hechos cometidos en el extranjero cuando el hecho sea punible en el lugar donde se cometió o cuando dicho lugar no este sometido a ningún poder punitivo, y cuando el autor:
1. al tiempo de cometer el hecho era alemán o hubiera adquirido la nacionalidad alemana con posterioridad al hecho; o,
  2. al tiempo de cometer el hecho era extranjero, se encuentra en territorio alemán y no haya sido extraditado, porque no se ha efectuado la solicitud de extradición o porque ha sido negada o porque la extradición no puede realizarse, a pesar de que con la ley de extradición era procedente su extradición conforme a la naturaleza del hecho.

UZwG (Ley sobre aplicación de medidas coercitivas)

§ 11 Utilización de armas de fuego en el servicio de frontera.

- (1) Los funcionarios citados en el § 9 numerales 1, 2, 7 y 8, pueden también utilizar las armas en el servicio de fronteras contra aquellas personas que no se detengan ante ordenes reiteradas o que se resistan a la inspección de su persona o de los medios de transporte u objetos que lleven consigo intentando huir. En caso de que se presuma que la orden verbal no va a ser entendida, ésta podrá ser sustituida por un disparo de advertencia.
- (2) También se entiende como servicio de frontera la realización de misiones federales y locales que se lleven a cabo por las personas mencionadas en el apartado 1 que estén relacionadas con un servicio de frontera.

Polizeigesetz Baden-Württemberg (Ley Policial del Estado Baden-Württemberg)

§ 53 Presupuestos para la utilización de armas de fuego.

- (1) La utilización de las armas de fuego solo es admisible cuando existan los presupuestos generales de la utilización de coerción inmediata y cuando hayan sido empleadas sin éxito una violencia corporal de poca intensidad u otros medios auxiliares de carácter contundente, o el empleo de los mismos no vaya a tener claramente ningún éxito. Sólo podrá dispararse contra personas cuando la finalidad perseguida por la policía no pueda conseguirse igualmente disparando contra objetos.
- (2) No será lícito la utilización de armas de fuego cuando sea muy probable que pueda ponerse también en peligro a personas evidentemente ajenas a la situación. Sin embargo, no será aplicable esta disposición cuando el empleo de las armas de fuego sea el único medio para evitar un peligro actual a la vida.

§ 54 Utilización de armas de fuego contra personas.

- (1) Las armas de fuego solo podrán ser utilizadas contra personas concretas:
1. Para impedir la ejecución inminente o la continuación de un hecho antijurídico, que según las circunstancias pueda considerarse:
    - a. como un delito grave; o,
    - b. como un delito menos grave que se cometa o sea cometido con empleo o portando armas de fuego o sustancias explosivas;
  2. para detener a una persona que intente sustraerse a la detención o a su identificación, siempre que:
    - a. se trate de un hecho antijurídico infraganti que según las circunstancias se pueda considerar como delito grave o como un delito menos grave que se este cometiendo con empleo o portando armas de fuego o sustancias explosivas

b. sea notoriamente sospechoso de un delito grave;  
 c. sea notoriamente sospechoso de un delito menos grave y pueda presumirse que vaya a hacer uso de un arma de fuego o de una sustancia explosiva;

3. Para frustrar la huida o detener de nuevo una persona que se encuentra o se encontraba bajo custodia oficial,

a. para cumplir una pena de prisión por un delito, salvo que sea una pena de arresto;

b. para ejecutar una medida de custodia de seguridad;

c. por sospecha notoria de haber cometido un delito grave;

d. con base en una orden de arresto; o,

e. por sospecha notoria de que hubiera cometido un delito menos grave siempre que sea presumible que va a cometer dicho delito utilizando un arma de fuego o una sustancia explosiva;

4. Contra una persona que con violencia pretenda liberar de la custodia oficial a un preso o a alguien contra quien sea ordenado:

a. custodia de seguridad ( § 66 StGB)

b. internamiento en un hospital psiquiátrico ( § 63 StGB; 126a StPO); o,

c. internamiento en un centro de educación ( § 64 StGB, § 126a StPO)

- (2) Un disparo, que con una probabilidad rayana en la seguridad pueda ser mortal, sólo será admisible, cuando sea el único medio para prevenir un peligro actual a la vida o un peligro actual de una lesión grave a la integridad corporal.
- (3) Las armas de fuego sólo pueden ser utilizadas contra un grupo de personas cuando por ese grupo o desde el mismo se cometan hechos violentos o estén a punto de cometerse y siempre que otro tipo de medidas coactivas contra individuos no sean adecuadas o evidentemente no vayan a tener ningún éxito.
- (4) El derecho a utilizar armas de fuego se mantiene vigente con base a otros preceptos legales.

Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

Art 6

- (1) Toda persona tiene un derecho innato a la vida. Este derecho debe ser legalmente protegido. Nadie debe ser despojado arbitrariamente de su vida.
- (2) En Estados, en los que la pena de muerte no ha sido aún derogada, solo puede sentenciarse a la pena de muerte para delitos graves con base en leyes que hayan estado vigentes al tiempo de la comisión del delito y que no contradigan las disposiciones de éste Pacto y las de la Convención sobre la prevención y el castigo de genocidios. Este castigo solo debe ejecutarse con base en una sentencia firme proferida legalmente por un tribunal competente.
- (3) Si el homicidio corresponde al tipo penal del genocidio, entonces este artículo no faculta a los Estados contratantes a desprenderse de alguna manera de una obligación que ellos según las disposiciones de la Convención sobre la prevención y el castigo del genocidio hayan adquirido.
- (4) Toda persona condenada a muerte tiene el derecho a solicitar indulto o conmutación de la pena. En todos los casos se puede conceder amnistía, el indulto, o la conmutación de la pena de muerte.
- (5) La pena de muerte no puede decretarse para acciones culpables que hayan sido cometidas por menores de 18 años ni ejecutarse en mujeres embarazadas.
- (6) Ninguna disposición de este artículo debe ser invocada para que por un tratado se demore o impida la abolición de la pena de muerte.

## Art 12

- (1) Toda persona que legalmente se encuentre dentro del área de soberanía de un Estado, tiene el derecho a moverse allí libremente y elegir libremente su sitio de vivienda.
- (2) Toda persona tiene libertad de dejar cualquier país incluido el suyo propio
- (3) Los derechos nombrados arriba, sólo pueden ser restringidos, cuando ello éste legalmente previsto y cuando sea necesario para la protección de la seguridad nacional, del orden público, de la salubridad pública, de la moral pública, o de los derechos y libertades de otros y cuando la restricción sea compatible con los demás derechos reconocidos en éste Pacto.
- (4) Nadie debe ser despojado arbitrariamente del derecho de viajar a su propio país.

## Art. 15

- (2) Este artículo no excluye la condena o el castigo de una persona a causa de una acción u omisión que fuera castigable en el momento de su comisión, de acuerdo con los principios generales reconocidos por la comunidad de pueblos.

## Europäische Menschenrechtskonvention (Convención Europea de Derechos Humanos)

## Art 7

- (2) Por medio de este artículo no debe excluirse la condena o el castigo a una persona, que se haya hecho culpable por una acción u omisión que en el momento de su comisión fuera castigable de acuerdo con los principios generales de derecho reconocidos por los pueblos civilizados.



# La prescripción del delito en supuestos de concursos de delitos<sup>1</sup>

Inés Olaizola Nogales  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad Pública de Navarra

## I. Planteamiento del problema

El punto fundamental de atención de este trabajo es una línea jurisprudencial, en virtud de la cual en aquellos supuestos en los que se imputan varias infracciones penales unidas todas ellas por una abrazadera común, concretamente en aquellos casos en los que se declara un concurso medial o ideal de delitos, no prescribirá ninguno de los delitos hasta que no prescriba el delito más grave. Es decir, los delitos más leves que se hubieran cometido cederán su plazo de prescripción en favor del plazo del delito más grave de los que conformen el concurso de que se trate./ Esta doctrina la resume claramente el TS en sentencia de 6-11-1991 (A 7953), cuyo ponente fue D. Enrique Ruiz Vadillo: «Dice el Ministerio Fiscal que, dada la conexidad existente entre el delito de detención ilegal y el de homicidio, cuyo sujeto pasivo fue D. Eufemiano F., incurre la sala de instancia en error 'iuris' al aplicar al primero de los mismos, es decir, al delito de detención ilegal del art. 481.4, los arts. 112 y 113.3 del Código Penal<sup>2</sup> declarando prescrito el delito, dejando de penar el mismo

<sup>1</sup> Abreviaturas utilizadas: A: Repertorio de jurisprudencia Aranzadi; ADP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (citado por año); AP: Actualidad Penal (citado por tomo y por año); AT: Allgemeiner Teil; BIMJ: Boletín de información del Ministerio de Justicia (citado por número y año); CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial (citado por tomo y año); CE: Constitución Española; CP: Código Penal; CPC: Cuadernos de Política Criminal (citado por número y año); EJB: Enciclopedia Jurídica Básica, ed. Civitas, Madrid, 1995; LK: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (se cita la 10ª edición de 1985); LL: Revista Jurídica La Ley (citado por tomo y año); LECrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal; PG: Parte General; RGD: Revista General de Derecho (citado por número y año); SK: Systematischer Kommentar zum Straggesetzbuch, editado por Rudolphi y otros (se cita la 6ª edición de 1992); STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; StGB: Strafgesetzbuch; STS/SSTS: Sentencia (s) del Tribunal Supremo; TC: Tribunal Constitucional; TS: Tribunal Supremo. Las citas son abreviadas según lo subrayado en la bibliografía final./El artículo se encuadra dentro del Proyecto de Investigación PB 94-0355-C03-02 sobre Derecho Penal y actividades peligrosas del que es investigador principal el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo.

<sup>2</sup> La sentencia se refiere, lógicamente, al CP 1944/1973.

al considerar extinguida la responsabilidad penal del procesado, autor del citado delito de detención ilegal./ Cuando se da una conducta humana, como manifestación que se exterioriza a través de un hecho o de varios hechos unidos por la abrazadera común, como es el caso que nos ocupa, con una evidente conexidad, no es posible en el momento de juzgar hacer una especie de disección de un comportamiento continuado y plural pero inspirado en una idea central y declarar, respecto de cada una de las acciones aisladamente consideradas, la prescripción por el transcurso del tiempo establecido en la ley./ El instituto de la prescripción, de aplicación a todas las ramas jurídicas, tiene, sin embargo, en el Derecho penal, una específica significación. La esencial nota que caracteriza a la prescripción en el Derecho penal es que, cuando ha transcurrido el tiempo que marca la ley en cada uno de los supuestos, el Estado decide renunciar al ejercicio del poder punitivo que ostenta, teniendo en cuenta que por esta sola circunstancia la razón de su persecución se debilita o extingue y los fines básicos de la pena resultan ya prácticamente inalcanzables./ *Pero cuando a una persona se le imputan varias infracciones penales gravísimas: asesinato, detención ilegal, atentado, etc. no concurren ya las circunstancias que sirven de presupuesto a la prescripción. La sociedad no ha olvidado el comportamiento ni sus consecuencias, entendiéndolo todo como una unidad. Se trata, en definitiva, de un propósito único que se proyecta penalmente hacia varias direcciones y, por consiguiente, no procede aplicar la prescripción que la sala de instancia utilizó, razonándolo de forma adecuada desde su punto de vista o la idea que presidía su realización./ Procede pues la estimación del motivo. La detención ilegal seguida de homicidio no puede separarse de éste. Hay una conexión natural, íntima, indestructible y por tanto, mientras el delito principal no prescriba, no puede entenderse prescrito el delito que podemos llamar subordinado»<sup>3</sup>.*

Esta misma doctrina ha sido utilizada por el TS para aplicar la prescripción en los supuestos de delito continuado, en los que el plazo de prescripción comenzará a correr desde que se consumó la última de las infracciones que compongan el delito continuado<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> La cursiva es mía. Esta misma doctrina jurisprudencial se refleja en otras sentencias: Así, entre otras, SSTS 6-11-1991 (A 7953); 16-6-1993 (A 5094); 18-5-1995 (A 4498); 22-6-1995 (A 4843); 6-5-1996 (A 3799). En este mismo sentido se ha pronunciado el fiscal del Tribunal Supremo (vid. El País de 7-3-1998), que entiende que en el caso Marey se cometieron tres delitos, dos de los cuales, el delito de malversación y el de pertenencia a banda armada, estarían prescritos por sí mismos, al haber transcurrido más de diez años desde su comisión, pero al haberse cometido un tercer delito, el delito de detenciones ilegales, que prescribe a los 15 años y que, por tanto, es el delito principal, no podrá entenderse que los delitos conexos o subordinados a él hayan prescrito, sino que éstos no prescribirán hasta que prescriba el delito más grave.

<sup>4</sup> Así, por ej., SSTS 30-10-1990 (A 8402); 5-9-1991 (A 6026); 16-1-1997 (A 184).

No obstante, hay también algunas sentencias que resuelven el problema de la prescripción en caso de concurso de delitos teniendo en cuenta el plazo de prescripción de cada uno de los delitos que conforman el concurso<sup>5</sup>. Conforme a esta segunda postura jurisprudencial, en aquellos supuestos en que se han cometido varios delitos es precisa la individualización respecto a cada uno de ellos, siendo imprescindible distinguir la fecha de comisión de cada uno de los delitos como requisito principal de la figura jurídica de la prescripción.

En el presente trabajo trataré de dilucidar cuál de las dos líneas jurisprudenciales es más correcta desde los principios generales del Derecho penal y del Derecho procesal, puesto que se mezclan conceptos de ambas disciplinas. Quiero adelantar que estoy más de acuerdo con la segunda de las posturas expuestas, pero antes de explicar mi posición, estudiaré los diversos elementos en los que el TS fundamenta ambas posturas.

## II. El instituto de la prescripción

### 1. Regulación legal de la prescripción del delito y novedades del CP 1995

#### a) Regulación legal

El CP no define el concepto de prescripción del delito, sino que se limita a regular los plazos necesarios para que se produzca y el modo de computar dichos plazos. No obstante, la prescripción se recoge en el libro I, título VII: «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos», en el capítulo I: «De las causas que extinguen la responsabilidad criminal». Esta ubicación permite una primera aproximación al concepto del instituto de la prescripción como una de las causas que extinguen la responsabilidad criminal. Así se establece en el art. 130 CP: «*La responsabilidad criminal se extingue: (...) / 5. Por la prescripción del delito. / 6. Por la prescripción de la pena*».

Los plazos para la prescripción de los delitos, de las penas y de las medidas de seguridad, así como algunas reglas para su cómputo, se recogen en los arts. 131 a 135 CP. El art. 131 CP establece: «*1. Los delitos prescriben:*

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años. / A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez años y menos de quince. / A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años. / A los cinco los restantes delitos graves.

<sup>5</sup> SSTS 21-11-1981 (A 4427); 14-12-1987 (A 9758); 29-1-1990 (A 521); 23-3-1993 (A 2498); 5-4-1993 (A 3035).

*Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año./ 2. Las faltas prescriben a los seis meses./ 3. Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción./ 4. El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso.»<sup>6</sup>.*

El art. 131 CP utiliza distintos criterios para establecer los plazos de prescripción de los delitos, como ya hacía el art. 113 CP 1944/1973.

Por una parte, atiende singularmente a algunos delitos para fijar el plazo de su prescripción (injurias y calumnias) o para establecer su imprescriptibilidad (genocidio); por otro lado, y cuando se trate de delitos graves, tiene en cuenta la duración de las penas señaladas y, finalmente, establece unas cláusulas generales en función de la naturaleza de la infracción penal, según se trate de los restantes delitos graves (castigados con prisión de cinco años o menos, o inhabilitación de seis años o menos, o con cualquier otra pena grave), de delitos menos graves, o de faltas.

#### b) Novedades del CP 1995

El CP 1995 introduce algunas novedades en materia de prescripción. Una de las más importantes es el establecimiento de la imprescriptibilidad del delito de genocidio (art. 131,4 CP; en el CP 1944/1973 todos los delitos tenían posibilidad de prescribir). Es una modificación un tanto discutible, si se tienen en cuenta que la STC 157/1990, de 18 de octubre, había adelantado que «sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídicopenal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y faltas»<sup>7</sup>.

La segunda novedad introducida por el CP 1995 se refiere a los plazos de prescripción del delito<sup>8</sup>. En términos generales el CP 1995 incrementa los

<sup>6</sup> El art. 132 también hace referencia a la prescripción de delitos y establece: «1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita./2. La prescripción se interrumpirá quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena». Los arts. 133 y 134 CP regulan la prescripción de las penas (plazos y cómputo) y el art. 135 CP establece los plazos y el cómputo de la prescripción de las medidas de seguridad.

<sup>7</sup> En este sentido: GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1996-2, 1314 s.

<sup>8</sup> Si se analizan los plazos de prescripción que establece el § 78 StGB se puede comprobar que la regulación alemana es más dura que la española, puesto que son superiores los plazos que aquélla establece. El § 78 StGB reza: «(1) La prescripción excluye el castigo del hecho y la imposición de medidas./ (2) Los delitos de genocidio (§ 220 a StGB) y de asesinato (§ 211 StGB) no prescriben./ (3) Los plazos de prescripción son: 1. Treinta años para los hechos castigados con prisión perpétua./ 2. Veinte años para los hechos castigados con más de diez años de pena privativa

plazos de prescripción de los delitos con la excepción del nuevo plazo prescriptivo más breve de tres años introducido por el CP para los delitos castigados con penas menos graves (entre otras, las penas de seis meses a tres años de privación de libertad conforme a lo preceptuado en el art. 33,3 CP)<sup>9</sup>. En los demás casos, sin embargo, ha aumentado el plazo de prescripción. Así, los delitos prescriben a los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años. El CP 1944/1973 también establecía el plazo de veinte años como el término más amplio de prescripción del delito, si bien lo refería a los que llevasen la pena de reclusión mayor (de veinte años y un día a treinta años). Los delitos prescriben a los quince, cuando la pena señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años. El CP 1944/1973 también establecía un plazo de prescripción de quince años, pero lo hacía respecto de los delitos castigados con la pena de reclusión menor (de doce años y un día a veinte años). Por tanto el CP amplía el plazo de prescripción de los delitos castigados con una pena mayor de diez años y menor de doce, para los cuales se establecía anteriormente un plazo de prescripción de diez años. En cuanto a la pena de inhabilitación de duración superior a diez años, se alarga el plazo prescriptivo, que pasa a ser de quince años<sup>10</sup>. También se alarga el plazo

---

de libertad./ 3. Diez años para los hechos castigados con pena privativa de libertad de más de cinco años hasta diez años./ 4. Cinco años para los hechos castigados con pena privativa de libertad superior a un año hasta cinco años./ 5. Tres años para los restantes hechos.».

<sup>9</sup> Este nuevo plazo prescriptivo más breve ya ha suscitado algunas críticas desde algunos sectores de la fiscalía. Vid. por ej. El País, de 19 de enero de 1998. El fiscal anticorrupción considera que este nuevo plazo es muy breve y beneficia a los delinquentes económicos, ya que en esta clase de delitos es imposible tener acceso a la noticia criminal en el momento de su realización. Son delitos que tardan mucho en aflorar y la dificultad de investigación es enorme. Varios fiscales, según este periódico, consideran que esta nueva norma conlleva a una «prescripción escandalosa» y hasta cierta «impunidad».

<sup>10</sup> Con el anterior CP se discutía, dado el carácter confuso del art. 113, si los delitos castigados con penas privativas de derecho debían prescribir siempre a los cinco años, por aplicación del art. 113,4: «Los delitos prescriben (...) 4. A los cinco, cuando señalare cualquier otra pena», o a los diez, atendiendo a un criterio cuantitativo, por aplicación del art. 113,3: «Los delitos prescriben (...) 3. A los diez, cuando señalare una pena que exceda de seis años. La mayoría de las SSTS eran partidarias de la aplicación de un plazo de cinco años para todos los delitos castigados con penas privativas de derechos, fuera cual fuera la duración de éstas. Así: SSTS 4-10-1934 (A 1712); 1-6-1946 (A 792); 25-3-1963 (A 1228); 5-10-1963 (A 3954); 28-10-1964 (A 4564); 19-12-1974 (A 5234); 21-4-1994 (A 3147). Los argumentos que esgrimía el TS a favor de esta tesis aludían a que, dado el carácter confuso del art. 113 CP, parecía lógico y equitativo que debiera atenderse al trato diferencial que merecían las penas privativas de libertad en relación a las penas privativas de derechos, y que no pudiera asimilarse su mera duración material, cuando por su contenido afecta-

de prescripción para aquellos delitos cuya pena máxima señalada sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años —plazo de diez años—. El CP 1944/1973 también establecía un plazo de prescripción de diez años, si bien referido a los delitos cuyas penas excedieran de seis años. Respecto a la inhabilitación cabe las mismas consideraciones anteriores<sup>11</sup>. Por último, el art. 131 CP señala un plazo prescriptivo de cinco años para los restantes delitos graves. También el CP 1944/1973 establecía un plazo de cinco años para todos los restantes delitos que tuvieran señalada una pena superior a los seis años. Con este nuevo precepto rige el mismo plazo prescriptivo de cinco años para los delitos castigados con pena de prisión superior a los tres años y no superior a cinco. Se introduce, como ya he apuntado al principio un nuevo plazo reducido de prescripción de tres años para los delitos castigados con penas menos graves, y que supone, como se anticipó y se ha podido comprobar a lo largo de esta exposición, la única reducción de los plazos de prescripción. Sin embargo, esta reducción en el plazo de prescripción de los delitos menos graves es importante, porque debe tenerse en cuenta que muchos (más de la mitad) de los delitos tipificados en el CP 1995) tienen una pena de las consideradas menos graves.

En cuanto al plazo prescriptivo de las faltas, el CP 1995 triplica el antiguo plazo de dos meses, estableciendo un plazo de seis meses<sup>12</sup>.

---

sen a derechos heterogéneos. No obstante, a pesar de ser ésta la postura mayoritaria, también se podían encontrar sentencias contrarias a ella. Así: SSTS 18-2-1954 (A 484); 4-2-1960 (A 265); 7-4-1960 (A 1180); 28-10-1972 (A 4485). En estas sentencias aludía el TS al tenor literal del precepto e indicaba que, a partir de una determinada gravedad como suponían las penas de reclusión mayor y reclusión menor, en las demás el CP adoptaba un puro criterio cuantitativo. El CP 1995 termina con la polémica al establecer expresamente los plazos de prescripción de las penas de inhabilitación. Así lo pone de manifiesto la STS 30-12-1996 (A 9821). Quizá ésta solución adoptada puede parecer la más correcta desde un punto de vista técnico; sin embargo, podría defenderse a favor de la otra postura que los delitos que atenta contra los bienes jurídicos más importantes llevan siempre aparejada una pena privativa de libertad, lo que implica que los delitos con penas de inhabilitación son delitos menos graves.

<sup>11</sup> Se puede observar que, mientras el apartado anterior se refiere a la prisión y a la inhabilitación «por más de diez años», en el siguiente apartado el art. 131 se refiere a «menos de diez», es decir, el CP se olvida de la prisión y de la inhabilitación de diez años, por lo que en aplicación del principio in dubio pro libertate, para la inhabilitación y la prisión de diez años resultará aplicable el plazo prescriptivo de diez años. En este sentido, aunque alude al principio de in dubio pro reo, GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1996-2, 1316; GUINARTE CABADA, Comentarios I, 1996, 680.

<sup>12</sup> Este aumento de plazo es explicado por GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1996-2, 1316, como una forma de igualar dicho plazo prescriptivo de las faltas al plazo establecido para las infracciones administrativas leves previsto en el art. 132 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Una última novedad que quiero destacar es la establecida en el art. 132 CP. La primera parte del apartado primero de este artículo, aunque con distinta redacción, recoge el contenido del mismo párrafo del art. 114 CP 1944/1973, pero introduce el inciso final donde establece expresamente las reglas de cómputo en los supuestos de delito continuado y delito permanente. Esta novedad será importante cuando se trate de ver la diferencia entre la prescripción del delito continuado y la prescripción en los supuestos del concurso de delitos<sup>13</sup>.

## 2. Fundamento y naturaleza de la prescripción del delito

### a) Fundamento

Como ya se ha dicho más arriba, el instituto de la prescripción no viene definido en el CP, que tampoco indica cuál es su naturaleza ni su razón de ser. Esta falta de definición legal ha originado un gran número de intentos doctrinales de ofrecer una fundamentación adecuada del instituto de la prescripción adecuada a las exigencias positivas. En todas las opiniones se pone de manifiesto una nota común: el transcurso del tiempo como raíz de la prescripción.

Aunque desde algunos sectores doctrinales se negaba el fundamento real de la prescripción, considerando que se trataba de un premio a la habilidad y a la astucia<sup>14</sup>, lo cierto es que el instituto de la prescripción se encuentra en nuestra regulación desde el CP de 1870 con una estructura bastante parecida a la actual, aunque con matices<sup>15</sup>, y ello hacía que fuera necesario fundamentar esta figura.

Distingue la doctrina un fundamento material y un fundamento procesal de la prescripción, considerando que ambos fundamentos no son incompatibles, sino complementarios<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> En cuanto a las novedades del CP 1995 referidas a la prescripción de la pena, vid. GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1996-2, 1319 s.

<sup>14</sup> Vid. estas teorías en, MORILLAS CUEVA, La prescripción, 1980, 18 ss.

<sup>15</sup> El CP 1870 incluía, entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal, la prescripción del delito (art. 133) y de las penas (art. 134). Es importante matizar algunos puntos. El art. 133,7º establecía: «El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito; y si entonces no fuera conocido, desde que se descubra y se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo». Esta redacción hacía entender a los comentaristas de la época (VIADA Y VILASECA, CP I, 4ª, 1890; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, CP II, 2ª, 1903, 686) que, aunque el CP aludía a la prescripción del delito, lo que realmente recogía era la de la acción para perseguirlo, pues o el delito era conocido en el momento de su comisión, sobreentendiéndose que entonces debía ser perseguido, o no era conocido, en cuyo caso sólo comenzaba a correr el plazo de la prescripción cuando, siéndolo, se iniciaba la persecución.

<sup>16</sup> Así, por ej., DEL TORO MARZAL, Comentarios II, 1972, 668; MORILLAS CUEVA, La prescripción, 1980, 27 ss; RODRÍGUEZ RAMOS, LL 1988-2, 904 s; MANZANARES

Como fundamento procesal alude la doctrina a las dificultades de prueba que conlleva el transcurso del tiempo<sup>17</sup>.

Dentro del fundamento material se ha aludido al principio de seguridad jurídica consagrado expresamente en el art. 9,3 CE. El propio TC afirma que «en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento del sistema»<sup>18</sup>. Se afirma también la ausencia de la necesidad de pena, porque el transcurso del tiempo conlleva un debilitamiento de la alarma y de la intranquilidad producidas por el delito, por lo que la pena no se justificaría desde el punto de vista de la prevención general<sup>19</sup> y, tampoco, desde el punto de vista de la reinserción o de la prevención especial, sobre todo, en aquellos supuestos en los que se comprueba que durante ese periodo el sujeto no ha vuelto a delinquir<sup>20</sup>.

Estoy de acuerdo con el doble fundamento de la prescripción. Por un lado el fundamento procesal, puesto que el transcurso del tiempo dificulta el

---

SAMANIEGO AP-1, 1988; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3ª, 1990, 748; GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1993-1, 920; CLIMENT DURÁN, RGD 598/599, 1994, 7801; PASTOR ALCOY, La prescripción, 1995, 23; LUZÓN CUESTA, EJB II, 1995, 3019; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, PG, 18ª, 1995, 640; MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 774; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 585; MUÑOZ CONDE, en, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 2ª, 1996, 363; GUINARTE CABADA, Comentarios I, 1996, 678. Esta doble fundamentación material y procesal ha sido defendida también por la mayoría de la doctrina alemana. Así, por ej. JÄHNKE, LK, 10ª, vor § 78, 1985, 7 ss.; JESCHECK, AT, 4ª, 1988, 812 ss.; RUDOLPHI, SK, 6ª, vor § 78, 1992, nm. 8 ss.; LACKNER, StGB, 21ª, § 78, 1995, nm. 1 ss.; DREHER/TRÖNDLE, StGB, 47ª, vor § 78, 1995, nm. 4; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, Strafgesetzbuch, 25ª, vor § 78, 1997, 3.

<sup>17</sup> Por todos, MORILLAS CUEVA, La prescripción, 1980, 27. También en Alemania, por todos, RUDOLPHI, SK, 6ª, vor § 78, 1992, nm.9.

<sup>18</sup> SSTC 7/1983, 58/1984 y 147/1986; En este sentido, haciendo especial énfasis en el principio de seguridad jurídica, RODRÍGUEZ RAMOS, LL 1988-2, 904 s; GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1993-1, 921; CLIMENT DURÁN, RGD 598/599, 1994, 7801.

<sup>19</sup> Entiendo, como LUZÓN PEÑA, Estudios Penales, 1991, 263; PG I, 1996, 78 ss., que el fin fundamental de la pena debe ser el de prevención general, entendida ésta fundamentalmente, aunque no sólo, como intimidación general (la llamada prevención general «negativa»).

<sup>20</sup> Por todos, MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 774. En Alemania, por todos, JESCHECK, AT, 4ª, 1988, 812. Un sector doctrinal ( DEL TORO MARZAL, Comentarios II, 1972, 669; PATOR ALCOY, La prescripción, 1995, 23; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 585) partiendo de esta postura van más lejos en sus afirmaciones al entender que el transcurso del tiempo implica la invalidación de la valoración penal de aquellas acciones y omisiones que, hallándose penadas por la ley, comparecen en la realidad social y jurídica. Para estos autores, el paso del tiempo implica la inoportunidad de practicar un juicio de valoración sobre una conducta. Se trataría de un transcurso deplorable que empobrecería el significado antijurídico de las acciones y omisiones jurídicas, impidiendo establecer de modo adecuado el juicio de reproche y dificultando la realidad de la sanción.



juicio de un hecho y de su autor, ya que pueden perder valor determinadas pruebas (piénsese por ej., en las pruebas testificales en las que, cuanto más tiempo haya transcurrido, más difícil será para el testigo recordar los detalles).

Por otro lado estoy de acuerdo con el fundamento material que defienden la mayoría de los autores. No creo que se trate sólo de razones de seguridad jurídica, aunque también, sino sobre todo en que el transcurso del tiempo puede excluir los fines de prevención general y de prevención especial que justifican la imposición de una pena. En este sentido se puede afirmar que se atenúan, si no se eliminan, los efectos antijurídicos del hecho tales como la alarma social, la intranquilidad social, etc.

b. Naturaleza

En la actualidad la doctrina y jurisprudencia mayoritarias reconocen la naturaleza sustantiva de la prescripción.

Desde un punto de vista histórico podía considerarse correcto concebir la prescripción como un instituto de naturaleza procesal equivalente a la invalidación de la acción persecutoria. Como ya se ha visto más arriba, el CP 1870, en su art. 132,6 encubría realmente la prescripción de la acción persecutoria. El CP 1932, al suprimir, en su art. 117 la exigencia del art. 133 CP 1870 respecto del cómputo a partir del descubrimiento del delito, abre el camino para la comprensión sustantiva de la prescripción<sup>21</sup>.

Desde el CP 1932 (art.117), en el que se establece que el cómputo de la prescripción empezará «desde el día en que se hubiese cometido el delito», la doctrina y la jurisprudencia comienzan a reconocer que el instituto de la prescripción pertenece al Derecho material penal y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria, puesto que, en primer lugar, si el plazo comienza a correr desde la comisión del delito y el hecho no trasciende, bien respecto de su producción, bien respecto de su significado antijurídico, es claro que se iniciará la prescripción aunque la acción persecutoria no pueda ser ejercida. En segundo lugar, la naturaleza sustantiva de la prescripción también viene avalada (aunque el argumento es más formal y de apoyo que de fondo y central) por su regulación en el ámbito del CP y no en la LECrim. Por último, y en tercer lugar, es difícil negar la naturaleza material y no procesal de la prescripción de la pena, puesto que se produce con posterioridad al proceso; por ello, sería absurdo que el transcurso del tiempo no pudiera extinguir nunca materialmente la responsabilidad penal si tuviera lugar antes de la condena y sí, en cambio, una vez impuesta la pena. Parece más lógico un planteamiento unitario, sin perjuicio de admitir matices diferenciales de ambas clases de prescripción<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> DEL TORO MARZAL, Comentarios II, 1972, 673 s.; MORILLAS CUEVA, La prescripción, 1980, 36 s.

<sup>22</sup> DEL TORO MARZAL, Comentarios II, 1972, 676 ss.; MORILLAS CUEVA, La prescripción, 1980, 35 ss.; MÉNDEZ PÉREZ, RGD 1986, 616 ss.; MANZANARES SAMANIEGO,

Esta doctrina es aceptada por la jurisprudencia a partir de la sentencia de 30 de noviembre de 1963 (A 4790), en la que el TS repudió toda analogía entre la prescripción civil y la prescripción del delito, así como negó que ésta tuviera naturaleza procesal. Esto trajo como consecuencia el que la prescripción del delito pudiera aceptarse en cualquier estado del procedimiento en que se manifestara con claridad e incluso cuando el alegato no se ajustara a los estrictos cauces y exigencias procesales, ya que dichas exigencias debían ceder ante la necesidad de evitar condenar por un delito a una persona cuya responsabilidad penal quedó extinguida por voluntad categórica y terminante de la ley<sup>23</sup>.

Como consecuencias fundamentales de la consideración sustantiva de la prescripción del delito se pueden destacar dos: en primer lugar, si la prescripción extingue la responsabilidad penal, ha de absolverse al reo, aunque dicha prescripción no se hubiere alegado como artículo de previo pronunciamiento antes del juicio oral. Es decir, se podrá alegar en cualquier momento del procedimiento. En segundo lugar, las modificaciones legislativas de los plazos o las condiciones de la prescripción serán irretroactivas si perjudican al reo y retroactivas si le son favorables<sup>24</sup>.

### III. Aplicación de la prescripción a supuestos de concursos de delitos

#### 1. Doctrina jurisprudencial a favor de la aplicación de un único plazo prescriptivo

Como ya se ha expuesto al principio de este trabajo, existe una línea jurisprudencial<sup>25</sup> partidaria de aplicar en aquellos supuestos en los que se verifica un concurso ideal o un concurso medial de delitos como plazo prescriptivo aquél que corresponda al delito más grave, de forma que, si ha

---

AP 1988-1, 169; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3<sup>a</sup>, 1991, 748; GÓMEZ DE LA ESCALERA, LL 1993-I, 920; PASTOR ALCOY, La prescripción, 1995, 31 ss.; AYO FERNÁNDEZ, LL 1995-1, 926; LUZÓN CUESTA, EJB II, 1995, 3019; MIR PUIG, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 774 s.; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 585;

<sup>23</sup> Esta jurisprudencia se impuso definitivamente en fallos posteriores. Así, entre otras, SSTS 24-2-1964 (A 871); 1-2-1968 (A 721); 315-1976 (2492); 11-6-1976 (A 3033); 28-1-1982 (A 168); 27-6-1986 (A 3208); 5-1-1988 (A 233); 22-6-1988 (A 5378); 28-6-1988 (A 5378); 10-2-1989 (A 1539); 16-11-1989 (A 8658); 2-12-1989 (A 9378); 6-4-1990 (A 3193); 31-10-1990 (A 8415); 3-12-1990 (A 9391); 7-2-1991 (A 900); 18-3-1992 (A 2368); 12-3-1993 (A 2379); 4-6-1993 (A 4805); 10-7-1993 (A 6304); 10-11-1993 (A 8385); 21-4-1994 (A 3147); 26-4-1996 (A 3060); 26-11-1996 (A 8542); 9-5-1997 (A 4502); 30-5-1997 (A 3638).

<sup>24</sup> MIR PUIG, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 774.

<sup>25</sup> Así, entre otras, SSTS 21-11-1981 (A 4427); 6-11-1991 (A 7953); 16-6-1993 (A 5094); 18-5-1995 (A 4498); 22-6-1995 (A 4843); 6-5-1996 (A 3799).

transcurrido el plazo para uno de los delitos que conforman el concurso, éste no se aplicará, por no haber transcurrido el plazo prescriptivo del delito más grave. Para ello utiliza una serie de argumentos que podemos sintetizar en los siguientes:

- Cuando se da un hecho o varios hechos unidos por una abrazadera común existe una conexión natural, íntima e indestructible que lleva a que mientras el delito principal no prescriba no pueda prescribir el delito subordinado. El TS se remite al art. 17 LECrim., de cuyo contenido me ocuparé enseguida.
- Si la prescripción se fundamenta en la renuncia del Estado a penar por resultar los fines de la pena inalcanzables, no se puede decir que cuando a una persona se le imputan varias infracciones la sociedad haya olvidado parte de ese comportamiento y sus consecuencias, pues se debe entender dicho comportamiento como una unidad. Se trata de un propósito único que no se puede diseccionar.

Empezaré por el primer argumento, siendo para ello necesario el estudio del concepto de conexidad al que se refiere el TS.

a) Concepto de conexidad

El CP no define este concepto. El art. 17 LECrim. establece: «Considéranse delitos conexos: 1) Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos jueces o tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. 2) Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3) Los cometidos como medio para perpetrar otro o para facilitar su ejecución. 4) Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5) Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos si tuvieran analogía o relación entre sí a juicio del tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados».

b) Naturaleza y efectos del art. 17 LECrim

Antes de analizar este precepto, es conveniente establecer su naturaleza. Se ha dudado por parte de De la Oliva de la naturaleza procesal de este precepto, dado que en el mismo se describe la relación entre delitos, y por tanto, pudiera parecer más bien propio del Derecho penal sustantivo y no del ordenamiento procesal<sup>26</sup>. Se debe tener en cuenta que el factor determinante de la naturaleza de una norma es el ámbito en el cual despliega sus efectos jurídicos, sin que importe el cuerpo legal que la contenga<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Penal, 1993, 221.

<sup>27</sup> Vid., por todos, DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Penal, 1993, 221.

El efecto más importante del art. 17 LECrim. es el que se deriva del art. 300 del mismo texto legal<sup>28</sup>. Conforme a este precepto, la conexidad produce un efecto procesal: el que todos los delitos conexos hayan de tramitarse en un solo proceso<sup>29</sup>. Si por alguna razón, varios delitos conexos fueran objeto de procedimientos distintos, y consiguientemente de sentencias diferentes, entonces, mediante el trámite del art. 988 LECrim., al que luego me referiré, ha de dictarse un auto que relacione todas las condenas. Por tanto, el efecto primero e indiscutido que se deriva del art. 17 LECrim. es el del enjuiciamiento unitario de los delitos conexos, es decir, un efecto procesal. En consecuencia, se puede afirmar que el art. 17 LECrim., aunque estuviese situado en el CP, sería siempre una norma procesal, puesto que el enjuiciamiento conjunto de los hechos punibles conexos es un efecto procesal.

Sin embargo, aun reconociendo lo anterior, De la Oliva afirma que alguno de los nexos recogidos en el art. 17 LECrim., concretamente los recogidos en los números 3º, 4º y 5º, sirven para la aplicación de diversas reglas de penalidad: la regla segunda del art. 70 y la del art. 71, ambos del CP<sup>30</sup>. Lo que, según este autor, sucede con el art. 17 LECrim. es que contiene un precepto que no constituye, por sí solo, una norma jurídica completa, sino que es un precepto que simplemente fija unos supuestos de hecho de los que, en diversos ámbitos, se deducen consecuencias jurídicas. Así, todos los nexos entre distintos hechos descritos en el art. 17 LECrim. son susceptibles de producir efectos procesales, mientras que sólo algunos acarrear consecuencias en el plano de la penalidad<sup>31</sup>.

No estoy de acuerdo con De la Oliva en que el art. 17 LECrim. conlleve efectos penales, sino que se trata primordialmente de una norma procesal. Por ejemplo, si estamos ante dos delitos que se encuentran en una relación de medio a fin (concurso medial de delitos), dicho supuesto ya viene recogido en el propio art. 77 del CP, así como también viene especificada la pena que corresponde a dicho concurso, sin que en ningún caso sea necesario que el juez o tribunal se remita al art. 17 LECrim, más que para establecer el enjuiciamiento conjunto de los hechos o sea, que decir que los arts. 70 y 71 CP 1944/1973 están emparentados con el art. 17 LECrim. es una petición de principio o una conclusión muy forzada. Más

<sup>28</sup> Art. 300 LECrim.: «Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán sin embargo en un solo proceso».

<sup>29</sup> El enjuiciamiento conjunto tiene como principal fundamento la no división de la causa. Se busca la rapidez y simplificación de las actuaciones y la economía procesal. Igualmente se trata de evitar decisiones contradictorias que se podrían dar en caso de juzgarse por separado los distintos delitos conexos. Vid. este fundamento y críticas al mismo en, DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Penal, 1993, 224 ss.

<sup>30</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Penal, 1993, 221. (El autor se refiere, evidentemente, al CP 1944/1973; los arts. se corresponden con los arts. 76,2º y 77 del vigente CP 1995.

<sup>31</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Penal, 1993, 222.

discutible sería la influencia de este precepto en aquellos casos de concurso real, puesto que, para la aplicación de las limitaciones a la acumulación material de las penas, es preciso que los «hechos por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo (scil. proceso)» (art. 76,2 CP equivalente al art. 70,2 CP 1944/1973). No obstante, estoy de acuerdo con MIR, cuando afirma que el concepto de concurso real no puede depender de que sean aplicables las limitaciones del art. 76 CP por haber sido juzgado los distintos delitos en un mismo proceso o por haberlo podido ser por su conexión. Existen muchos casos de concurso real a los que no resultan aplicables los límites del art. 76 CP, sino que deben tratarse con arreglo al principio de acumulación material. Los requisitos del nº 2 del art. 76 CP son procesales y sólo afectan al tratamiento del concurso real, no a la presencia de éste<sup>32</sup>. Como más abajo se verá, la conexidad del art. 17 LECrim. es tratada por la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina como un requisito procesal del que a veces se prescinde, aplicándose las limitaciones del art. 76,2, por entenderse que en caso de contradicción entre una norma procesal y una norma penal debe prevalecer la norma penal.

c) Supuestos del art. 17 LECrim

La relación entre hechos punibles puede ser, con arreglo al repetido art. 17 LECrim., la siguiente<sup>33</sup>:

1) Se exige una pluralidad de delitos cometidos en el mismo lugar y tiempo por varias personas que forman un grupo, pero sin previa solidaridad de propósito entre ellas. Seguirían siendo delitos conexos incluso cuando las distintas personas reunidas no estuvieran sujetas a diversos jueces, por lo que parece que sobra el inciso final del nº 1º del art. 17 («...siempre que éstas vengan sujetas a diversos jueces o tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito»).

2) En el art. 17,2º LECrim. no se exige unidad de lugar ni de tiempo ni ninguna otra relación entre los diversos hechos punibles más allá de la constituida por una inicial asociación o acuerdo para delinquir. Lo que, desde mi punto de vista, se intenta con esta causa de conexión es una más fácil represión jurídica de la codelinuencia.

3) De medio a fin respecto de otros hechos delictivos: medio para la comisión (también para facilitarla) y medio para conseguir la impunidad de otros delitos (números 3º y 4º, respectivamente, del art. 17 LECrim.). No se exige aquí pluralidad de sujetos.

4) En el número 5º la conexión se establece por la unidad del sujeto activo y la analogía o relación entre los hechos, siempre que no hubiese recaído sentencia sobre ellos. Cabe señalar que *analogía* y *relación* no son dos

<sup>32</sup> MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 667.

<sup>33</sup> Para una visión más amplia de este precepto, DE LA OLIVA SANTOS, La conexión, 1972, 346 ss.

conceptos iguales. Por *analogía* hay que entender la semejanza o similitud de los delitos entre sí por su peculiar naturaleza, bien jurídico lesionado, modo de actuar del agente, etc. En cambio, hay *relación* delictual cuando se está en presencia de «una abrazadera o encadenamiento objetivo entre todos los hechos constitutivos de las diversas infracciones penales, que deben tener a su vez un eje común intencional y finalístico»<sup>34</sup>.

d) Conexidad en los supuestos de concurso real (no medial) de delitos: art. 76,2 CP

Se habla de concurso real cuando concurren varios hechos que dan lugar a varios delitos<sup>35</sup>.

Existen distintos tratamientos posibles del concurso real:

- Acumulación material de todas las penas. Sería, posiblemente, la solución más coherente desde una perspectiva retribucionista; sin embargo es un sistema criticado por la doctrina por la excesiva dureza a la que podría llegar el castigo<sup>36</sup>.

- Absorción de la pena menor por parte de la más grave. Es el criterio opuesto al anterior y lleva consigo la impunidad de los delitos menos graves<sup>37</sup>.

- Acumulación jurídica. Supone una vía intermedia entre las dos anteriores y supone una pena más grave que la correspondiente al delito de más gravedad pero no tanto como la que resultaría de sumar todas las penas. El CP parte de la acumulación material (art. 73), pero la limita, en cuanto al cumplimiento efectivo, por medio del principio de acumulación jurídica (art. 76)<sup>38</sup>. Se fijan dos límites generales a la acumulación material, límites que

<sup>34</sup> Vid. por todos, DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Penal, 1993, 223.

<sup>35</sup> Vid. por todos, MIR PUIG, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 653: «En el CP no se define el concurso de delitos, pero de la propia regulación del mismo en los arts. 73 ss. CP se deduce que el concurso de delitos supone pluralidad efectiva de infracciones penales./ Es importante diferenciar aquellos supuestos en que, a pesar de la apariencia contraria, lo que se produce es una unidad delictiva. Ello puede deberse a la presencia de una síntesis en el propio tipo penal de varias conductas punibles que vienen así a ser unificadas por el legislador, como sucede en los delitos complejos y compuestos, en el delito permanente, en los delitos de varios actos, tipos mixtos alternativos, etc. Puede tratarse también de un aparente concurso de leyes, en el cual bastará la aplicación de uno de los tipos penales para colmar todo el desvalor del hecho. Un tercer grupo de unidad delictiva o infracción singular se caracteriza por la sucesiva realización del mismo tipo penal básico, por ej. las sucesivas puñaladas lesivas».

<sup>36</sup> Vid. por todos, SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 234 s.

<sup>37</sup> Vid. por todos, MIR PUIG, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 666.

<sup>38</sup> Art. 73 CP: «Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas»./ Art. 76 CP: «1. El máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubrieran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años./ Excepcionalmente, este límite máximo será: a) De veinticinco años, cuando el sujeto haya sido conde-

dan paso a la acumulación jurídica: el triple de la pena más grave y, en todo caso, el tiempo de veinte años, aunque excepcionalmente este límite absoluto pueda superarse. Estos límites se aplicarán aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, *por su conexión*, pudieran haberse enjuiciado en uno solo. La conexidad entre los delitos es uno de los argumentos esgrimidos por el TS para apreciar el plazo prescriptivo del delito más grave, y no el plazo prescriptivo de cada delito. Por ello, puede resultar interesante estudiar dicho concepto de delitos conexos.

Hasta 1967 no se establecía nada en el CP para los supuestos en que las penas hubieran sido impuestas en procedimientos diferentes. Hasta ese momento la regla 2ª del art. 70 imponía la limitación del triple de tiempo de la pena más grave, siempre que no excediera de 30 años, y en la práctica únicamente se aplicaba cuando se trataba de penas impuestas en el mismo procedimiento. Así, de tal circunstancia, que en muchas ocasiones era puramente casual, se hacía depender el que pudieran o no aplicarse las limitaciones del art. 70, 2º CP<sup>39</sup>.

La Ley 3/1967, de 8 de abril, intentó poner remedio a esta situación, pero originó nuevos problemas. En el Preámbulo de dicha ley se establecía lo siguiente: «Es conocida la aplicación restrictiva que viene haciéndose de la limitación que, en cuanto al cumplimiento de las penas, establece la regla segunda del art. 70 CP, por cuando se reduce a los casos en los que las múltiples infracciones que se incriminan a un mismo agente se hallan relacionadas entre sí por una cierta conexión y se tramitan conjuntamente en el mismo proceso, conforme a los requisitos establecidos en los arts. 17 y 300 LECrim. De este modo lo que, en definitiva, es un beneficio para el reo, depende muchas veces del azar determinado por el enjuiciamiento o no en un solo proceso y conduce frecuentemente a conclusiones injustas. A esta interpretación restrictiva del precepto han contribuido factores diversos, entre ellos, quizá el más importante, que la LECrim. no prevea el procedimiento a seguir para la aplicación del beneficio cuando las múltiples infracciones cometidas se conozcan en procesos independientes. Para evitar tal problema se hace necesario, en primer término, regular tal procedimiento en la Ley procesal, cuya competencia se atribuye al Tribunal que hubiera dictado la última sentencia contra el reo. En segundo lugar, es conveniente también proclamar expresamente en el Código penal, para

---

nado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta veinte años. b) De treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años./2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo». Estos arts. se corresponden con los arts. 69 y 70 CP 1944/1973).

<sup>39</sup> Vid., por ej., SSTS 4-7-1952 (A 1434); 31-1-1964 (A 532).

desvanecer toda duda, el carácter general que en cuanto a su ámbito de aplicación tiene la regla segunda del art. 70, respetando los límites que imponen el juego de la reiteración y reincidencia y evidentes razones de política criminal».

Esta Ley trajo consigo tres reformas fundamentales. En primer lugar, añadió a la regla segunda del art 70 el párrafo siguiente: «La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo». En segundo lugar, la LECrim. añadió el número 5º del art. 17, ampliándose el presupuesto de conexidad a supuestos de conexidad por *analogía* o *relación* entre los delitos. En tercer lugar, creó un procedimiento especial, el del párrafo tercero del art. 988 LECrim., dirigido a la aplicación en vía ejecutiva de la regla segunda del art. 70 CP. Según dicho párrafo, «cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el art. 17 de esta ley, el juez o tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla segunda del art. 70 CP (...)».

Se vincula así la aplicación de los límites a la acumulación de penas para los supuestos de concurso real a una exigencia procesal totalmente extraña a las razones jurídico-materiales que están en la base de tales límites, cual es la necesidad de «conexidad» en sentido procesal entre los delitos concurrentes. Por ello, con la intención de la reforma de 1967 de ampliar el marco dentro del cual jurisprudencia y doctrina permitían que operara la regla segunda del art. 70, se introdujo una exigencia absolutamente anómala que venía a provocar la confusión de dos supuestos diversos como son el concurso real de delitos (problema jurídico-material) y la conexión procesal entre los mismos (cuestión puramente adjetiva)<sup>40</sup>.

La doctrina mayoritaria del TS ha reiterado que el requisito de la conexión procesal debe ser interpretado de la forma más amplia posible, siempre en beneficio del reo, de acuerdo con las razones humanitarias que inspiraron la modificación legal de 1967<sup>41</sup>. Incluso el TS ha prescindido de dicho requisito de conexidad por una triple vía:

En algunas ocasiones considera que el requisito de conexidad procesal es un requisito extraño al problema sustantivo, en el que deben prevalecer las normas concursales penales sobre las normas procesales. Consi-

<sup>40</sup> CÓRDOBA RODA, Comentarios II, 1972, 346 ss.; DE LA OLIVA SANTOS, La conexión, 1972, 185; VIVES ANTÓN, Teoría del concurso, 1981, 30 s.; POLAINO NAVARRETE, CPC 13, 1981, 87; SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 231 COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3ª, 1991, 598; CUERDA RIEZU, Concurso, 1992, 64; CALDERÓN CE-REZO, CDJ 1995-II, 176 s.; MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 667.; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 574.

<sup>41</sup> Vid un estudio jurisprudencial en, DELGADO GARCÍA, LL 1995-4, 1182 ss.



dera dicho requisito procesal contrario al *telos* del precepto penal, claramente inspirado en el humanismo penal<sup>42</sup>.

Otro grupo de sentencias hablan de la analogía en favor del reo como criterio que permite la aplicación, a los casos en los que no hay conexión procesal de la norma prevista para aquellos en que esta conexión sí existe. Así, lejos de considerarse que, al regularse expresamente los casos de conexidad, habrían de entenderse excluidos aquellos en los que la conexidad no existe, aprecia el principio opuesto, el de la analogía, porque las razones que justifican la regla de las limitaciones de pena para los casos en que la conexión existe son igualmente aplicables a aquellos otros en los que tal conexión falta. El beneficio al reo para evitar la exasperación de la penalidad es totalmente ajeno al mencionado requisito de la conexión procesal<sup>43</sup>.

Como tercera vía, alega el TS los arts. 15 y 25 CE, entendiendo que una excesiva duración de las penas privativas de libertad puede dificultar e, incluso, imposibilitar la reeducación y reinserción social del reo, a través de penas que, en tal sentido, pueden considerarse inhumanas y degradantes y, por lo mismo, contrarias a la dignidad de la persona (art. 10 CE)<sup>44</sup>. Puede afirmarse que la doctrina mayoritaria del TS ha negado la aplicación de las limitaciones del art. 76 CP únicamente en aquellos supuestos en los que una de las penas corresponda a un delito cometido con posterioridad a una sentencia firme, y esto «porque de otro modo podría crearse en el reo un sentimiento de impunidad singularmente peligroso y contrario a la finalidad de prevención especial que la sanción penal debe abarcar. Así por ejemplo un condenado a treinta años de privación de libertad podría cometer cualquier delito, por mas grave que fuera, a sabiendas de que ya no se le podría aumentar la pena a la que ya estaba condenado»<sup>45</sup>.

Sin embargo, y a pesar de ser la doctrina anterior mayoritaria en las sentencias del TS, la inclusión en el CP de la exigencia de conexidad entre los delitos ha llevado a que haya otras sentencias en las que se niegue la aplicación del art. 76 (art. 70 CP 1944/1973) por no ser conexos los delitos conforme a ninguno de los números del art. 17 LECrim. Así, por ejemplo

<sup>42</sup> Así, entre las más recientes, SSTS 29-9-1992 (A 7393); 14-4-1994 (A 6000); 27-4-1994 (A 4400); 23-5-1994 (A 6274); 21-3-1995 (A 2251); 27-12-1995 (A 9554); 28-10-1996 (A 7425).

<sup>43</sup> Así, por ej., SSTS 30-5-1992 (A 5034); 8-3-1994 (A 1825); 3-5-1994 (A 3639); 17-10-1995 (A 7555); 15-11-1995 (A 8030).

<sup>44</sup> Así en las SSTS 7-7-1993 (A 5942); 20-10-1994 (A 8350); 4-11-1994 (A 9002); 27-1-1995 (A 263); 20-7-1995 (A 5611); 8-11-1995 (A 9375); 28-10-1996 (A 7425); 11-1-1997 (A 52); 18-2-1997 (A 1184); 24-4-1997 (A 4496); 31-5-1997 (A 4298).

<sup>45</sup> En este sentido, SSTS 16-12-1987 (A 9781); 29-9-1992 (A 7393); 18-11-1993 (A 8673); 1-4-1995 (A 2800); 19-7-1995 (A 5609); 5-7-1995 (A 5774); 2-10-1995 (A 7374); 3-11-1995 (A 8728); 29-11-1995 (A 8327); 9-2-1996 (A 785); 15-7-1996 (A 5612); 30-12-1996 (A 9787); 4-3-1997 (A 1827); 18-4-1997 (A 3026); 22-4-1997 (A 3038); 25-4-1997 (A 3211); 31-5-1997 (A 4298); 6-6-1997 (A 4586).

se niega la conexión en algún caso ( y en consecuencia los límites del art. 76 CP) en el que los bienes jurídicos protegidos en los diversos delitos cometidos no guardan ninguna relación entre sí, o cuando haya sido distinto el *modus operandi* empleado<sup>46</sup>.

Como conclusión señalaré, que estoy de acuerdo con Córdoba cuando afirma que antes de 1967 se discutía si las limitaciones a la acumulación material regían cuando los delitos no hubieran sido objeto de un mismo proceso. La jurisprudencia entendió que no, pero esa interpretación no era obligada conforme al texto legal. La reforma de 1967 partió, como se deduce de su Preámbulo, de que la interpretación jurisprudencial era válida, y quiso ampliar el alcance de las limitaciones del anterior art. 70, añadiendo la posibilidad de aplicarlas aunque los delitos no se hubieran juzgado en un mismo proceso por razón de su conexión. Ello de hecho supuso una restricción de la anterior regulación, que no requería la unidad de proceso ni tampoco la conexión de los distintos delitos<sup>47</sup>.

e) Conexidad en los supuestos de concurso ideal de delitos: art. 77 CP

El concurso ideal de delitos viene recogido en el art. 77 CP, que establece un régimen penológico específico para el caso de que «un solo hecho constituya dos o más infracciones». En cuanto a la naturaleza jurídica del concurso ideal, en el propio art. 77 se habla de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, por lo que la propia letra de la ley impide, en el sistema legislativo español, equiparar los términos «acción»-»delito» en el marco del concurso ideal. Éste tiene en su base una verdadera pluralidad delictiva y no equivale a una infracción única<sup>48</sup>. Pese a que modernamente se ha obviado la lucha entre las teorías unitarias y de la pluralidad y se ha llegado a decir que es una pura discusión terminológica, lo cierto es que la aceptación de una pluralidad delictiva en el concurso ideal no

<sup>46</sup> Así, SSTS 7-4-1995 (A 2858); 24-10-1995 (A 7732); 12-12-1995 (A 9241); 31-10-1996 (7680); 5-11-1996 (A 7759); 24-2-1997 (A 1371); 4-3-1997 (A 1740).

<sup>47</sup> CÓRDOBA RODA, Comentarios II, 1972, 346 ss.; en igual sentido, MIR PUIG, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 667.

<sup>48</sup> En la actualidad en España es unánime la doctrina que afirma la pluralidad de infracciones en el concurso ideal de delitos. Así, p. ej., VIVES ANTÓN, Teoría del concurso, 1981, 13 s.; SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 210 s.; CDJ 1995-II, 193; MIR PUIG, ADP 1988, 996; PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 654; GUINARTE CABADA, Estudios Penales y criminológicos XIII, 1988/1989, 159; CUERDA RIEZU, Concurso, 165; LUZÓN PEÑA, Estudios Penales, 1991, 402; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3<sup>a</sup>, 1991, 591; GRACIA MARTÍN, Bienes jurídicos fundamentales, 1993, 167; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 4<sup>a</sup>, 1994, 612; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 573; MUÑOZ CONDE, PG, 2<sup>a</sup>, 1996, 480; DELGADO GARCÍA, LL 1996-1, 1686. En igual sentido se ha pronunciado el TS. Así, entre la SSTS más recientes, destacan: 8-2-1993 (A 889); 12-3-1993 (A 2154); 22-5-1993 (A 4250); 2-6-1993 (A 4702); 12-7-1993 (A 5910); 12-11-1993 (A 9205); 30-5-1994 (A 4406); 19-9-1994 (A 6996); 16-2-1995 (A 1177); 27-3-1995 (A 2240); 4-4-1995 (A 2814); 5-6-1995 (A 4519); 8-11-1995 (A 8306); 14-5-1996 (A 3934); 28-10-1996 (A 7758); 12-2-1997 (A 1360); 11-6-1997 (A 4677); 26-6-1997 (A 5164).

está desprovista de algún efecto práctico. Así, en el objeto de este trabajo, esto es, en la cuestión de cómo debe ser computado el plazo prescriptivo, la afirmación de que en cualquier clase de concurso de delitos, incluido en el concurso ideal, hay una pluralidad de infracciones, servirá como argumento para computar por separado los plazos prescriptivos de cada delito que conforme el concurso.

El efecto penológico viene establecido en el art. 77,2 CP: «En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones». El CP sigue en este caso el sistema de absorción que consiste en la imposición de una sola pena, y que se corresponde con la más grave de todas las penas individuales<sup>49</sup>.

No voy a tratar en este trabajo otros problemas importantes que plantea el concurso ideal de delitos, por no ser relevante para el objeto central del estudio. Me refiero concretamente al examen de cuándo concurre un hecho y cuándo varios, a efectos de diferenciar el concurso ideal del concurso real de delitos) y especialmente al problema de qué elementos del tipo deben tomarse en consideración<sup>50</sup>. Es decir, me centro en la cuestión de cómo se computa la prescripción en supuestos de concurso ideal, sin discutir cuáles son los requisitos básicos de éste.

En el concurso ideal la conexidad entre los delitos proviene de la unidad del hecho, que significa una identidad, al menos parcial, de los actos ejecutivos, lo que supone una relación de identidad entre los sustratos de ambas infracciones<sup>51</sup>.

f) Conexidad en los supuestos de concurso medial de delitos: art. 77 CP

En el art. 77 CP se recoge, además del concurso ideal de delitos y con los mismos efectos penológicos que éste, el concurso medial de delitos: «Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer otra».

La doctrina mayoritaria se inclina por estimar que el concurso medial es en realidad un supuesto de concurso real<sup>52</sup>. Se abandona la teoría que con-

<sup>49</sup> El art. 77,2 CP se corresponde con el art. 71,2 CP 1944/1973.

<sup>50</sup> La doctrina mayoritaria atiende a la conducta típica, mientras que rechaza el punto de vista del número de resultados. Así, entre otros, CÓRDOBA RODA, Comentarios II, 1972, 314 ss.; CUELLO CONTRERAS, ADP 1979, 64 ss.; SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 212 ss. CUERDA RIEZU, Concurso, 1991, 167 ss. La doctrina contraria, partidaria de tener en cuenta el número de resultados viene representada por MIR PUIG, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 212, le siguen, pues MIR ya había defendido su postura en ediciones anteriores de su PG, GUINARTE CABADA, Estudios Penales y Criminológicos XIII, 1988/1989, 162 ss.; JOSHI JUBERT, ADP 1992, 619.

<sup>51</sup> Vid., por todos, VIVES ANTÓN, Teoría del concurso, 1981, 35.

<sup>52</sup> Así, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, Introducción, 1979, 155; SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 217; GUINARTE CABADA, Estudios Penales y criminológicos XIII,

sideraba el concurso medial un concurso ideal de delitos<sup>53</sup>. Así por ejemplo, Cobo/Vives estiman que, si en el concurso medial se exigiese unidad de hecho, su mención habría resultado superflua. En este sentido, una interpretación que priva de utilidad y sentido a un fragmento de la proposición debe rechazarse como contraria al principio de vigencia<sup>54</sup>. En la misma línea argumental incide MIR, para quien la ley no habla en este caso de un solo hecho, sino que más bien parece contraponer la regulación de medio a fin al caso de que un solo hecho constituya varios delitos<sup>55</sup>.

La doctrina mayoritaria ha entendido que el concurso medial se da cuando existe una relación de medio a fin entre dos delitos<sup>56</sup>.

Esta relación de medio a fin en la actualidad es interpretada por la mayoría de la doctrina en virtud de una posición concreto-objetiva, conforme a la cual se interpreta la necesidad en sentido concreto, requiriéndose sólo que en el caso concreto un delito no pudiera producirse sin el otro. Esto es, la relación teleológica entre los delitos se apreciará no en abstracto, puesto que si requiriese la necesidad en abstracto este inciso no tendría aplicación, ya que lo lógico es que los delitos puedan apreciarse de forma independiente sin que sea preciso que siempre se cometa con otro, sino teniendo en cuenta la configuración concreta de los hechos. Por supuesto, esta necesidad debe existir objetivamente, y no basta que el sujeto crea que se da, aunque también es preciso el conocimiento de la necesidad objetiva<sup>57</sup>.

Desde este punto de vista, la única distinción que existirá entre un concurso real y un concurso real-medial de delitos será precisamente la distinta conexión entre los delitos que conforman el concurso, puesto que en el concurso medial se produce una conexión de medio a fin que lo acerca a la unidad de resolución criminal y de acción; así, en estos casos hay uni-

---

1988/1989, 161; LUZÓN PEÑA, Estudios Penales, 1991, 417; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3ª, 1991, 596; CUERDA RIEZU, Concurso, 1992, 210 ss.; JOSH JUBERT, ADP 1992, 632; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 4ª, 1994; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, PG, 18ª, 1995, 848 s.; MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 663; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 572; MUÑOZ CONDE, PG, 2ª, 1996, 484.

<sup>53</sup> Así, por ej., FERRER SAMA, Comentarios II, 1947, 242; ANTÓN ONECA: DP I, 1949, 456; CUELLO CALÓN, PG I, 18ª, (revisada y puesta al día por Cesar CAMARGO HERNÁNDEZ), 1980, 702.

<sup>54</sup> COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3ª, 1991, 596 ss.

<sup>55</sup> MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 663.

<sup>56</sup> Vid., por todos, SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 218 ss.

<sup>57</sup> En este sentido, entre otros, SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 218 ss.; GUINARTE CABADA, Estudios penales y criminológicos XIII, 1988/1989, 173 ss.; LUZÓN PEÑA, Estudios Penales, 1991, 417; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3ª, 1991, 594; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, PG, 18ª, 1995, 840 s.; MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 663 s.; MUÑOZ CONDE, PG, 2ª, 1996, 409; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 572; DELGADO GARCÍA, LL 1996-1, 1686 s.;

dad, no de acción, pero sí de propósito y de plan, y, a diferencia del delito continuado, necesidad de un hecho para el otro<sup>58</sup>.

Se han elevado algunas voces críticas en relación con el hecho de que dicha preordenación al delito pueda servir para atenuar la pena. Así, por ejemplo, señala VIVES que «en el CP 1848 'ejecutar el delito como medio de perpetrar otro' era considerado agravante genérica, recogida en el art. 10,11. Y, aunque en el CP 1870 desaparece tal causa de agravación general, la finalidad de cometer un ulterior delito sigue apareciendo en diversas figuras como elemento constitutivo agravatorio de la infracción. Resulta por ello sorprendente que relaciones teleológicas de la misma índole operen, en el seno de la teoría de concurso, en un sentido completamente inverso»<sup>59</sup>.

Ante estas críticas, Joshi plantea una interpretación matizada de la teoría concreto-objetiva defendida por la mayoría de la doctrina, pero eliminando el carácter de preordenación que Vives otorga a la «unidad de resolución» que los defensores de esta teoría aprecian en el concurso medial. Según esta autora el punto de partida consiste en entender que el concurso medial no presupone una relación de medio a fin, esto es, que se cometa un delito para cometer otro. De este modo, los casos en que el único vínculo existente entre dos delitos sea la preordenación no podrán dar lugar al concurso medial, sino solamente al real ordinario. El precepto habla de medio necesario. La palabra medio no tiene que interpretarse forzosamente como sinónimo de instrumento. Medio es también la forma. Desde esta perspectiva, se pone el acento en el acontecer objetivo y no en la preordenación, de carácter puramente subjetivo. En los supuestos de coincidencia parcial puede afirmarse que uno de los delitos es en parte forma o medio para cometer otro. El medio será necesario cuando sea preciso. Y esto sucederá en dos ocasiones. Primera en la coincidencia parcial, pues esta zona común indica claramente que uno de los delitos constituye una forma precisa para realizar el otro. Y, segundo, también cuando, de acuerdo con el plan del autor valorado *ex ante* y objetivamente, no se pueda alcanzar el delito de otra forma que no sea cometiendo otro delito. No se trataría aquí de una preordenación, pues no es que el sujeto incluya en su plan la realización de una serie de delitos a cometer uno tras otro; y tampoco estaremos frente a delitos que siempre acompañan al otro. El plan del autor es la ejecución de un delito, no obstante, cuando vaya a llevarlo a cabo se encontrará en una situación tal que tendrá que realizar otro. Pero respecto a este último no hay preordenación ni premeditación<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Vid., por todos, LUZÓN PEÑA, Estudios Penales, 1991, 417.

<sup>59</sup> Así, VIVES ANTÓN, Teoría del concurso, 1981, 37 ss.

<sup>60</sup> JOSHI JUBERT, ADP 1992, 634 ss.

Conforme a esta postura doctrinal y, teniendo en cuenta las matizaciones de Joshi, la conexidad en los casos de concurso medial surgiría, bien de una identidad, al menos parcial, del sustrato fáctico, o bien de la propia situación concreta en la que se encuentra el sujeto que hace que esos delitos sean hasta tal punto conexos que no pueden realizarse el uno sin el otro.

Hasta aquí se han analizado las diferentes relaciones de conexidad que se dan entre los delitos que conforman los diversos tipos de concursos. A partir de aquí, trataré de dar mi opinión acerca del primer argumento que esgrime el TS para apreciar únicamente un plazo prescriptivo. Esto es, que en los casos en que varios delitos vienen unidos por una abrazadera común que consiste en una conexión íntima, natural o indestructible, el delito subordinado no prescribe en tanto en cuanto no prescribe el delito principal.

g) Relación entre los delitos conexos y la prescripción de los mismos: opinión personal

Ya he dicho al principio que no estoy de acuerdo con aquella postura jurisprudencial que estima un único plazo de prescripción para aquellos casos de delitos conexos, es decir, para aquellos supuestos en los que exista un concurso ideal o medial de delitos. En contra de esta postura se pueden alegar varias razones<sup>61</sup>:

---

<sup>61</sup> Alguno de estos argumentos son aplicables al problema del plazo de la prescripción de las faltas cuando se sustancian en procesos por delitos. Esto puede ocurrir, bien porque los hechos se califican como delito, resultando al final ser falta, habiéndose iniciado el procedimiento despues de seis meses, o bien porque se tate de un concurso de delito y falta, considerándose que la falta no prescribe hasta que prescriba el delito. Vid., al respecto, ALONSO PRIETO, BIMJ 867, 1971, 4; Este autor es partidario de mantener el plazo de prescripción de las faltas (el autor hace referencia a un plazo de dos meses para la prescripción de las faltas que es el plazo que establecía el CP 1944/1973 en su art. 113. Con el CP 1995, como se ha visto más arriba, el plazo de prescripción de las faltas se ha elevado a seis meses conforme al art. 131,2), independientemente de cuál sea el proceso seguido: «no resulta lícito hacer unas faltas de peor condición que otras por motivos tan ajenos a la conducta del autor como el procedimiento emprendido y que las sentencias penales no son constitutivas sino declarativas por lo que el plazo de prescripción deberá contabilizarse desde la comisión del hecho y no desde que es declarado falta, sea cual fuere su calificación inicial». En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, La prescripción, 1980, 53; LÓPEZ TORRES, BIMJ 1222, 1980, 5.; PASTOR ALCOY, La prescripción, 1995, 113 ss.; QUINTANAR DÍEZ, CPC 63, 1997, 745 ss. En contra de esta postura, DEL TORO MARZAL, Comentarios II, 1972, 690; este autor entiende que si en un único proceso se conoce de un delito y de una falta y el procedimiento se paraliza más de dos meses, la falta no prescribe, ya que, al ser un solo proceso, ello supondría la división de la causa y, por tanto, un caos procesal. Este último ha sido el razonamiento de algunas SSTs, como las de 23-1-1946 (A 64); 22-5-1970 (A 2172); 6-6-1972 (A 3000); 12-12-1979 (A 4599); 21-11-1981 (A 4427); 22-6-1995 (A 4843). A favor de la primera postura doctrinal se han manifestado algunas sentencias. Así, entre otras, SSTs 23-3-1993 (A 2498); 21-5-1996 (A 4551). Además la postura que

1) En primer lugar, se ha visto que la constatación de conexión entre los delitos tiene como efecto el que los hechos puedan ser enjuiciados en un único proceso, para no dividir la causa y evitar fallos contradictorios, pero no tiene efectos penales. Es decir, que ante un concurso de delitos, sobre todo si se trata de un concurso ideal o medial, se pueda decir, lógicamente, que existe cierta conexión entre los delitos, no puede llevar a convertir el concurso en una especie de delito complejo, una unidad delictiva con un único plazo de prescripción. El concurso de delitos, y en eso es unánime la doctrina, implica pluralidad de infracciones, y como tal pluralidad podrá un sujeto, por ejemplo, ser partícipe en una de ellas y no en otra; podrá una de las infracciones estar consumada y no la otra. Es decir, ante toda la normativa penal, las infracciones se seguirán tratando como lo que son: una pluralidad delictiva, independientemente de que se sustancien en un único proceso. Por esa misma regla, creo que también las normas de la prescripción deberán aplicarse a cada uno de los delitos.

2) El CP establece los plazos de prescripción en relación a la duración de la pena de los delitos, no de los procesos judiciales en que se sustancien dichos delitos. Es decir, el legislador no ha utilizado para nada el Derecho procesal a la hora de señalar los plazos de prescripción. Con independencia de la naturaleza material del instituto de la prescripción, el legislador podría haber establecido, por ejemplo, que los delitos enjuiciados en proceso sumarial, prescribieran a los 20 años, los sentenciados por procedimiento abreviado prescribieran a los 5 años, y los seguidos en juicio de falta a los 6 meses. Sin embargo, el legislador no ha utilizado criterios procesales, sino sustantivos, para determinar el plazo para que opere la prescripción.

Pero además, ya se ha visto, que hoy es unánime la doctrina al considerar que la prescripción es un instituto de carácter material, que no guarda relación con la prescripción civil y que no se trata de un instituto de carácter procesal. Por tanto, si se trata de un instituto material, no podrá ser alterado por el Derecho procesal. El derecho sustantivo que ha de aplicarse (los plazos de prescripción) debe ser siempre el mismo con independencia del proceso seguido.

3) Resulta paradójico que la normativa penológica del concurso de delitos, especialmente del concurso ideal y medial, sirva para favorecer al reo

---

se manifiesta contraria a la prescripción de las faltas en estos supuestos resulta discutible si se tiene en cuenta que el propio TS modernamente acepta que la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción puede declararse en cualquier momento del proceso en que se constate su existencia y que su declaración puede hacerse de oficio. Así, entre otras, SSTS 28-1-1982 (A 168); 5-1-1988 (A 233); 22-6-1988 (A 5378); 16-11-1989 (A 8658); 2-12-1989 (A 9378); 6-4-1990 (A 3193); 31-10-1990 (A 8415); 3-12-1990 (A 9391); 7-2-1991 (A 900); 12-3-1993 (A 2375); 4-6-1993 (A 4805); 26-4-1996 (A 3060); 6-5-1996 (A 3799); 21-5-1996 (A 4551); 26-11-1996 (A 8542); 9-5-1997 (A 4502); 30-5-1997 (A 3638).

y, sin embargo, en el tema de la prescripción el sujeto se vea claramente perjudicado, al negarse la prescripción del delito o delitos cuyos plazos más breves han transcurrido ya, sin que haya transcurrido el del otro u otros de prescripción más larga. Esta tesis supone una interpretación *contra reo* de una norma penal. Los plazos de prescripción comienzan a correr desde que se cometió el delito. En ningún lugar del CP se establece una excepción para los supuestos concursales, ni siquiera se menciona que sea distinto el cómputo del plazo en el supuesto de que los delitos fueran conexos. Sí que menciona, sin embargo, el CP cómo se computa el plazo en los supuestos del delitos permanentes, e incluso en el caso del delito continuado, que se considerará a estos efectos una unidad delictiva. Donde la ley no distingue, no se debe distinguir, especialmente cuando no existen razones materiales para ello.

Además, es importante tener en cuenta que la «conexión» a la que se refiere el art. 76,2 CP viene fundamentada en criterios de humanidad y como cumplimiento de los objetivos de resocialización y reinserción que marca el art. 25 CE. Es decir, que la conexión entre los delitos sirve para limitar el alcance de la pena e impedir penas excesivamente largas o casi perpetuas. De este modo, el TS ha interpretado este requisito de forma amplia y buscando en todo caso el beneficio para el reo. La conexidad no sirve para perjudicar al reo en ningún caso<sup>62</sup>. De esta forma, si en los supuestos de concurso real el requisito de la conexidad sirve para limitar el alcance de la pena y se interpreta de forma amplia en favor del reo, resulta contradictorio que, en los supuestos de concurso ideal o de concurso real-medial, la conexidad, que en estos supuestos puede considerarse conexidad material, sirva para limitar la aplicación de la prescripción.

#### h) Unidad de propósito

El segundo argumento utilizado por el TS para fundamentar la aplicación de un único plazo prescriptivo es *la unidad de propósito* con la que actúa el sujeto. Voy a analizar este argumento del TS desde dos puntos de vista: En primer lugar, resulta discutible que la unidad de propósito pueda tener como efecto un cambio de naturaleza jurídica e implicar que varias infracciones pasen a ser una sola. Pero además, como se verá a continuación, no es verdad que en todos los supuestos concursales se pueda constatar dicha unidad de propósito.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta que éste era el mismo argumento que utilizaba el TS para justificar que en el delito continuado el plazo de prescripción comenzara a correr a partir de la comisión de la última de las infracciones cometidas<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Vid., entre otras, SSTS 27-12-1994 (A 567); 27-2-1995 (A 1427); 24-3-1995 (A 2264); 27-5-1995 (A 3956); 13-1-1996 (A 143); 17-1-1996 (A 144); 24-4-1996 (A 2925).

<sup>63</sup> SSTS 30-10-1990 (A 8402); 5-9-1991 (A 6026); 16-1-1997 (A 184).



Comenzando por el primer punto, se puede decir que el argumento de la unidad de propósito recuerda a la concepción de Carrara, conforme a la cual se consideraba decisivo el fin del agente en orden a determinar la unidad o pluralidad de delitos. Distinguía dos tipos de concursos: el concurso material y el concurso ideal. Dentro del concurso material, a su vez, diferenciaba entre la conexión ideológica y la conexión real. En la conexión ideológica varios delitos del mismo género proceden de una sola determinación criminal. La repetida violación, con un fin único, de una misma ley penal conduce a la unificación del delito. En la conexión real, en cambio, uno de los delitos sirve de medio para cometer otro. Frente a la continuación, que supone una unificación ficticia, estamos aquí ante una verdadera unidad delictiva. Se trata de un solo delito, pero cualificado y digno, por tanto, de una mayor represión. El concurso ideal se caracterizaba por la existencia de una sola acción, por lo que, más que de conexión, consideraba que se trataba de una unidad real<sup>64</sup>.

La concepción de Carrara está actualmente superada, y unánimemente la doctrina considera que en los casos de concursos de delitos se comete una pluralidad de infracciones, independientemente del fin del agente<sup>65</sup>. Por otro lado, no veo tan claro que en los concursos de delitos deba haber siempre unidad de propósito por parte del autor. Por ejemplo, en el concurso ideal de delitos es perfectamente posible que la concurrencia se produzca entre un delito doloso y un delito imprudente<sup>66</sup>. Desde mi punto de vista, no se puede hablar de «intención» o de «propósito» único a la vez que se sanciona al sujeto por la comisión de un delito imprudente y un delito doloso<sup>67</sup>.

En cuanto al segundo punto, ya he dicho más arriba que el argumento de la unidad de propósito era utilizado por el TS para computar el plazo prescriptivo en los delitos continuados. Es importante tener en cuenta la discusión existente acerca de la naturaleza jurídica del delito continuado. Se pueden citar tres teorías fundamentales: 1) Las teorías de la realidad, hoy abandonadas, cuyos representantes entendían que en el delito continuado hay una unidad básica, natural, esto es, una realidad ontológica<sup>68</sup>. 2) Las teorías de la ficción, según las cuales el delito continuado es un auténtico supuesto de pluralidad delictiva y sólo se considera como un delito a efectos penales para evitar determinadas consecuencias indeseadas que a veces se derivan de la existencia de un peculiar sistema

<sup>64</sup> CARRARA, Progamma, 5ª, 1877, § 1113.

<sup>65</sup> Por todos, MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 660 ss.

<sup>66</sup> En la ya citada STS 22-6-1995 (A 4498) se alude a la unidad de propósito entre un delito de detenciones ilegales doloso y un delito de homicidio imprudente.

<sup>67</sup> Sobre el tipo subjetivo en los concursos, vid., entre otros, MIR PUIG, ADP 1987, 203 ss.

<sup>68</sup> Sobre estas teorías, hoy abandonadas, vid. CAMARGO HERNÁNDEZ, El delito continuado, 1951, 35 ss.

de determinación de la pena en algún grupo de delitos, o bien provienen de las propias reglas de fijación de la pena para los casos de concurso<sup>69</sup>. 3) Una última tendencia doctrinal<sup>70</sup> rechaza la amplitud de criterio con que se acepta la existencia de esta figura delictiva, y admite el delito continuado, siempre considerándolo como un delito único, sólo como forma extrema de la denominada «unidad natural de acción». Para los representantes de esta teoría la diferencia entre la «unidad natural de acción» y el delito continuado radica en la mayor o menor conexión espacial y temporal que exista entre la sucesión de actos típicos realizados. De esta forma, habrá «unidad natural de acción» cuando el autor realice varios actos típicos en una ocasión en lo que a espacio y situación se refiere, en tanto que habrá delito continuado cuando dicha conexión espacial y temporal sea más difusa. Desde este punto de vista, el delito continuado no será considerado una ficción, sino que habrá que interpretarse una situación concreta que supone, desde un punto de vista formal, una reiterada realización del tipo puede ser caracterizado, valorativamente, como un solo delito por darse el requisito subjetivo (idéntica situación de motivación) y el requisito objetivo (intensificación cuantitativa del injusto), en caso de que no se den estos requisitos deberá acudir a un concurso real de delitos<sup>71</sup>.

El TS considera en general el delito continuado como una unidad delictiva «en sentido real u ontológico»<sup>72</sup>. Desde la perspectiva que concibe el delito continuado como una unidad delictiva es lógico entender que la prescripción comienza a computarse desde que se cometa la última de las acciones, puesto que será en ese momento cuando se pueda decir que el delito se ha cometido. Sin embargo, desde las teorías de la ficción, es decir, desde aquellas teorías que defienden también en el delito continuado una pluralidad de infracciones, este cómputo de la prescripción se critica. Así, opina Castiñeira que «situar el inicio del transcurso del plazo de prescripción en el momento de la comisión del último de los delitos tiene como consecuencia en la mayoría de los casos la imposición de una pena

---

<sup>69</sup> La teoría de la ficción es en España mayoritaria. Así, por ej. CASTIÑEIRA PALOU, El delito continuado, 1977, 20; CUELLO CONTRERAS, ADP 1979, 71; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG, 3ª, 1991, 599; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 4ª, 1994, 616; COBO DEL ROSAL, CDJ 1995-II, 253; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, PG, 18ª, 1995, 860; CANTARERO BANDRÉS, Delito continuado, 1990, 18 ss; QUINTERO OLIVARES, PG, 1996, 571; GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios I, 420; MUÑOZ CONDE, PG, 2ª, 1996, 486.

<sup>70</sup> En España, SANZ MORÁN, El concurso, 1986, 135. En sentido parecido MIR PUIG, PG, 4ª, 1996, 656 s.

<sup>71</sup> SANZ MORÁN, CDJ 1995-II, 202.

<sup>72</sup> Así, entre otras, SSTS 15-3-1985 (A 1652); 21-3-1995 (A 2018); 20-12-1995 (A 6356); 10-3-1986 (A 1448); 6-10-1986 (A 5489); 15-6-1987 (A 4814); 10-10-1988 (A 8314); 21-4-1989 (A 3498); 30-10-1990 (A 8402); 4-7-1991 (A 5529); 5-9-1991 (A 6026); 16-1-1997 (A 184).

más grave, naturalmente en aquellos casos, en que si se computara el plazo de prescripción a partir del momento de comisión de los particulares delitos, debería estimarse prescrito alguno de ellos. Resulta inadmisibles que la consideración conjunta de una serie de hechos dé lugar a una agravación efectiva de la pena no prevista en la ley. Tal agravación sería consecuencia de la consideración de unos hechos, que aplicando estrictamente la ley debería considerarse prescritos. El cómputo de la prescripción debe realizarse a partir del momento de comisión de cada hecho ya que no puede admitirse que la figura del delito continuado se convierta en un instrumento para castigar delitos que han prescrito»<sup>73</sup>.

Desde mi punto de vista, este razonamiento es materialmente válido siempre que se considere el delito continuado una ficción que no convierte a los distintos hechos típicos en un solo delito, sino que siguen siendo varios. Sin embargo, si se considera que el delito continuado supone una infracción única cuya diferencia con la «unidad natural de acción» estriba en la mayor o menor conexión temporal y espacial entre los sucesivos actos típicos, es lógico que la consecuencia sea la de aplicar un único plazo de prescripción, aunque evidentemente de esta forma se esté perjudicando al reo.

La diferencia entre el delito continuado y el concurso de delitos en cuanto al cómputo de la prescripción ha sido, a diferencia del CP 1944/1973, expresamente reflejada en el CP 1995. En el art. 132,1 CP se establece expresamente: «En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita». De esta manera, el CP confirma la doctrina reiterada del TS en cuanto a la prescripción del delito continuado, y se acerca así a aquellas teorías que entienden que se trata de una unidad delictiva. La redacción del art. 74 CP también parece aproximarse más a la teoría de la unidad delictiva al indicar que, cuando se cumplan determinados requisitos el sujeto será castigado como autor de «*un delito o falta continuados*».

Es claro, por tanto, el distinto tratamiento que, con razón material o sin ella, realiza el CP del delito continuado y del concurso de delitos, por lo que este es otro argumento para rechazar que en caso de concurso de delitos habrá que esperar a que prescriba la infracción más grave para que pueda considerarse prescrita la más leve.

---

<sup>73</sup> CASTIÑEIRA PALOU, El delito continuado, 1977, 189; En el mismo sentido, CAMARGO HERNÁNDEZ, El delito continuado, 1951, 96; COBO DEL ROSAL, CDJ 1995-II, 266; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, PG, 18<sup>a</sup>, 1995, 866.

## 2. Doctrina jurisprudencial contraria a la aplicación de un único plazo prescriptivo

Algunas sentencias del TS, coincidiendo con la interpretación que aquí se defiende, son partidarias, en caso de concursos de delitos, de aplicar el plazo de prescripción independientemente a cada delito. Según esta línea jurisprudencial, es suficiente que haya transcurrido el tiempo señalado en la ley para que opere el instituto de la prescripción, sin que sea lícito condicionamiento alguno, ya que no se puede distinguir donde la ley no distingue y mucho menos en materia penal en que la interpretación contraria puede redundar en contra del reo. La prescripción del delito es ajena a toda consideración procesal, es un modo de extinción de la responsabilidad criminal. El delito se ve afectado en su propia estructura por el transcurso del tiempo y es la penalidad el elemento fundamental de referencia que utiliza el CP en materia de prescripción. En este sentido se manifiesta la STS 25-4-1988 (A 2868) según la cual «la prescripción debe ser apreciada tan pronto como las exigencias del Derecho sustantivo se hayan producido, porque de no hacerlo así se faltaría al principio de coherencia político-criminal que preside la institución, dado que sería una grave contradicción imponer un castigo cuando los fines del más alto significado y trascendencia que informan el derecho punitivo son ya incompatibles»<sup>74</sup>.

## IV. Conclusión final

La conclusión más importante que deseo destacar es que me parece incorrecta la postura jurisprudencial partidaria de apreciar un único plazo prescriptivo en aquellos supuestos en los que concurren varios delitos en algún tipo de relación concursal. Todo concurso de delitos implica que se han cometido varios delitos, y la prescripción debe individualizarse y computarse por separado. Las normas procesales no pueden prevalecer sobre el Derecho material, y mucho menos cuando con ello se perjudica al reo. Estoy de acuerdo con la última postura jurisprudencial cuando indica que no debe distinguirse donde la ley no distingue, y esto se refuerza cuando se comprueba, como en el supuesto del delito continuado, que cuando la ley quiere establecer un cómputo de prescripción diferente al general lo establece expresamente. Ya se ha visto más arriba como el inicio del cómputo del plazo de prescripción viene recogido expresamente en el CP 1995 para el delito continuado en el art. 132,1. Por otra parte, la aplicación de un único plazo prescriptivo en aquellos supuestos de concurso de delitos supondría una interpretación contraria a reo porque implicaría el castigo penal por supues-

---

<sup>74</sup> En el mismo sentido, entre otras, 21-11-1981 (A 4427); 14-12-1987 (A 9758); 29-1-1990 (A 521); 23-3-1993 (A 2498); 5-4-1993 (A 3035).

tos delictivos ya prescritos. El concurso de delitos no convierte a las distintas infracciones que lo componen en una unidad delictiva. Se ha comprobado, por otro lado, que la conexión que existe entre los delitos que se hayan en relación concursal sirve para atenuar la pena y no para agravarla. También se ha visto como la existencia de una concurso de delitos no lleva aparejada necesariamente la unidad de propósito del reo. Por todo ello, repito que me parece más correcta la tesis que defiende que en aquellos supuestos de concursos de delitos el plazo prescriptivo debe computarse individualmente para aquellos delitos que lo componen.

# El examen conforme a deber: ¿Especial elemento subjetivo de justificación?

María A. Trapero Barreales  
Profesora de Derecho Penal  
Universidad de León\*\*

## I. Introducción<sup>1</sup>

Existe en la actualidad un amplio consenso doctrinal sobre la necesidad de que existan ciertos elementos subjetivos en las causas de justificación. La justificación de la conducta ya no depende solamente de que concurra la situación objetiva justificante, sino que es necesario además que el sujeto tenga como mínimo conocimiento de que concurre dicha situación objetiva de

---

\*\* Este artículo es producto de la, modesta, contribución al Libro Homenaje al Prof. Valle Muñiz.

<sup>1</sup> Abreviaturas utilizadas: A: Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi (citado por fecha de sentencia número marginal); ADP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (citado por año); Art.: artículo; AT: Allgemeiner Teil (parte general); BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán); BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Supremo de la República Federal de Alemania); BT: Besonderer Teil (parte especial); CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial (citado por título y año); CE: Constitución española; ComLP: Comentarios a la legislación penal, director Manuel Cobo del Rosal, coordinador Miguel Bajo Fernández (citado por tomo y año); CP: Código Penal; CPC: Cuadernos de Política Criminal (citado por año); DD: Disposición Derogatoria; DocP: Doctrina penal (citado por año); DP: Derecho Penal; EJB: Enciclopedia Jurídica Básica, director Alfredo Montoya Melgar, coordinador del área de Derecho Penal Diego-Manuel Luzón Peña, editada por Civitas (citada por tomo y año); EPCrim: Estudios penales y criminológicos (citado por tomo y año); FG: Festgabe (Libro en honor de); FS: Festschrift (libro homenaje); GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht (citado por año); GS: Gedächtnisschrift (libro en memoria); JA: Juristische Arbeitsblätter (citado por año); JuS: Juristische Schulung (citado por año); JR: Juristische Rundschau (citado por año); Jura: Juristische Ausbildung (citado por año); JZ: Juristenzeitung (citado por año); LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LK: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch; LH: Libro Homenaje; LL: La ley (citado por año y tomo); LO: Ley orgánica; MDR: Monatschrift für Deutsches Recht (citado por año); n: nota; NJW: Neue Juristische Wochenschrift (citado por año); nm: número marginal; NK: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, redactores generales Ulfried Neumann/Wolfgang Schild; OLG: Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Estado Federado de Alemania); op. cit.: obra citada; p. pp.: página, páginas; PANCP: Propuesta de Antepro-

justificación<sup>2</sup>. El acuerdo doctrinal, sin embargo, desaparece en el momento en que se pretende explicar el contenido de este elemento subjetivo de justificación, su fundamentación dogmática y las consecuencias que se derivan en caso de ausencia de dicho elemento subjetivo<sup>3</sup>.

---

yecto de Nuevo Código Penal; PG: Parte General; PCP: Proyecto de Código Penal; PJ: Poder Judicial (citado por número y año); REDConstitucional: Revista Española de Derecho Constitucional (citado por tomo y año); RFDUC: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (citado por tomo y año); RFDUGr: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (citado por tomo y año); RG: Reichsgericht (Tribunal Supremo del Imperio alemán); s. ss.: siguiente, siguientes; SK: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, editado por Rudolphi/Horn/Samson; StGB: Strafgesetzbuch (Código penal alemán); StPO: Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal); STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TC: Tribunal Constitucional; TS: Tribunal Supremo; WK StGB: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, editado por Foregger/Nowakowski; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (citado por tomo y año).

<sup>2</sup> La necesidad de que concurren elementos subjetivos en las causas de justificación ha sido reconocida desde antiguo. Como en tantas otras cuestiones, el antecedente histórico se encuentra en el Derecho Romano, al hacer depender la aplicación de la legítima defensa de que el sujeto actúe con finalidad defensiva, rechazándose la aplicación de esta eximente si el sujeto actúa motivado por el deseo de venganza. Sobre esta cuestión vid., más ampliamente, WAIDER, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts, 1970, 2 s.; JUNGCLAUSSEN, Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte der personalen Unrechtslehre, 1987, 10 s.; SANZ MORAN, Los elementos subjetivos de justificación, 1993, 12. Ahora bien, el reconocimiento de los elementos subjetivos en las causas de justificación ha de plantearse históricamente con la aparición de la concepción de la teoría general del delito a mediados del siglo XIX, en particular con la distinción entre la antijuridicidad y la culpabilidad como categorías autónomas. Y su desarrollo general se produce con la aparición de la concepción finalista de acción y la adopción de las consecuencias sistemáticas de esta teoría. Para más detalles, vid., ampliamente, CARBONELL, La justificación penal, fundamento, naturaleza y fuentes, 1981, 95; JUNGCLAUSSEN, op. cit., 14, 37 s.; STEINBACH, Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten. Studien zur Begründung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen, deren Inhalt und Konsequenzen, 1987, 4, 11 ss., 92 ss.; SANZ MORAN, op. cit., 12; VALLE MUÑIZ, El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal, 1994, 62.

<sup>3</sup> Sobre la fundamentación de la necesidad de elementos subjetivos en las causas de justificación, su identificación con el conocimiento de que concurre la situación objetiva de justificación o con el ánimo de actuar amparado por la correspondiente causa de justificación y el tratamiento jurídicopenal de la ausencia del elemento subjetivo de justificación, vid., por todos, JUNGCLAUSSEN, Die subjektiven Rechtfertigungselemente, 1987, passim; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, passim; SANZ MORAN, Elementos subjetivos de justificación, 1993, passim; VALLE MUÑIZ, Elemento subjetivo de justificación, 1994, passim; La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación, Política criminal y nuevo Derecho penal, LH Roxin, 1997, 439-467.

Según un sector doctrinal y jurisprudencial, en algunas ocasiones, este elemento subjetivo de justificación, sea entendido en el sentido de conocimiento de que concurre la situación objetiva de justificación (en paralelismo a la construcción del dolo de segundo grado), sea entendido en el sentido de que el sujeto actúe con la finalidad de estar amparado por la causa de justificación concurrente (ánimo de defensa, ánimo de salvación, etc.), no es suficiente para excluir o compensar el desvalor subjetivo de acción; para la justificación de la conducta es necesario que el sujeto haya cumplido con el deber de examen y comprobación de que concurre la situación objetiva de justificación; en caso contrario su conducta seguirá siendo antijurídica. Esto significa considerar al deber de examen como un requisito o presupuesto adicional de las causas de justificación; no basta con que concorra la situación objetiva de justificación y el sujeto tenga conocimiento de la misma o que tenga el ánimo de actuar amparado por la causa de justificación, sino que es preciso que haya llegado a este conocimiento o a esta finalidad tras un examen cuidadoso de la situación objetiva de justificación.

## II. Concepto

Planteadas así las cosas, el deber de examen como requisito adicional necesario para la justificación del hecho se puede definir como la exigencia de que el sujeto examine cuidadosamente la presencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación concurrente (supuestamente concurrente o realmente concurrente)<sup>4</sup>. Esto significa que la justificación de la conducta no depende de que concorra objetivamente la causa de justificación, o de que a esta concurrencia objetiva se le una el elemento subjetivo de justificación genérico (el conocimiento o la finalidad de actuar amparado por la causa de justificación); la justificación de la conducta depende predominantemente de que el sujeto haya cumplido con el deber de examen de la situación objetiva de justificación, y en ocasiones, la comprobación cuidadosa de que concurre la situación objetiva de justificación se convierte en requisito único e indispensable para la justificación de la conducta.

El examen conforme a deber es un requisito adicional, lo que significa que no se ha de identificar con el presupuesto subjetivo genérico, sea definido este en el sentido de conocimiento de que concurre la situación objetiva de justificación, sea definido en el sentido de que el sujeto actúe con el ánimo o fina-

---

<sup>4</sup> Vid., en este sentido, SANZ MORAN, Elementos subjetivos de justificación, 1993, 45; ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen. Aufbau der Verbrechenlehre, 3ª, 1997, 533 (= Derecho Penal. Parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal —en este punto Miguel Díaz y García Conlledo—, 1997, 591).



lidad de estar amparado por la correspondiente causa de justificación<sup>5</sup>; es decir, si se define el presupuesto subjetivo de justificación genérico como conocimiento de la situación objetiva de justificación, tal conocimiento se ha podido adquirir a través de un examen superficial de la situación, por tanto sin comprobar minuciosamente cual es la situación objetiva en la que se dispone a actuar el sujeto: concurre el presupuesto subjetivo de justificación genérico pero falta el examen conforme a deber. Si el presupuesto subjetivo de justificación genérico se define como la finalidad de actuar amparado por la correspondiente causa de justificación, el sujeto puede tener dicha finalidad o ánimo subjetivo pero sin haber examinado cuidadosamente cuál es la situación objetiva en la que va a intervenir: concurre el presupuesto subjetivo de justificación genérico pero falta el examen conforme a deber.

Pero puede suceder también el caso contrario, esto es, que concorra el específico deber de examen pero falte el presupuesto subjetivo de justificación genérico; el sujeto ha comprobado minuciosamente la situación objetiva en la que se dispone a actuar y llega al convencimiento de que la causa de justificación no concurre objetivamente. En este caso puede suceder bien que realmente la causa de justificación no concorra (en este primer supuesto el sujeto habrá realizado dolosamente el tipo global de injusto, esto es, habrá realizado la conducta con conocimiento de la concurrencia de los elementos del tipo positivo y de la ausencia de causas de justificación), o bien que la situación objetiva de justificación sí esté presente, pero pese a la comprobación diligente y cuidadosa del sujeto, este no haya percibido dicha situación objetiva de justificación (en este segundo supuesto se plantea un caso típico de realización dolosa del hecho típico y desconociendo que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Esta independencia entre el examen conforme a deber y el presupuesto subjetivo de justificación genérico ha sido puesta de relieve, entre otros, por LENCKNER, *Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung*, FS H. Mayer 1966, 165 s.; MUÑOZ LORENTE, *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, 1999, 423.

<sup>6</sup> Si bien hemos de admitir que deber de examen y presupuesto subjetivo de justificación genérico son dos presupuestos independientes uno de otro, la concurrencia del primero clarifica la postura o decisión del sujeto al realizar la conducta que se representa: si ha examinado concienzudamente la situación fáctica en la que se dispone a actuar y tal examen le lleva a una representación equivocada de dicha situación, esto dará lugar a que se encuentre en un supuesto de error inevitable, bien sea un error directo sobre la concurrencia efectiva de la situación fáctica representada, bien sea error inverso sobre dicha concurrencia de la situación fáctica. Si falta tal examen concienzudo de la situación fáctica y ha habido una representación al menos "superficial" de la posible situación fáctica imaginada por el autor, podemos encontrarnos ante supuestos de actuaciones imprudentes o dolosas eventuales sobre la concurrencia o no concurrencia de la situación fáctica representada (y en este supuesto la falta del deber de examen puede dar lugar a una representación

Y en otras ocasiones pueden concurrir ambos elementos, el presupuesto subjetivo de justificación genérico y el específico deber de examen. Si este elemento es un requisito adicional para determinadas causas de justificación, sólo cuando concurren estos dos elementos, el subjetivo genérico y el examen conforme a deber, se tendrá que admitir la justificación de la conducta; en los restantes casos se negará la justificación del hecho por ausencia de un requisito (esencial) de dicha causa de justificación. Y en principio este sería el supuesto en el que se tendría que pensar si se admite que el examen conforme a deber es un presupuesto subjetivo especial exigible en algunas causas de justificación

Ahora bien, el examen conforme a deber como requisito adicional de las causas de justificación se ha planteado desde dos perspectivas diferentes. Para su mejor exposición tomemos los siguientes ejemplos:

Caso 1. Un médico supone acertadamente que la mujer que ha ido a su consulta no se encuentra en condiciones de hacerse cargo del hijo que espera, porque sufre trastornos de personalidad y padece además una fuerte depresión, pero no ha realizado un examen psiquiátrico de la mujer embarazada, y por tanto su diagnóstico se basa tan sólo en las declaraciones que la futura madre realiza. En tal situación —incluso con el fin de evitar que la mujer ponga fin a su vida como constantemente está amenazando con hacer— practica un aborto a esta mujer. En este ejemplo el médico no ha cumplido con el deber de examen de la situación objetiva concurrente, y pese a todo ha supuesto acertadamente que concurre la situación de necesidad. En este primer ejemplo el deber de examen aparece como un requisito adicional de la causa de justificación, requisito que se añade a los restantes elementos, objetivos y subjetivos (que sí concurren), del estado de necesidad.

Caso 2. El sargento de policía, tras un examen cuidadoso de todas las circunstancias concurrentes, entra en la vivienda en la que supuestamente se refugia un delincuente frente al que se ha dictado una orden de busca y captura. Posteriormente se comprueba que el ocupante de la vivienda no era la persona perseguida. La situación objetiva de justificación no concurre, pero dadas las circunstancias que rodean el hecho hay una apariencia de que la misma está presente. El sujeto llega al convencimiento de que la causa de

---

errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación -en este caso hay vulneración del deber de examen y sí concurre el presupuesto subjetivo de justificación- o a una representación errónea sobre la no concurrencia de los presupuestos objetivos de justificación -en este caso se produce la vulneración del deber de examen y además no concurre el presupuesto subjetivo de justificación. Este subsupuesto puede tener relación con los casos de dolo eventual sobre la representación de la no concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación-).

justificación sí concurre tras un examen cuidadoso y concienzudo de la situación. En este segundo ejemplo el deber de examen tiene la virtualidad de justificar la conducta del sujeto pese a que la causa de justificación no concurre objetivamente. En este segundo supuesto el examen conforme a deber no es un requisito adicional de la causa de justificación.

Entre los dos ejemplos planteados hay diferencias sustanciales: en el primer caso el examen conforme a deber es un requisito adicional aplicable a una situación objetiva y subjetivamente justificada (ya que concurren los elementos objetivos de la causa de justificación y el sujeto es consciente de ello); en el segundo caso el examen conforme a deber es el elemento esencial para la justificación de la conducta, aunque la causa de justificación alegada no concorra realmente. Ahora bien, el planteamiento del examen conforme a deber como requisito esencial en el segundo grupo de casos pone en entredicho su verdadera naturaleza jurídica, ya que en principio lo que aparece como un elemento subjetivo necesario para la justificación de la conducta parece ser en realidad un criterio de valoración del error sobre la situación objetiva de justificación. En este sentido sólo en el primer grupo de casos podrá seguir manteniéndose que el examen conforme a deber es un requisito o elemento adicional de las causas de justificación en el sentido de elemento subjetivo especial para excluir o compensar el desvalor subjetivo de acción. Pero este último planteamiento tampoco es correcto, como veremos a continuación.

El examen conforme a deber como requisito adicional no tiene una formulación general aplicable a todas las causas de justificación; al menos en la legítima defensa y en el consentimiento (cuando es admitido como causa de justificación) no se ha planteado ni doctrinal ni jurisprudencialmente la dependencia de la justificación del hecho de la comprobación cuidadosa y diligente de la concurrencia objetiva de la causa de justificación. En el resto de las causas de justificación, con uno u otro fundamento, y con una mayor o menor extensión, se ha condicionado la aplicación de las mismas al cumplimiento del deber de examen como requisito adicional y necesario para justificar el hecho realizado.

A continuación se realizará una breve exposición de los distintos fundamentos teóricos del deber de examen como requisito adicional y su aplicación particular a una o varias causas de justificación que pueden descansar sobre un mismo apoyo teórico.

## **1. El RG y el BGH**

El primero en defender y exigir este adicional presupuesto subjetivo de justificación fue el RG alemán, y posteriormente el BGH alemán, planteándolo sobre todo para supuestos de realización de abortos bajo el amparo del esta-

do de necesidad supralegal, para la salvaguarda de intereses legítimos y para las causas de justificación aplicables a la actuación funcional<sup>7</sup>.

La exigencia del deber de examen por la jurisprudencia de los tribunales alemanes obedece a un motivo político criminal claro: evitar las lagunas de punibilidad que se producen en el error vencible sobre la concurrencia en el hecho de la situación objetiva de justificación en aquellas causas de justificación que tienen aplicación en tipos penales que sólo castigan la comisión dolosa. Aplicando la teoría del error, el error vencible daría lugar a la impunidad porque la conducta imprudente no está tipificada (el RG y el BGH, desde una u otra teoría, excluyen el dolo en el error vencible sobre la situación objetiva de justificación). Para evitar esta consecuencia aparece el criterio del deber de examen como un requisito adicional en estas causas de justificación. Este requisito supone que para justificar la conducta dolosa es necesario que objetivamente concorra la causa de justificación, el sujeto sea consciente de que concurre y actúe con la voluntad de ampararse por la misma y además haya comprobado cuidadosamente que dicha situación objetiva de justificación efectivamente sí concurre. Si falta este requisito adicional del deber de examen, la conducta no está justificada y se exige la responsabilidad por el delito doloso correspondiente. Aplicado al error directo sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de la causa de justificación correspondiente, el error vencible ha de ser castigado con la pena del delito doloso, ya que no se ha cumplido con el requisito del deber de examen, requisito imprescindible para justificar la conducta (y en definitiva, para la admisión de efectos del error)<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Vid., sobre la jurisprudencia del RG y del BGH, que es seguida también por los tribunales inferiores, MÜLLER, *Der Irrtum über negative Tatumsstände*, 1958, 98 ss.; SENGMÜLLER, *Die Sonderbehandlung des Irrtums beim Notstand nach § 40 des Entwurfs des allgemeinen Teils eines StGB von 1958*, 1960, 1 ss., 6 ss.; LENCKNER, *FS H. Mayer* 1966, 167 s.; WAIDER, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente*, 1970, 121; RUDOLPHI, *Die pflichtgemässe Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung*, *GS Schröder* 1978, 73 s.; STEINBACH, *Subjektive Rechtfertigungselemente*, 1987, 244 ss., 278, 280; ROXIN, *AT I*, 3<sup>a</sup>, 1997, 533 s. (= *PG I*, 1997, 591). Siguen la solución adoptada por el RG y el BGH, WACHINGER, *Der übergesetzliche Notstand nach der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts*, *FG Frank I*, 1930, 516; FUHRMANN, *Die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Presse -BGHSt 18, 182, JuS 1970, 75 s.*

<sup>8</sup> Esta conexión entre el deber de examen y el planteamiento de la doctrina general del error por parte del RG y el BGH ha sido puesta de relieve por v. WEBER, *Sobre el error iuris en las más modernas tendencias jurídicas alemanas*, *ADP* 1953, 18; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, 201 s.; RUDOLPHI, *GS Schröder* 1978, 74; JUNGCLAUSSEN, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente*, 1987, 43 s.; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht. AT*, 5<sup>a</sup>, 1996, 466 (= JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general I*, traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde -en este punto Santiago Mir Puig-, 1981, 637 s.); ROXIN, *AT*

En la explicación ofrecida por los tribunales alemanes a favor del examen conforme a deber como presupuesto subjetivo adicional de algunas causas de justificación, en especial del estado de necesidad, este examen se extiende a la comprobación de si existe el conflicto de bienes jurídicamente protegidos que sólo se puede resolver con la lesión de uno de los bienes, así como a que se haya ponderado concienzudamente los bienes jurídicos que entran en colisión. Pues bien, con este razonamiento la jurisprudencia considera objeto del examen conforme a deber no sólo la existencia de la situación de estado de necesidad justificante, sino en igual medida el resultado de la ponderación de intereses; esto significa que el examen conforme a deber se aplica a la cuestión de si a pesar de la existencia de una situación de conflicto la conducta está o no justificada con la aplicación del estado de necesidad jurídicopenal, en definitiva, el deber de examen interviene en la comprobación de si la conducta es o no antijurídica<sup>9</sup>.

El recurso a la construcción del deber de examen por parte de la jurisprudencia del RG y del BGH es objeto de serias críticas, ya que se recurre a él como una forma de evitar lagunas de punibilidad, sin un fundamento dogmático claro, añadiéndose que no se trata realmente de un presupuesto subjetivo adicional, sino de una respuesta diversa al planteamiento general del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación: el error vencible da lugar a la exigencia de responsabilidad por el delito imprudente realizado, pero en aquellas causas de justificación que se aplican a tipos penales que incriminan sólo la conducta dolosa, para evitar la impunidad en caso de error vencible, se excepciona esta teoría y se construye la exigencia del deber de examen para no admitir el error sobre la situa-

---

I, 3<sup>a</sup>, 1997, 514, 534 (= PG I, 1997, 591 s.). FREISLEBEN/KIRCHNER/NIETHAMMER, StGB für das deutsche Reich, 1939, 85 s., 91, hacen una interpretación de la postura del RG que se desvía de las restantes opiniones de la doctrina. Estos autores exponen que el RG aplica el examen conforme a deber para admitir la justificación de la acción por estado de necesidad; el hecho no se justifica si el autor no ha examinado conforme a deber si existe el conflicto entre bienes jurídicamente protegidos, conflicto que sólo puede solucionarse con la lesión de uno de los bienes. Pero donde difieren de la interpretación general es en la consideración de que para el RG el examen conforme a deber es un requisito de toda causa de justificación; si este requisito falta en el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, pueden entrar en aplicación las reglas del dolo eventual; se basa el error en un examen contrario a cuidado de los presupuestos de la causa de justificación, puede venir en consideración no sólo la imprudencia, sino bajo determinadas circunstancias también puede venir en cuestión el dolo eventual.

<sup>9</sup> Vid., por todos, RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 78. Ciertamente, este autor reconoce que el sujeto ha tenido que esforzarse en el reconocimiento de la antijuridicidad de su conducta, pero el cumplimiento del deber de examinar la conformidad a Derecho de la propia conducta no puede ser presupuesto mismo del juicio de la conformidad a Derecho de dicha conducta. Antes bien, esto es idéntico a la cuestión acerca de la inevitabilidad de un error de prohibición en el sentido del § 17 StGB alemán.

ción objetiva de justificación o, si se admite el error, poder castigar por el delito doloso en todo caso<sup>10</sup>. En esta misma línea crítica se ha puesto de relieve la falta de coherencia sistemática por parte del RG y el BGH al exigir en una determinada causa de justificación el examen conforme a deber como condición necesaria para poder aplicar esta causa de justificación, pero no exige tal requisito adicional en otras variantes de la misma causa de justificación. En este sentido se pone como ejemplo que en el estado de necesidad (supralegal y, a partir de la reforma de 1975, el estado de necesidad regulado en el § 34 StGB), el deber de examen es un requisito de cumplimiento imprescindible para poder aplicar esta eximente, pero en el estado de necesidad jurídicocivil tal deber de examen no es un requisito necesario<sup>11</sup>.

Este recurso al deber de examen por el RG y el BGH se rechaza además considerando que no se puede aceptar que los vacíos de punibilidad aprobados por el legislador se intenten cerrar con construcciones que son cuestionables. Cuando tales casos sean considerados merecedores de pena, entonces el legislador debe prevenir tales conductas e incluirlas entre las

<sup>10</sup> Esta crítica ha sido puesta de relieve por LANGE, Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsabbruch, JZ 1953, 15; MÜLLER, Negative Tatumstände, 1958, 101 s.; SENGMÜLLER, Irrtum Notstand, 1960, 7 ss.; LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 183 s.; KRÜMPELMANN, Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum. Zugleich eine Stellungnahme zur Behandlung des Irrtums über Rechtfertigungsgründe im Entwurf 1962 und im Alternativ-Entwurf, GA 1968, 139; WAIDER, Die subjektiven Rechtfertigungselemente, 1970, 128; BLEI, Strafrecht I, AT, 18ª, 1983, 170 s.; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 252 s., 261 s.; ARZT/WEBER, Strafrecht, BT, 3ª, 1988, 176 s.; MÜLLER-DIETZ, Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung-BGH NJW 1988, 2310, JuS 1989, 280; HIRSCH, LK, 11ª, 1992, antes del § 32, nm. 54, § 34 nm. 48, 132, 140.

<sup>11</sup> Esta falta de coherencia en la jurisprudencia del RG es puesta de relieve por LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 170, quien para demostrar esta crítica pone el siguiente ejemplo: el partícipe en un accidente se aleja del lugar del accidente (§ 142 StGB) para llevar al herido al hospital y para ello usa otro coche porque el suyo ha sufrido daños (el ejemplo ha sido tomado de SCHRÖDER, Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959, FS Eb. Schmidt, 2ª, 1971, 296, si bien este autor lo había planteado para tratar cuestiones relativas al error directo sobre el estado de necesidad y la regulación de esta eximente en el Proyecto de 1959). En el ejemplo planteado, según esta interpretación jurisprudencial, el sujeto ha de examinar cuidadosamente si las lesiones de la víctima, por su clase y gravedad, justifican su alejamiento del lugar del accidente, pero este deber de examen ya no es necesario si conforme al § 904 BGB está permitida la utilización del coche de un tercero para realizar este traslado al hospital del accidentado. Le resulta curioso a LENCKNER este diferente tratamiento del deber de examen en una y otra causa de justificación, máxime cuando, en su opinión, la causa de justificación regulada en el § 904 BGB no es otra cosa que una concreción de los principios que también fundamentan el estado de necesidad supralegal. Se adhiere a esta crítica de LENCKNER, STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 252 s., 261 s.

prohibidas penalmente<sup>12</sup>. Las diferencias entre los autores que destacan la misma crítica en torno a la exigencia del deber de examen por los tribunales alemanes descansa en la propia teoría defendida sobre el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación; mientras unos discuten el recurso en favor de los postulados de la teoría estricta de la culpabilidad, otros critican tal solución que necesita apoyarse en la exigencia del adicional requisito del deber de examen, pero reconociendo que el resultado a que llegan los tribunales, castigar por el delito doloso, es la tesis adecuada en la solución del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, porque en definitiva de eso se trata cuando se actúa sin haberse cerciorado cuidadosamente de la situación fáctica concurrente (tesis con la que no estoy de acuerdo)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Obviamente, tales vacíos de punibilidad serán puestos de relieve, y en su caso aceptados, por los defensores de la teoría limitada de la culpabilidad, no así por los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, quienes no verán aquí ningún supuesto de vacío de punibilidad. Vid. SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, I Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre*, GA 1985, 372; STEINBACH, *Subjektive Rechtfertigungselemente*, 1987, 262, 272 s.; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª, 1991, 373 (= Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª, 1997, 449); PUPPE, *Zur Struktur der Rechtfertigung*, FS Stree/Wessels, 1993, 195; HIRSCH, LK, 11ª, 1994, § 34 nm. 77.

<sup>13</sup> Son partidarios de la teoría limitada de la culpabilidad o de la teoría del dolo y por tanto critican la tesis jurisprudencial sobre la exigencia del deber de examen, ya que supone llegar a las mismas consecuencias que la teoría estricta de la culpabilidad, el castigo por el delito doloso, Eb. SCHMIDT, *Das Reichsgericht und der "übergesetzliche Notstand"*, ZStW 49 (1929), 394; LANG-HINRICHSSEN, *Tatbestandslehre und Verbotsirrtum*, JR 1952, 305 s.; LANGE, JZ 1953, 9 ss., 12 ss.; SCHRÖDER, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach dem BGH*, MDR 1953, 71 s.; *Die Irrtumsprechung des BGH*, ZStW 65 (1953), 207 ss.; Arthur KAUFMANN, *Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum*, JZ 1956, 358, 393; ENGISCH, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründe*, ZStW 70 (1958), 607, 613; MÜLLER, *Negative Tatbestände*, 1958, 77 ss.; SENGMÜLLER, *Irrtum Notstand*, 1960, 7 ss., 37 s., 99 ss.; HARDWIG, *Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, ZStW 78 (1966), 14 s., 28; ESER/BURKHARDT, *Strafrecht I. Allgemeine Verbrechenselemente*, 4ª 1992, 149, 189 s. (= Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias, traducción de Silvina Bacigalupo Sagese y Manuel Cancio Meliá, 1995, 266, 324 ss.); DIECKMANN, *Pläyoder für die eingeschränkte Schuldtheorie beim Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, Jura 1994, 184; KÜHL, *Strafrecht AT*, 1994, 286. Son partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad y reconocen que la tesis del deber de examen es un reconocimiento jurisprudencial de esta teoría, WELZEL, *Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumproblematik*, JZ 1955, 142 ss.; *Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem*, ZStW 67 (1955), 215 s., 219; *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª, 1969, 92 (= Derecho penal alemán. Parte general, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª, 1997, 199 s.);

Pero el recurso al deber de examen como evitación de lagunas de punibilidad trae como resultado otra consecuencia también rechazable: si el sujeto ha supuesto de manera "descuidada" que la causa de justificación concurre en el hecho que se dispone a llevar a cabo y, efectivamente, la situación objetiva corresponde a dicha causa de justificación, en tal caso, y desde la explicación del RG y el BGH, el sujeto habrá actuado antijurídicamente, ya que no ha cumplido con el deber de examen como requisito necesario para poder apreciar dicha causa de justificación. El intento de resolver discutibles lagunas de punibilidad en el error vencible sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de justificación lleva a negar la justificación del hecho cuando la causa de justificación concurre realmente y el sujeto tiene conocimiento de la misma (e incluso puede actuar con el ánimo salvador), es decir, cuando tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado (si es una causa de justificación del resultado) han quedado compensados porque concurren los presupuestos, objetivos y subjetivos, de la causa de justificación. Explicada esta consecuencia que se extrae de la doctrina jurisprudencial planteada desde la fundamentación del injusto, esta teoría supondría castigar por ¡delito doloso consumado! cuando el sujeto actúa de manera descuidada y negligente pero su conducta, afortunadamente, no llega a lesionar ningún bien jurídico, es decir, cuando la infracción del deber de examen en la situación objetiva y subjetivamente justificada a lo sumo podría ser valorada como una tentativa imprudente (y, por tanto, impune)<sup>14</sup>. El intento de evitar una supuesta laguna de punibilidad inadmisibles a través de este expediente lleva a consecuencias muy graves, vulnerando los principios fundamentales del *ius puniendi*, como el principio de legalidad, de responsabilidad subjetiva y de proporcionalidad.

## 2. Causas de justificación que descansan en el principio de la ponderación de intereses.

El examen conforme a deber se ha conectado en alguna ocasión con la teoría de la ponderación de intereses y, por tanto, con la causa de justificación que se relaciona por excelencia con esta teoría, el estado de necesidad. En este sentido se ha considerado que el principio de la ponderación de intereses ha de presuponer que el sujeto examine con detenimiento si existe la situación de conflicto entre los diversos bienes jurídicos y pondere también

---

BÖRKER, Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irrtümliche Annahme der tatbestandlichen Merkmale einer anerkannten Rechtfertigungsgrund, JR 1960, 170; HERDEGEN, Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, FS 25 Jahre BGH, 1975, 208 s. PUPPE, FS Stree/Wessels 1993, 193 s., pone de relieve que si la teoría del deber de examen fundamenta la pena del delito doloso porque podía evitar el error con la actuación conforme a deber, entonces estamos ante la argumentación de la teoría estricta de la culpabilidad.

<sup>14</sup> En este sentido, por todos, ROXIN, AT I, 3ª, 1997, 534 (= PG I, 1997, 592).



con cuidado cual es el modo de resolver este conflicto. El incumplimiento de este especial deber de examen lleva como consecuencia la negación de la justificación de la conducta, aunque después se demuestre que realmente sí existía dicha situación de conflicto entre varios bienes jurídicos<sup>15</sup>.

En la fundamentación del deber de examen desde el principio de la ponderación de intereses destaca particularmente en España Carbonell<sup>16</sup>. Este autor reconoce que el deber de examen es un requisito adicional del ejercicio legítimo del cargo, según se desprende del art. 492 LECrim: la conducta del agente de policía que practica una detención estará justificada sólo en el caso de que tenga motivos racionalmente bastantes para efectuar la detención. Implícitamente es necesario por parte del agente una previa ponderación, un examen de la actuación conforme a deber, un análisis de que efectivamente se daban los requisitos necesarios. En este caso, el Derecho se ve

---

<sup>15</sup> Derivan el deber de examen del principio de la ponderación de intereses, entre otros, KLEE, *Das Recht auf Wahrheit als Grundprinzip des § 193 StGB*, FG Frank II, 1930, 489 s.; WACHINGER, FG Frank I, 1930, 489 s., 516; HUMBERT, *Subjektive Elemente der Rechtswidrigkeit in ihrer Bedeutung für die allgemeinen Rechtfertigungsgründe*, 1932, 33 s., 49 ss., 57 s.; ALLFEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts AT*, 9ª, 1934, 138 n. 41; BRAUN, *Die Bedeutung des subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts*, 1936, 51, 54 s.; SCHAFFSTEIN, *Der Irrtum bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen*, NJW 1951, 693, quien exige el deber de examen para la salvaguarda de intereses legítimos, pero no para el estado de necesidad, y sin embargo también esta causa de justificación está basada en el principio de la ponderación de intereses; HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, FS Mezger 1954, 274 s.; NOLL, *Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht*, ZStW 68 (1956), 188 s., 191; HELLMER, *Systematik des Strafrechts: Übersichten und Definitionen aus dem Strafrecht und der Kriminologie*, 1969, 24; HERDEGEN, LK, 9ª, 1974, § 193 nm. 15 ss.; SEIER, *Der praktische Fall-Strafrecht: Die unnötige Rettungsfahrt*, JuS 1986, 219; ARZT/WEBER, BT, 3ª, 1988, 176 s. KRÜPELMANN, GA 1968, 145, pone de relieve que el deber de examen en el estado de necesidad se deriva precisamente de las particularidades de esta causa de justificación. Parece estar pensando en la facultad que se concede con esta causa de justificación de sacrificar bienes jurídicos ajenos en la protección de intereses propios, lo que significa imponer al titular de dicho bien un sacrificio especial sobre su propio interés. EBERT, *Strafrecht AT*, 2ª, 1994, 140, destaca la discusión de si en las causas de justificación que exigen una compleja ponderación de intereses (en el estado de necesidad, consentimiento presunto, salvaguarda de intereses legítimos) han de exceptuarse las reglas del error de tipo permisivo en favor de la teoría estricta de la culpabilidad. Según él, esta discusión depende de las diferencias de opinión sobre el reconocimiento de un especial deber de examen en estas causas de justificación (pues en la lesión de este deber se ve como inadecuado el castigo por delito imprudente o la impunidad).

<sup>16</sup> CARBONELL, *La justificación penal*, 1982, 91 s., 100 s., 165 ss., 184; *El sistema de la justificación en el art. 20 CP de 1995*, CDJ: *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal*, 1996, 124 ss.; Art. 20.7, en Vives Antón (coordinador), *Comentarios al Código penal de 1995*, tomo I (arts. 1 a 233), 1996, 186, 190 ss.

necesitado de recurrir a un elemento subjetivo ya que, según su opinión, importa más que se practique la detención en los casos en los que racionalmente parece que se dan las condiciones para ello que esperar a la absoluta certeza de que el sujeto a detener sea culpable. Concluye este autor que si el sujeto, de acuerdo con una ponderación objetivamente correcta, llega a la conclusión de que debía actuar, su conducta estará justificada, aunque en un juicio *ex post* no haya resultado beneficiosa. Y para admitir este resultado el ordenamiento jurídico impone al ciudadano el deber de llevar a cabo un examen concienzudo a través del cual se compensa el desvalor de acción.

El planteamiento de Carbonell ha sido destacado con particularidad porque este autor es partidario de la teoría monista en la fundamentación de las causas de justificación; en su opinión, el fundamento de todas las causas de justificación descansa en el principio de la ponderación de intereses. Sin embargo, el deber de examen no tiene un reconocimiento general, aplicable a todas las causas de justificación, sino que este se explica en relación con el ejercicio legítimo del cargo y es aplicable a otros supuestos como el ejercicio legítimo de un derecho, pero falta un reconocimiento general, para todas las causas de justificación. En segundo lugar, el examen conforme a deber es planteado como un elemento subjetivo de la causa de justificación, pero luego su aplicación se produce en el ámbito del error, cuando el sujeto cree que concurre la situación objetiva de justificación y su error es (objetivamente) invencible. Pero este tratamiento del error invencible sobre la situación objetiva de justificación no es especial en el ejercicio legítimo del cargo; todos los supuestos de error invencible tienen el mismo resultado: el sujeto ha actuado cuidadosamente, diligentemente, y estamos por tanto ante el caso fortuito como causa de justificación de la acción<sup>17</sup>. El propio Carbonell reconoce que el deber de examen no es un requisito adicional del ejercicio legítimo del cargo cuando admite que en la situación objetiva de justificación tal deber de examen no es necesario, y por tanto limita su aplicación a los casos de error invencible sobre la situación objetiva del ejercicio legítimo del cargo<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Sobre el reconocimiento del caso fortuito como causa de justificación de la acción, LUZON PEÑA, Causas de atipicidad y causas de justificación, en LUZON PEÑA/MIR PUIG, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, 1995, 33 s.; Caso fortuito, EJB I, 1995, 950 ss.; Causas de justificación, EJB I, 1995, 989 s.; Curso de Derecho penal. Parte general I, 1996, 575, 635 ss.

<sup>18</sup> CARBONELL, La justificación penal, 1982, *passim*, y especialmente 157 s., 163 ss., 167. Pero lo que no tiene coherencia con este planteamiento es que diga que en el caso de no cumplimiento del deber de examen recobra vigencia la primacía del valor de resultado para justificar la conducta. Porque por mucho que este autor intente justificar en ciertas causas de justificación la relevancia del valor de acción por el interés en la protección del funcionamiento de la Administración de Justicia, esto no puede esconder lo que hay efectivamente, que en casos excepcionales, en algunos de ellos expresamente previstos por la ley, el valor de acción puede servir para

Pero tampoco el principio de la ponderación de intereses justifica la exigencia del deber de examen como un presupuesto subjetivo adicional para algunas causas de justificación. En este sentido ha de señalarse que la ponderación de bienes o intereses tiene lugar desde puntos de vista objetivos, no porque el sujeto haya examinado cuidadosamente si el conflicto entre los bienes jurídicos se ha producido; si el sujeto tiene conocimiento de la situación objetiva de justificación su conducta está justificada, no porque haya llegado a este conocimiento por una cuidadosa comprobación de la situación objetiva y del conflicto entre los bienes jurídicos, sino porque dicha situación objetiva concurre realmente y en la misma se admite la lesión de un bien jurídico para proteger otro de igual o superior valor<sup>19</sup>.

---

justificar la conducta pese a concurrir el desvalor de resultado. La tesis del autor español significa alternar entre el valor de acción/valor de resultado según convenga a efectos de excluir la responsabilidad penal. Pero estos conceptos además están utilizados de manera que no me parece del todo correcta, la ausencia del examen conforme a deber tiene relevancia sólo cuando los presupuestos objetivos de justificación no concurren, porque en otro caso estaremos ante una suposición negligente de la situación justificante objetivamente existente; pero esto es penalmente irrelevante y sin embargo, si el deber de examen es verdaderamente un presupuesto subjetivo de la correspondiente causa de justificación, en caso de no ser cumplido se podría decir que tal suposición superficial puede entrañar una infracción del deber de cuidado exigido por el ordenamiento jurídico y por tanto existe un cierto desvalor subjetivo de acción.

<sup>19</sup> Rechazan la derivación del deber de examen del principio de la ponderación de bienes e intereses, entre otros, Eb. SCHMIDT, ZStW 49 (1929), 390 s.; LANGE, JZ 1953, 12; LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 171; WAIDER, Die subjektiven Rechtfertigungselemente, 1970, 122, n. 12, quien expone opiniones doctrinales sobre la concepción objetiva del conflicto de intereses, no a través de un examen conforme a deber; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 251, 254, 257; EBERT, AT, 2ª, 1994, 61; GROPP, Strafrecht AT, 1997, 193. Expone STEINBACH las discusiones en torno al § 34 StGB así como las fundamentaciones del Proyecto de 1962 (p. 255), resultando rechazado el presupuesto adicional del examen conforme a deber, pues basta el hecho de que el resultado externamente sea guiado por una voluntad salvadora, que aparezca una acción de estado de necesidad ponderada acertadamente según los presupuestos mencionados en esta eximente, y por tanto basta con que los presupuestos se den objetivamente, no es necesaria la prueba de que el sujeto mismo ha ponderado la situación de necesidad. Si el sujeto ejecuta una acción objetiva y subjetivamente conforme a Derecho, que lo haga según un examen exacto o inexacto de la situación, esto no puede desempeñar ningún papel en Derecho penal respecto de los delitos dolosos. Cuando el autor actúa objetivamente conforme a Derecho y cumple los presupuestos subjetivos de justificación, en tal situación se excluye el desvalor de resultado pero también el desvalor de acción, por lo que resulta curioso que la falta de un examen conforme a deber anule esta situación y deba conducir nuevamente a la pena del delito doloso (en este punto se hace eco de la crítica mantenida en su momento por WELZEL, JZ 1955, 143). Tampoco el argumento de SCHAFFSTEIN convence a este autor (la permisión del sacrificio del bien ajeno a favor del propio obliga a un examen cuidadoso de los intereses que colisionan), pues, si esta argumentación fuera correcta, entonces no

### 3. El deber de examen y el juicio *ex ante*

En otras ocasiones este adicional presupuesto subjetivo de justificación se une al juicio *ex ante* aplicado en algunas causas de justificación. Desde esta explicación, se considera que la perspectiva *ex ante* en las causas de justificación está unida a los casos en los que se justifica excepcionalmente un resultado ilícito por la incertidumbre existente en el momento en que se realiza la acción. Para restringir en la mayor medida posible esta consecuencia es preciso que se exija en tales causas de justificación el especial presupuesto subjetivo de justificación consistente en el examen cuidadoso de la situación objetiva; sólo en los casos en que se haya cumplido este deber de examen en la situación de incertidumbre sobre la concurrencia o no de la causa de justificación se podrá admitir la causa de justificación<sup>20</sup>.

Pero tampoco esta explicación es demostrativa de la existencia de este requisito adicional en algunas causas de justificación y esta conclusión se puede extraer de las siguientes consideraciones. Por un lado, para un sector doctrinal, la perspectiva *ex ante* en la comprobación de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no se circunscribe a aquellas eximentes que autorizan excepcionalmente supuestos de error invencible, es decir, a aquellas causas de justificación en que excepcionalmente se equipara la justificación putativa con la justificación real, sino que tiene aplicación general, derivada de su vigencia en toda la teoría del delito con carác-

---

se explica que sea un requisito subjetivo de la salvaguarda de intereses legítimos y no lo sea para otras causas de justificación estructuradas de igual manera (si fuera justo que se exigiera el deber de examen para compensar el derecho de intervención en bienes ajenos, entonces esto debía regir también para la legítima defensa y el estado de necesidad jurídicocivil) (p. 263). Quizás se podría argumentar en contra de la exigencia del deber de examen en la legítima defensa aludiendo al doble fundamento de esta eximente y a la doble defensa que efectúa el agredido al reaccionar contra el agresor, la defensa de sí mismo y la defensa del mismo ordenamiento jurídico. Esto podría permitir una comprobación menos cuidadosa de la situación antijurídica, al igual que esta razón explica la mayor permisibilidad en la acción defensiva frente a otras causas de justificación. Pero el argumento doctrinal esgrimido favorable a una relajación de las exigencias del deber de examen en la legítima defensa se debe al peligro que se corre en la comprobación cuidadosa de que la agresión inminente se convierta en efectiva y haga inútil toda defensa, mientras que en el estado de necesidad la situación de peligro para el bien jurídico no ha sido provocada por otra persona, y los bienes que están en colisión merecen la misma protección jurídica por el Derecho.

<sup>20</sup> Esta es la opinión de JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, 1996, 331 (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 450). También admiten el deber de examen como derivación de la perspectiva *ex ante* HENKEL, FS Mezger 1954, 274 s.; BLEI, AT, 18ª, 1983, 170; COBO/VIVES, Derecho penal PG, 4ª, 1996, 448.

ter general<sup>21</sup>. Al igual que en la fundamentación del injusto la perspectiva *ex ante* adquiere relevancia para juzgar si una conducta ha de estar o no prohibida, esto es, para fundamentar el desvalor subjetivo de acción —doloso o imprudente—, lo mismo sucede en la exclusión del injusto, la concurrencia o no de los presupuestos objetivos de una causa de justificación se ha de valorar en el momento en el que el sujeto se dispone a actuar. De esto no se deduce un especial deber de comprobación y examen de la situación objetiva, al igual que en la fundamentación del injusto no se exige un especial deber de examen distinto del que se deriva de la actuación diligente.

En segundo lugar, las causas de justificación están compuestas, en sus presupuestos, por elementos o requisitos de pronóstico o inciertos en el sentido de que su presencia depende de cómo se desarrollen los acontecimientos y la decisión final de si concurre o no la causa de justificación sólo se puede adoptar desde una perspectiva *ex post*, cuando se conocen todos los hechos y el propio desarrollo de la situación incierta. En esto descansa la idea de incertidumbre que se plantean los partidarios del deber de examen como requisito adicional. Pero la aplicación de la causa de justificación no depende de la comprobación cuidadosa y concienzuda del sujeto que se dispone a actuar, sino de la propia presencia de dicha situación de incertidumbre o de la presencia de los requisitos que componen los elementos de pronóstico. En este planteamiento es objeto de discusión el criterio que ha de utilizarse para concluir que concurren las circunstancias que dan contenido al elemento de pronóstico o al elemento compuesto por una variable de incertidumbre, si ha de recurrirse a la valoración que realice el sujeto cuidadoso y prudente en el sector de la actividad en la que se desarrolla esta conducta, se ha de recurrir al punto de vista de un experto o se decide desde el punto de vista del sujeto concreto que lleva a cabo el hecho<sup>22</sup>. Si la situación de incertidumbre concurre y la decisión sobre su existencia se toma desde el punto de vista del sujeto cuidadoso o prudente en ese sector de la actividad, esta no desaparecerá porque el sujeto considere que la causa de justificación concurre y haya llegado a esa conclusión desde una consideración superficial de los hechos.

---

<sup>21</sup> Vid., en este sentido, NOWAKOWSKI, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 26, Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe, ÖJZ 1977, 576; RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 75 s., 81 s., 84 s., 87 s., 89 ss.; Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, GS Armin Kaufmann 1989, 370 ss.; WOLTER, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystems, 1981, 38, 137 ss.; FRISCH, Vorsatz und Risiko, 1983, 424 ss.; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 263, 270 ss., 282 ss., 286 ss.; JAKOBS, AT, 2<sup>a</sup>, 1991, 362 (= PG, 2<sup>a</sup>, 1997, 436); VALLE MUÑIZ, El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal, 1994, 55 ss.; MIR, Manual de Derecho penal PG, 5<sup>a</sup>, 1998, 138 ss.

<sup>22</sup> Sobre esta cuestión vid., más ampliamente, ROXIN, AT I, 3<sup>a</sup>, 1997, 535 s. (= PG I, 1997, 593 s.).

La falta de certeza sobre la concurrencia o no de la causa de justificación y el examen superficial de dicha situación objetiva en la que se dispone a actuar el sujeto podrá dar lugar al planteamiento de la construcción del dolo eventual respecto de la no concurrencia de la situación objetiva de justificación y, en consecuencia, a plantear un caso de ausencia del presupuesto o elemento subjetivo de justificación. O al caso contrario, la representación de la posibilidad de que concorra dicha situación objetiva de justificación y su aceptación con un mínimo de fundamento objetivo, para compensar el desvalor subjetivo de acción del hecho típico.

Si el sujeto no cumple con el deber de examen, esto es, no actúa con la diligencia y cuidado del hombre prudente en este sector de la actividad, tendrá que responder por la conducta realizada si la situación justificante objetivamente no concurre, porque el sujeto, cuando se dispone a actuar, sí es consciente de dicha incertidumbre, o debió ser consciente de la misma (y ahí radica la infracción de las normas de cuidado o la posible responsabilidad por la conducta dolosa realizada porque el sujeto ha actuado con dolo eventual). Y el hombre cuidadoso y diligente sí se habría dado cuenta de que dicha situación incierta no constituye una situación objetiva de justificación.

Por otra parte, este deber de examen no es una explicación genérica para todas las causas de justificación en que se aplica el criterio de la perspectiva *ex ante*. Este es el caso de Cobo/Vives<sup>23</sup>, quienes reconocen la aplicación de esta perspectiva en el estado de necesidad y en el ejercicio legítimo del cargo, pero creen que sólo en esta segunda causa de justificación es necesario el cumplimiento del deber de examen para la justificación de la conducta del agente de la autoridad.

#### 4. El deber de examen y la *lex artis*

No han faltado autores que han fundamentado el deber de examen en las causas de justificación en las que ha de intervenir un facultativo como derivación de los específicos presupuestos que han de justificar la intervención de estos profesionales, en concreto, el deber de examen tendría su explicación en la aplicación de la *lex artis* con la que han de actuar estos sujetos. Este es el parecer de BLEI<sup>24</sup> en relación con la justificación de las intervenciones abortivas a través de la aplicación del estado de necesidad. En su opinión toda interrupción del embarazo debe ir precedida por un examen conforme a

<sup>23</sup> COBO/VIVES, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 497 s., donde reconocen que la perspectiva *ex ante* en el estado de necesidad supone el reconocimiento del genérico presupuesto subjetivo de justificación, la voluntad de salvación, pero no significa la exigencia del presupuesto subjetivo adicional, el deber de examen.

<sup>24</sup> BLEI, Der Tatbestandsbegriff des § 59 StGB und der Irrtum über einem Rechtfertigungsgrunde, 1956, 313 ss.

deber de los presupuestos de la indicación médica. En caso de que exista un peligro real para la mujer embarazada y el médico no esté convencido de la existencia de este peligro que amenaza a la mujer, pero pese a todo practica el aborto, su intervención es antijurídica. De esto resulta que en la falta de examen o en el examen insuficiente todo error del médico debe ser un error de prohibición, a tratar según las reglas del error de prohibición. La justificación de una intervención médica presupone una acción que corresponda a las reglas del arte médico. A esta *lex artis* pertenece la exigencia de que a toda actuación médica debe ir precedida de un diagnóstico tras un examen cuidadoso de la situación<sup>25</sup>.

Esta tesis supone que en los tipos penales que pueden ser justificados a través del ejercicio legítimo de la profesión médica el deber de examen como presupuesto subjetivo adicional se deriva de las reglas de la ciencia médica; el incumplimiento de esta *lex artis* dará lugar a la inaplicación de esta causa de justificación, aun cuando la situación objetiva justificante concorra realmente<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> El ejemplo que este autor expone de falta de examen conforme a deber realmente plantea el problema del dolo eventual sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de justificación, por tanto no es un supuesto de error de prohibición, sino de la admisibilidad de formar el contenido de los presupuestos subjetivos de justificación con la construcción del dolo eventual. Como mucho, este caso se tendrá que tratar como un supuesto de ausencia del presupuesto subjetivo de justificación si realmente la situación de justificación objetivamente sí existe, o ante un caso de suposición errónea de la situación objetiva de justificación, si tales presupuestos objetivos realmente no concurren. Esta solución que propone BLEI viene a coincidir con la propuesta de la teoría estricta de la culpabilidad, pero en opinión de este autor esto no significa una reinterpretación de las reglas del error (BLEI es partidario de una teoría que se asemeja en gran parte a la teoría de los elementos negativos del tipo, él mismo hace uso de esta terminología después de haber aclarado cuáles son sus diferencias con esta teoría), sino que es una consecuencia forzosa de la estructura de la causa de justificación de la indicación médica en el aborto por un lado y de las reglas de la teoría de la culpabilidad por otro. Significa que el médico está obligado, no sólo por el Derecho, sino también por las reglas de su profesión al examen cuidadoso de sus presupuestos. Bajo la exigencia del examen conforme a deber de los presupuestos de la interrupción puede colocarse la misma consideración de la tentativa imposible: la anticipación de la protección penal con la introducción de un especial presupuesto subjetivo de justificación no tiene como objeto el conflicto entre la embarazada y el feto, sino que el efecto corruptor que parte de un manejo laxo de la indicación médica alcanza el peligro de una solución injusta de un caso individual de colisión. En el resultado esta teoría coincide con el resultado de la teoría estricta de la culpabilidad; se aplican las reglas de la teoría de la culpabilidad al médico que no ha examinado cuidadosamente los presupuestos de la intervención; en el examen cuidadoso de la situación se produce la impunidad de la conducta.

<sup>26</sup> Esta opinión es defendida, además de por BLEI, por WACHINGER, FG Frank I, 1930, 487, 489 s.; SCHROEDER, Anmerkung zu BGH Ur. 25.8.1975-2StR 541/74, JZ 1977, 140, quien pone de relieve que el examen conforme a deber de las indicaciones en

Tampoco el requisito de la actuación conforme a la *lex artis* como elemento necesario para justificar la actuación médica es una prueba de la existencia de un especial presupuesto subjetivo de justificación en el sentido del deber de examen. Este elemento hace alusión al modo en que debe actuar un determinado sujeto en el ejercicio de una profesión. La *lex artis* significa la aplicación adecuada, correcta, del tratamiento prescrito o indicado para combatir una determinada enfermedad o patología<sup>27</sup>, es decir, el sujeto ha de actuar de manera diligente y cuidadosa en la realización de la intervención curativa. Antes de llegar a esta fase de práctica de la intervención curativa, el médico ha de averiguar el verdadero estado de salud del enfermo, así como las posibles alternativas existentes para alcanzar la curación. En esta labor previa no existe un especial deber de examen distinto del que se deriva del deber de cuidado y diligencia que ha de observar el sujeto prudente y cuidadoso en cualquier sector de actividad. El incumplimiento de este deber de cuidado y diligencia sólo adquiere relevancia cuando el tratamiento médico no está objetivamente indicado o cuando, pese a ser el objetivamente correcto, este se practica de manera descuidada o negligente. En ocasiones podrá suceder que la adopción de una decisión sin haber examinado previamente los hechos concurrentes podrá dar lugar a que el médico no suponga que concurre la situación objetiva justificante, o en todo caso se podrá plantear una situación similar a la del dolo eventual en relación con el tipo positivo: la suposi-

---

el aborto se deriva de un elemento contenido en el tenor literal del § 218 a StGB. Todas las indicaciones tienen el reconocimiento médico como presupuesto, y este se interpreta predominantemente como un estado objetivo según las experiencias de la ciencia médica. Pero al reconocimiento mismo pertenece que el médico agote todas las fuentes de reconocimiento a su alcance. Desde este contenido del reconocimiento médico ha partido el legislador en la concepción de las indicaciones en el aborto. Esta tesis desarrollada en el § 218 a StGB no prejuzga su extensión a otras causas de justificación.

<sup>27</sup> Vid., por todos, ROMEO CASABONA, El médico y el Derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), 1981, 160. En esta cuestión se produce una discusión previa sobre la naturaleza de la exención de la responsabilidad penal en la actuación médica curativa: si estamos ante una conducta atípica por faltar el tipo subjetivo o el tipo objetivo, o se trata de la justificación de la actividad médica a través del consentimiento, o el ejercicio legítimo de una profesión (u otras causas de justificación). No podemos detenernos en esta cuestión, y tan sólo quiero dejar apuntada esta discusión doctrinal que se plantea en torno a la actividad médica y la exención de responsabilidad penal en relación con los delitos de lesiones y homicidio. Otra cosa es la solución en el delito de aborto, pues aquí la actividad médica sí se inscribe en una causa de justificación, aunque también en relación con las indicaciones en el aborto existe discusión doctrinal sobre su naturaleza jurídica. Para más detalles, por todos, LUZON PEÑA, Indicaciones y causas de justificación en el aborto, CPC 1988, 629 ss. (= PJ 13, 1989, 27 ss. = Estudios penales, 1991, 327 ss.); Indicaciones y causas de justificación en el aborto: requisitos generales, Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, LH Beristain, 1989, 779 ss.; Indicaciones en el aborto, EJB III, 1995, 3527 ss.



ción por parte del médico de la situación objetiva de justificación no tiene un apoyo lógico y razonable, ya que ha llegado a esta conclusión sin una mínima comprobación de la situación objetiva; en este caso faltará el elemento subjetivo necesario para justificar su conducta y se le castigará por tentativa de delito (si la causa de justificación sí concurría objetivamente). Pero podrá suceder que el médico, pese a que no ha cumplido con el deber de examen, considere que concurre la situación objetiva de justificación y llegue a esta conclusión con un mínimo de fundamento objetivo y en tal caso sí concurrirá el elemento subjetivo de justificación necesario para compensar el desvalor subjetivo de la acción<sup>28</sup>.

De la justificación del aborto practicado por un médico tampoco se deriva el especial presupuesto subjetivo de justificación. Ciertamente, el aborto se realizará normalmente por un médico ya que sólo este podrá comprobar que concurre alguna de las indicaciones para justificar el aborto y porque así se exige expresamente en el sistema de indicaciones en nuestro ordenamiento jurídico, así como en el ordenamiento alemán (reguladas en el art. 417 bis CP 1944/73, precepto que sigue en vigor según lo dispuesto en la DD 1. a CP 1995 y en el § 218 a StGB). Pero de esto no se deriva que el médico haya de aplicar un especial cuidado y atención en la comprobación del estado de la embarazada, distinto del cuidado y atención necesarios para realizar una conducta diligente en cualquier sector de la actividad humana<sup>29</sup>. En definitiva,

---

<sup>28</sup> Este planteamiento supone aplicar la construcción defendida por LUZON PEÑA, PG I, 1996, 426 s., del dolo eventual desde la teoría restringida del consentimiento para la formación del elemento subjetivo de justificación: si el sujeto se representa la posibilidad de que concorra la causa de justificación y admite esta posibilidad desde un mínimo fundamento objetivo, no habrá dolo objetivamente malo, pues es consciente de la concurrencia de la causa de justificación. Si el sujeto se representa la posibilidad de que concorra la causa de justificación pero llega a esta conclusión sin un mínimo fundamento objetivo, habrá actuado dolosamente y, en caso de concurrir realmente la causa de justificación, se le castigará por tentativa de delito. En este sentido tiene razón MUÑOZ LORENTE, Libertad de información, 1999, 427 ss., cuando considera que el deber de examen tiene también relevancia como instrumento para el análisis de la concurrencia del elemento subjetivo de justificación; el deber de examen sirve para probar que concurre este elemento subjetivo, aunque reconoce que se puede probar por otras vías.

<sup>29</sup> LENCKNER, Notstand, 1965, 200, admite que sólo el médico está autorizado para practicar un aborto, pero no por exigencias del especial deber de cuidado o examen derivado de la *lex artis*. En su opinión, el lego no está en la situación de juzgar si existe un conflicto entre bienes jurídicamente protegidos que sólo puede solucionarse con la lesión de uno de estos bienes. Esto significa que la actuación del lego será un medio innecesario o inadecuado, pero la exclusión de la causa de justificación no se debe a la exigencia del especial presupuesto subjetivo de justificación. A esto yo añadiría que en ocasiones el aborto se practicará por un no médico y sin embargo podrá estar justificado, no a través del art. 417 bis CP anterior, aún hoy en vigor, pero sí a través del genérico estado de necesidad del art. 20.5 CP. En contra del deber de

en la actividad médica no existe un especial presupuesto subjetivo de justificación, el examen conforme a deber, necesario para autorizar la intervención. El deber de examen es el propio de la actuación diligente (no uno especial y distinto).

## 5. Causas de justificación de la acción y causas de justificación del resultado

La defensa del presupuesto adicional del examen conforme a deber está conectado con una de las versiones de la distinción entre causas de justificación del resultado y causas de justificación sólo de la acción<sup>30</sup>. Y para estas últimas es para las que rige tal exigencia. Sin embargo, no todos los autores que defienden este presupuesto subjetivo adicional lo aplican a todas las causas de justificación de la acción. Veamos cómo opera este presupuesto subjetivo adicional.

Rudolphi<sup>31</sup> expone que la teoría partidaria del examen conforme a deber como presupuesto subjetivo adicional de algunas causas de justificación se basa en la aceptación de la división de las causas de justificación en dos tipos estructuralmente diferentes: En el primer grupo se incluyen aquellas que presuponen objetivamente sólo una determinada circunstancia externa. Si esta concurre objetivamente, se compensa el desvalor de resultado y con esto se excluye la condena por delito doloso consumado. Si además el sujeto conoce la existencia de la causa de justificación, tampoco procede el desvalor de acción y la posibilidad de condena por tentativa. En el segundo grupo se incluyen las causas de justificación que no sólo presuponen objetivamente una determinada circunstancia, sino que más allá de eso exigen que el autor haya comprobado esa circunstancia basándose en un examen conforme a deber antes de su acción, o en que incluso la falta de una circunstancia justificante se sustituye con el examen conforme a deber. El efecto justificante, tanto la compensación del desvalor de resultado como el de acción, dependerá también de que el autor haya examinado conforme a deber la existencia de los presupuestos objetivos de justificación. En las causas de justificación que suponen sólo autorización de la acción y que se explican desde el riesgo

---

examen en las indicaciones en el aborto, SAX, *Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a StGB*, JZ 1977, 333 s., para quien el § 218 a StGB no es una causa de justificación, sino que es un presupuesto negativo de merecimiento de pena que actúa objetivamente, aunque el médico no sepa que concurren objetivamente sus presupuestos.

<sup>30</sup> Esta distinción entre causas de justificación del resultado y causas de justificación de la acción no se corresponde con la tesis de LUZON PEÑA, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1995, 33 s.; EJB I, 1995, 989 s.; PG I, 1996, 575 s., y que me parece acertada.

<sup>31</sup> RUDOLPHI, *GS Schröder* 1978, 74 s.

permitido, la omisión del deber de examen hace que el hecho siga siendo antijurídico.

En esta tesis destaca de forma especial Lenckner<sup>32</sup>. Para este autor la salvaguarda de intereses legítimos es un caso especial de aplicación del principio de riesgo permitido en el que se justifica la lesión del honor aunque en el resultado el autor haya actuado injustamente, es decir, aunque no concurrieran efectivamente los presupuestos objetivos de esta eximente. Sólo cuando el autor, con un examen conforme a deber de la situación, excluye el peligro de una lesión del honor injustificada en el resultado estará amparado por esta causa de justificación. Lo mismo sucede en las otras causas de justificación de la acción que descansan en el riesgo permitido: el consentimiento presunto cuando voluntad real del lesionado y voluntad presunta no coinciden, y el ejercicio de cargos públicos efectuada sin los necesarios presupuestos objetivos<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> LENCKNER, Notstand, 1965, 203 y n. 51; FS H. Mayer 1965, 178 ss.; StGB, 25ª, 1997, antes de los §§ 32 nm. 11, 18 ss., 58, 86, § 193 nm. 23.

<sup>33</sup> Vid., también, HIRSCH, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der ZStW (Teil II), ZStW 94 (1982), 264; LK, 11ª, 1992, antes del § 32 nm. 54, 146, 156, quien admite el deber de examen en la actuación funcional; ASUA BATARRITA, La tutela jurídica del honor. Consideraciones polímicriminales en relación a la LO 1/1982, LH Fernández Albor 1989, 28 s., en la libertad de información y expresión; GOMEZ PAVON, La intimidación como objeto de protección penal, 1989, 90 s., para el derecho a la información y la actuación funcional; HERDEGEN, LK, 10ª, 1989, § 193, nm. 30, en la salvaguarda de intereses legítimos; BERDUGO, Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, especial referencia a su problemática jurídicopenal, ADP 1991, 348, quien cita la doctrina del TC sobre el derecho a la información, poniendo de relieve la aplicación de la doctrina del riesgo permitido en esta causa de justificación; MAURACH/ZIPF, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch I, 8ª, 1992, 399 s., 407 (= Derecho penal. Parte general I. Teoría general del DP y estructura del hecho punible, traducción de J. Bofill y E. Aimone, 1994, 481 s., 494 s., 504), en el estado de necesidad, el consentimiento presunto y en la actuación funcional sí hay examen conforme a deber (no en el § 127 I StPO). En el caso en que el sujeto que invoca el consentimiento presunto sin realizar el examen conforme a deber distinguen dos supuestos, ambos referidos al error: si no conoce las circunstancias fácticas que resultan decisivas para el enjuiciamiento de la voluntad presunta del afectado, el error se resuelve según las reglas del error de tipo. Si el autor conoce todas las circunstancias fácticas cuya subsunción es necesaria pero procede erróneamente en el enjuiciamiento, el error es de valoración a resolver según las reglas del error de prohibición. Pero lo que no se plantean entonces es el caso de no cumplimiento del deber de examen, pero en que sí concurren los presupuestos necesarios para concluir en la existencia del consentimiento presunto; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, 1996, 330 s., 388, 392, 402 ss., 466 s. (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 449 s., 526 ss., 537, 544 s., 554, 638), quienes admiten el deber de examen en el consentimiento presunto, la salvaguarda de intereses legítimos y la actuación del funcionario; GROPP, AT, 1997, 211, 216, en el consentimiento presunto y en la salvaguarda de intereses legítimos; LACKNER,

El examen conforme a deber en estos casos, a diferencia de la formulación efectuada por el RG y el BGH, no opera como un presupuesto subjetivo adicional que restringe el ámbito de eficacia de la causa de justificación —el sujeto no sólo tiene que conocer y querer el hecho justificante, sino que además dicho conocimiento tiene que ser fruto de un examen cuidadoso de la situación—, sino que tal examen lo que viene a hacer es suplir por completo la ausencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación correspondiente: la actuación que sigue al examen cuidadoso de la situación es conforme a Derecho aunque no concurren los presupuestos objetivos de la causa de justificación. En los casos de concurrencia objetiva de la causa de justificación, bastará con el presupuesto subjetivo genérico, sea entendido en sentido volitivo, sea en sentido cognoscitivo<sup>34</sup>. Ahora bien, esta teoría sí coincide con la jurisprudencia del RG y el BGH en los casos de ausencia de la situación objetiva de justificación en los que además el sujeto no ha cumplido

---

StGB, 22<sup>a</sup>, 1997, § 17 nm. 17 s., § 193 nm. 10, para el consentimiento presunto y la salvaguarda de intereses legítimos; HAFT, Strafrecht AT, 8<sup>a</sup>, 1998, 78, 109, en el consentimiento presunto; WESSELS/BEULKE, Strafrecht AT, 28<sup>a</sup>, 1998, 110 (= WESSELS, Derecho penal PG, traducción de Conrado A. Finzi, 1980, 103 s.), en el consentimiento presunto.

<sup>34</sup> LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 178 ss., 181; StGB, 25<sup>a</sup>, 1997, antes de los §§ 32 nm. 19, 59; ALONSO ALAMO, Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales, ADP 1983, 150; HIRSCH, LK, 11<sup>a</sup>, 1992, antes del § 32 nm. 54 y 146; MAURACH/ZIPF, AT I, 8<sup>a</sup>, 1992, 399 s. (= PG I, 1994, 494); JESCHECK/WEIGEND, AT, 5<sup>a</sup>, 1996, 330 s. (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 450). En contra AMELUNG, Die Rechtfertigung und Entschuldigung vom Polizeibeamten im deutschen Recht, Rechtfertigung und Entschuldigung II, 1988, 1345 s., pues en opinión de este autor la ausencia del examen conforme a deber sólo conduce a estimar presente el desvalor de acción, pero si la decisión se mantiene dentro de lo sostenible objetivamente las consecuencias serán jurídicamente deseadas, y por tanto faltará el desvalor de resultado. En definitiva, el examen conforme a deber para él es un presupuesto subjetivo adicional que no sustituye la ausencia de la situación objetiva de justificación. En la doctrina española, CORDOBA, El delito de detenciones ilegales, ADP 1964 383-404, ADP 1965, 5-32, especialmente, 13 ss., se planteó si la creencia racional de que el detenido se halla comprendido en algunos de los supuestos del art. 492 LECrim, representa simplemente el elemento subjetivo que debe concurrir junto a la situación objetiva para autorizar la conducta privativa de libertad o si por el contrario encierra un significado mayor de determinar por sí sola, con independencia de cuál sea la situación objetiva, la justificación de la detención. Para este autor la solución correcta es la segunda de las posibilidades interpretativas. En el estado de necesidad y en la salvaguarda de intereses legítimos, PAEFFGEN, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979, 158 s., expone que se reconoce un especial deber de examen de los presupuestos de la autorización por parte de la doctrina y la jurisprudencia; incluso esta última retiene esta exigencia adicional en la existencia de los elementos de la causa de justificación. Por su parte, un amplio sector doctrinal exige el deber de examen al menos en los casos de error aunque se trate sólo de un criterio sobre la evitabilidad y con esto se incluye en el marco de las explicaciones sobre la culpabilidad.

con el examen conforme a deber de la situación. En tales casos, al no cumplirse con el requisito adicional del deber de examen, la causa de justificación no se aplica (y esto es correcto, pues la situación objetiva de justificación no concurre), pero tampoco se excluye la responsabilidad por el delito doloso realizado, pese a que el sujeto ha supuesto que dicha situación objetiva sí concurriría. Esto es, a través del examen conforme a deber como requisito adicional en las causas de justificación de la acción, el error vencible sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no tiene la virtualidad de excluir el dolo.

Esto viene a demostrar nuevamente que el deber de examen no es un especial presupuesto subjetivo en las causas de justificación de la acción. La diferencia entre las causas de justificación de la acción y las causas de justificación del resultado no estriba en la exigencia o no de un especial presupuesto subjetivo, sino en la compensación o no del desvalor de resultado que resulta de la realización del tipo indiciario<sup>35</sup>. Es más, para las causas de justificación del resultado también es necesario un examen conforme a deber de la concurrencia de la situación de necesidad en el sentido de que si no concurre objetivamente la causa de justificación y el sujeto ha supuesto descuidadamente su concurrencia, en tal caso no podrá justificarse su conducta. Esto significa que el deber de examen adquiere relevancia tanto en las causas de justificación de la acción como en las causas de justificación del resultado en el mismo caso: en la suposición negligente, descuidada, imprudente, de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, pero no en otro sentido.

Se critica la función que opera el examen conforme a deber, o sea, la de suplir la ausencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación de la acción, porque la respuesta que debe darse en caso de ausencia de la situación objetiva justificante es la propia del error; es decir, que estaremos ante una justificación putativa, donde la existencia o no del examen cuidadoso de la situación vendrá en consideración a efectos de determinar la vencibilidad o invencibilidad del error. En este sentido podemos destacar la opinión de Gómez Benítez<sup>36</sup>, quien pone de relieve que la exigencia del deber de examen o supone exigir el conocimiento de la conformidad a Derecho de la conducta (elemento inútil en el fundamento del injusto) o bien es expresión de la exigencia de la observación del deber objetivo de cuidado, lo que convierte este elemento en innecesario. Finaliza destacando que el deber de examen no es un especial presupuesto subjetivo de justificación, sino que

---

<sup>35</sup> Vid., por todos, LUZON PEÑA, PG I, 1996, 575.

<sup>36</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, El ejercicio legítimo del cargo, 1980, 27 ss., 197 ss., 291.

tiene que ver con el error<sup>37</sup>. Esta idea es la que en definitiva está latente entre los propios defensores del presupuesto subjetivo adicional del examen conforme a deber cuando aplican la causa de justificación en el caso de que no

<sup>37</sup> Ven el problema como cuestión de error si se lesiona el deber de examen, ZIELINSKI, Handlungs- und Erfolgsunwert in Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, 1973, 270 ss., 276 s. (= Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y la exclusión del ilícito, traducción de Marcelo Sancinetti, 1990, 323 ss., 326 s.); RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 85, 90, 92 ss.; WOLTER, Zurechnung, 1981, 134; NOWAKOWSKI, WK StGB, 1984, después del § 3 nm. 17; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 254 ss., 271 ss., 274, 280 ss., 288 ss.; DIEZ RIPOLLES, Análisis de los elementos de las causas de justificación del art. 417 bis, ComLP IX, 1989, 247; SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, Teoría del delito imprudente, 1990, 306 s.; JAKOBS, AT, 2ª, 1991, 362 s. (= PG, 2ª, 1997, 436); HIRSCH, LK, 11ª, 1992, antes del § 32 nm. 140; MUÑOZ CONDE, ¿"Legítima" defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación, EPCr XV, 1992, 282 n. 19; SAMSON, SK, 5ª, 1992, antes del § 32 nm. 46; 6ª, 1992, § 34 nm. 35; ROXIN, AT I, 3ª, 1997, 534 (= PG I, 1997, 592); CERESO, Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito, 6ª, 1998, 200; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 49ª, 1999, § 34 nm. 18. No conforme con la opinión de los defensores del examen conforme a deber, CARBONELL, La justificación penal, 1982, 91 s., 165 ss., quien en un principio dice que el examen conforme a deber en el art. 492.4 LECrim suple la inexistencia de la situación objetiva justificante. Pero a continuación dice que en los casos en que el autor actúa sin realizar el examen conforme a deber y *ex post* se constata la existencia de los presupuestos objetivos de justificación el hecho resultará justificado. Para explicar este autor su solución dice que en ambos casos la solución elegida es la que restringe en mayor medida el ámbito de lo prohibido (p. 167). Frente a la crítica o incredulidad de SANZ MORAN, Elementos subjetivos de justificación, 1993, 48 s., sobre la opinión de CARBONELL cuando primero dice que la existencia de los presupuestos objetivos de justificación es irrelevante cuando se ha llevado a cabo el examen conforme a deber y luego dice que si no se lleva a cabo tal examen conforme a deber, no obstante la conducta es impune si *ex post* se comprueba que efectivamente concurrían los presupuestos objetivos de justificación, yo he de decir que esta opinión es consecuente desde el punto de vista objetivista del que parte CARBONELL, pues este autor es defensor de la tesis del interés prevalente en el fundamento de las causas de justificación, y este interés prevalente lo entiende en el sentido de que, cuando el desvalor de resultado está compensado por la concurrencia objetiva de la situación justificante, la conducta ha de quedar impune, con independencia de si el desvalor de acción se ha compensado o no. Por tanto, en los casos en que no se efectúa el deber de examen de la situación pero *ex post* se comprueba que efectivamente concurría la causa de justificación, la consecuencia es que el desvalor de resultado se ha compensado, y el desvalor de acción es insuficiente para fundamentar la pena en tales situaciones. Esto confirma que para CARBONELL el deber de examen no es un presupuesto subjetivo adicional. Por otra parte, no veo claro por qué se reduce el criterio del examen conforme a deber al ejercicio del derecho de detención por las autoridades según el art. 492.4 LECrim, ya que hay otros supuestos que descansan en el mismo fundamento, exclusión del desvalor de acción pero subsistencia del desvalor de resultado, en los que sin embargo no se menciona el tema del examen conforme a deber. A no ser que lo que

se haya realizado este examen concienzudo de sus presupuestos, pero concurra efectivamente la eximente<sup>38</sup>, y conectan tal presupuesto subjetivo adicional con los casos de inexistencia de los presupuestos objetivos de la correspondiente causa de justificación y la perspectiva *ex ante* en la comprobación de tales presupuestos<sup>39</sup>.

Aún se pueden añadir algunas observaciones críticas frente a esta tesis doctrinal que quiere admitir el deber de examen como un presupuesto subjetivo de justificación en las causas de justificación basadas en el riesgo permitido. Por un lado, se ha de destacar que en tales casos el efecto justificante no se produce por el cumplimiento del deber de examen, sino que se deriva de la apariencia objetiva por cuyo motivo el deber de examen hubiera conducido a la aceptación del riesgo justificante; esto es, es la apariencia la que justifica la conducta del autor, no el cumplimiento del deber de examen<sup>40</sup>. Además, si

---

haya querido hacer CARBONELL sea destacar un ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, como argumento justificador de la exigencia del examen conforme a deber (y esta parece ser la tesis que el autor ha destacado, ya que considera que el deber de examen puede aplicarse en otros supuestos, citando además que esto sucederá en la profesión médica y en las actividades deportivas -p. 167-).

<sup>38</sup> Vid., entre los que así lo hacen, por todos, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, 1996, 330 (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 449).

<sup>39</sup> JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, 1996, 330 s. (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 450). Si es la incertidumbre sobre la existencia de los presupuestos de la salvaguarda de intereses legítimos lo que hace que en definitiva se justifique la conducta, esto significa que se está autorizando un cierto grado de error a través de tales eximentes, precisamente por la dificultad de llegar a un conocimiento efectivo de todos los presupuestos necesarios para la justificación de la conducta, en muchas ocasiones dependientes de juicios de pronóstico para el futuro difícilmente predecibles en el momento en que se debe tomar la decisión de actuar. Más claramente se puede comprobar esta unión entre el deber de examen y el error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación en LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 182 s., quien, después de admitir tal requisito subjetivo adicional en las causas de justificación que en su opinión descansan en el principio del riesgo permitido, considera que esta distinción o clasificación no es necesaria si se admite que la lesión de un bien jurídico no puede resultar antijurídica cuando se actúa con el cuidado necesario en el tráfico; si en el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación se excluye el hecho doloso y viene en consideración sólo la comisión imprudente, esto significa que faltará la antijuridicidad del delito imprudente si el autor ha adoptado el cuidado objetivo en tal situación, si por tanto su error no podía evitarse con el examen conforme a deber. Sólo los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad incurrirían en una situación incierta, ya que si en los delitos imprudentes lo que se castiga es la vulneración del cuidado necesario en el tráfico, entonces resulta ser una contradicción que a pesar del examen conforme a deber se considere el error sobre los presupuestos objetivos de justificación como un error que afecta a la culpabilidad del sujeto.

<sup>40</sup> En este sentido, RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 85 ss., quien pone de relieve que existen causas de justificación que requieren un juicio *ex ante* para la afirmación de la concurrencia de los presupuestos objetivos de justificación, pero esto no quiere

el sujeto actúa cumpliendo las normas de cuidado objetivamente exigibles, en tal caso su comportamiento será conforme a Derecho, ya que ha cumplido con el cuidado exigido en la realización de estas conductas en principio peligrosas para bienes jurídicos; el deber de examen así entendido no es un requisito o presupuesto específico de algunas causas de justificación, sino que es un presupuesto general necesario para llevar a cabo un comportamiento conforme a Derecho, cuidadoso, diligente, prudente<sup>41</sup>.

En segundo lugar, si se acepta la opinión doctrinal que une el deber de examen con determinadas causas de justificación que tan sólo excluyen el desvalor de acción y justifican ciertos casos de incertidumbre sobre su propia concurrencia, entonces no se explica la razón por la que tal presupuesto subjetivo adicional no se exige en otras causas de justificación que responden a este mismo esquema: justificación de la acción y adopción de una perspectiva *ex ante*; este es el caso del estado de necesidad y la solución que defienden Jescheck/Weigend; estos autores reconocen en esta causa de justificación el

---

decir que el autor haya alcanzado este juicio *ex ante* basado en un examen conforme a deber. En el consentimiento presunto y en el derecho de intervención médico, la justificación no se deriva de que el autor haya examinado conforme a deber la existencia el peligro o la probabilidad objetiva del consentimiento del afectado, sino que la justificación se deriva de la existencia objetiva del peligro mismo o de la probabilidad objetiva del consentimiento. Lo mismo se puede decir en la salvaguarda de intereses legítimos y en la actuación funcional. El deber de examen sólo adquiere relevancia en la evitabilidad del error sobre los presupuestos objetivos de justificación; PUPPE, FS Stree/Wessels 1993, 194 s.; NK I, 1995, § 16, nm. 160. En la misma línea, y desde la aplicación de los principios del Derecho procesal en relación con la detención provisional regulada en el § 127 StPO, FINCKE, Darf sich eine Privatperson bei den Festnahme nach § 127 StPO irren?, GA 1971, 42 ss.; Das Risiko des privaten Festhmers-OLG Hamm NJW 1972, 1826, JuS 1973, 88 ss.

<sup>41</sup> Vid., por todos, LUZON PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, 295 s.; PAREDES, El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas), 1995, 479 ss., quien destaca que no se puede hablar de ningún deber de examen como contenido del deber de conducta que convierte la actuación en justificada; cuestión distinta es que ciertos supuestos de justificación putativa hayan de ser considerados dentro del riesgo permitido (en sentido lato) porque no se ha infringido el deber de conducta en la actuación del sujeto y a pesar de que esta ha causado un resultado disvalioso (la presencia o ausencia del deber de examen no tiene nada que ver con la persistencia o compensación del desvalor de resultado; la cuestión es si para que el sujeto responda por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es preciso que compruebe la existencia de una situación justificante y si la ausencia de esta comprobación fundamenta la valoración negativa de la conducta. Pues bien, a esta cuestión hay que contestar negativamente, pp. 479 s., n. 235). En estos casos de justificación putativa la exclusión de la antijuridicidad se deriva del hecho de que el riesgo creado realmente no resulta cognoscible *ex ante* desde la posición ocupada por el autor en el tráfico jurídico.



criterio de la perspectiva *ex ante*, pero rechazan la exigencia del deber de examen en esta causa de exclusión del injusto<sup>42</sup>.

En tercer lugar, se ha unido el requisito del deber de examen con el principio del riesgo permitido vigente en algunas, no en todas las causas de justificación. Esto es criticado por un sector doctrinal por considerar incorrecta la reducción del principio de riesgo permitido a algunas causas de justificación, ya que este principio es aplicable a todas las causas de exclusión del injusto<sup>43</sup>, así como por suponer aceptar que causas de justificación coincidentes se hacen depender de presupuestos diferentes, es decir, en algunas causas de justificación basadas en el riesgo permitido se exige el deber de examen como presupuesto subjetivo adicional, pero en otras causas de justificación, basadas también en este principio, no se requiere de este especial presupuesto subjetivo para desplegar su eficacia justificante. En este sentido se expresa Rudolphi<sup>44</sup>, quien pone como ejemplo el estado de necesidad regulado en el StGB y el consentimiento presunto, que necesitarían como presupuesto subjetivo adicional el deber de examen para poder justificar la conducta del sujeto, mientras que el estado de necesidad regulado en el BGB no exigiría tal presupuesto subjetivo adicional<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, 1996, 330 s. (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 449 s.). Estos autores destacan como causas de justificación que requieren de la presencia de este presupuesto subjetivo adicional el consentimiento presunto, la salvaguarda de intereses legítimos y la actuación funcional. Pero nada dicen del estado de necesidad, o del supuesto de la legítima defensa cuando hay que comprobar el requisito de la necesidad racional del medio empleado (aunque esta eximente es un ejemplo de causa de justificación del resultado). LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 181 ss., se cuestiona la aplicabilidad de este presupuesto subjetivo adicional en la legítima defensa y en el estado de necesidad, en concreto en los casos en los que falta el presupuesto objetivo pero el sujeto ha realizado un examen conforme a deber y considera que sí está presente. Pero considera este autor que el Derecho reconoce sólo en una parte de las causas de justificación un riesgo permitido, y sólo en estos casos es forzoso eximir al autor que causa un resultado injusto pero que ha actuado conforme a deber. Termina reconociendo este autor que esta limitación del riesgo permitido pierde significado desde la concepción que considera que la lesión del bien jurídico no es antijurídica cuando se actuó con el cuidado objetivamente debido en el tráfico jurídico.

<sup>43</sup> En este sentido se expresa, por todos, RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 82, 86, 92.

<sup>44</sup> RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 76 ss. El mismo LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 169 s., puso de relieve el diferente tratamiento que se derivaba de aplicar el estado de necesidad jurídico penal o jurídicocivil, si bien este autor tampoco admitía el deber de examen en el estado de necesidad del § 34 StGB.

<sup>45</sup> RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 76 ss., pone como ejemplo el estado de necesidad regulado en el StGB y en el BGB: en el caso del partícipe del accidente que se aleja del lugar del accidente para llevar al herido al hospital tomando un coche ajeno. El BGB exige para el § 34 StGB deber de examen, y no para el § 904 BGB. No se haría depender la justificación de la utilización del coche ajeno según el estado de necesidad civil del examen conforme a deber, pero la justificación de la huida del lugar del

Finalmente, hay que señalar que la naturaleza del riesgo permitido y su relación con el fundamento de algunas o todas las causas de justificación son cuestiones muy complejas. Primero hay que abordar si el riesgo permitido tiene autonomía propia o es un principio aplicable a algunas o todas las restantes causas de justificación<sup>46</sup>.

## **6. El privilegio del derecho al error del Estado y el deber de examen. El deber de examen en la obediencia debida**

En el derecho funcional (derechos del cargo) se hace aplicación por un sector doctrinal de la teoría del privilegio del error del Estado para justificar la intervención en tanto esta se base en un examen conforme a deber. En este sentido, el examen conforme a deber sólo puede significar la creación de un subrogado para la acción funcional en sí injusta; el Derecho toma en serio el peligro de decisiones erróneas bajo el presupuesto de que el funcionario, consciente de su responsabilidad, ejecute cuidadosamente la discreción que le compete y dirija la acción funcional según estas premisas. La observa-

---

accidente según el estado de necesidad jurídicopenal dependería de la comprobación conforme al deber de examen de los presupuestos de la causa de justificación. Las mismas dificultades se demuestran en la comparación entre estado de necesidad y consentimiento presunto. Si falta el examen conforme a deber en el segundo, la utilización del coche ajeno estaría justificada por el estado de necesidad jurídicocivil, pero no la huida del lugar del accidente si se aplica el consentimiento presunto. Este resultado es peculiar porque si el transporte del lesionado es necesario para proteger su integridad física y se hubiera dado objetivamente la probabilidad de que el lesionado hubiera aprobado la huida del lugar del accidente teniendo en cuenta las circunstancias concretas, entonces se plantearía la cuestión de por qué debe justificarse el uso del coche ajeno con el § 904 BGB, pero no la huida del lugar del accidente con el consentimiento presunto. La propuesta planteada por LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 170 ss., para justificar tal solución no es satisfactoria, pues sería cuestionable si en los casos de consentimiento presunto la justificación se produce porque el autor ha examinado conforme a deber la existencia de una circunstancia justificante. Para RUDOLPHI se justifica sólo cuando objetivamente la probabilidad se fundamenta con que el afectado hubiera aprobado la conducta si se le hubiera consultado. Mayores dificultades se producen si se compara la conducta del causante del accidente con el § 330 c StGB; según esta prescripción se daría un deber de prestación de auxilio cuando existe un accidente. Sobre la base de un juicio *ex ante*, objetivamente el abandono del lugar del accidente corresponde a la voluntad presunta del lesionado en el accidente y sería necesaria la utilización del coche ajeno para salvar la vida del lesionado. Si el autor reconoce estas circunstancias, aunque no las haya examinado conforme a deber, tendría que castigarse según el § 330 c si permanece inactivo, pero entonces difícilmente se explica que su conducta no se justifique a través del consentimiento presunto debido a la falta del examen conforme a deber.

<sup>46</sup> Estas cuestiones no pueden ser abordadas en este trabajo. Para una más amplia exposición y sobre la naturaleza jurídica del riesgo permitido, vid., por todos, PAREDES CASTAÑÓN, El riesgo permitido, 1995, *passim*.

ción del deber de examen debe poder compensar el juicio erróneo sobre la situación y de este modo fundamentar el privilegio del error, lo que es característico para la formación de un concepto jurídicopenal de conformidad a Derecho y para la fundamentación de la causa de justificación que le corresponde; de ese modo el examen conforme a deber es relevante como elemento legitimador. La suposición del peligro basada en el juicio cuidadoso de la situación -y sólo ella- justifica una acción de servicio que en una consideración estrictamente objetiva carece de legitimación; sólo en esta función el examen conforme a deber es un verdadero presupuesto subjetivo de justificación a cuya existencia se une la conformidad a Derecho de la ejecución funcional<sup>47</sup>. Esta teoría supone admitir un concepto jurídicopenal de antijuridicidad para la actuación funcional en el que el deber de examen constituye un elemento esencial.

En ocasiones se hace una remisión a la definición de la actuación conforme a Derecho del funcionario desde los principios del Derecho administrativo, considerando que estos principios tienen aplicación en Derecho penal, y desde este planteamiento el deber de examen adquiere también especial relevancia como presupuesto de la justificación de la actuación funcional<sup>48</sup>.

Respecto de la obediencia debida, antigua causa de exención de responsabilidad recogida expresamente en el art. 8.12 CP de 1944/73 (el CP 1995 no

---

<sup>47</sup> Defienden esta tesis, entre otros, LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 175; StGB, 25<sup>a</sup>, 1997, antes de los §§ 32 nm. 82; KÜPER, "Pflichtgemässige Prüfung" bei Zuziehung von Durchsuchungszeugen, NJW 1971, 1683 ss.; Die Behandlung des § 105 Abs. 2 StPO für die Rechtmäßigkeit der Diensthaltung (§ 113 Abs. 3 StGB), JZ 1980, 634 ss.; BLEI, AT, 18<sup>a</sup>, 1983, 154; SCHLÜCHTER, Das Strafverfahren, 2<sup>a</sup>, 1983, 219 ss.; BENFER, Allgemeines Strafrecht, 1984, 53; SCHMIDHÄUSER, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch, 2<sup>a</sup>, 1984, 183; MAURACH/ZIPF, AT I, 8<sup>a</sup>, 1992, 406 ss. (= PG I, 1994, 504 ss.), para quienes es preciso el deber de examen en los derechos funcionariales, en la ejecución de la fuerza en el cumplimiento del derecho, en la detención provisional y en la orden en acción de servicio; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5<sup>a</sup>, 1996, 392 (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 537); HAFT, AT, 8<sup>a</sup>, 1998, 77 s., 115 s. COBO/VIVES, PG, 4<sup>a</sup>, 1996, 448, exigen deber de examen en el ejercicio legítimo del cargo. Aquí interesa no que el funcionario se decida en favor de la medida que se presenta como justa en una consideración *ex post*, sino que, en virtud de un examen *ex ante*, adecuado a deber, aparezca como justa la medida adoptada. Reconocen el privilegio estatal del error junto con la perspectiva *ex ante*. Esta no comporta en su opinión una fundamentación subjetiva de la justificación, sino que se basa en la idea del interés preponderante. Más ampliamente sobre la justificación en el ámbito funcional y sobre la existencia o no de un deber de examen y de un concepto especial de antijuridicidad, VITT, Gedanken zum Begriff der "Rechtmäßigkeit der Diensthaltung" bei § 113 StGB, ZStW 106 (1994), 582 ss., 594 ss.

<sup>48</sup> Sobre esta interpretación vid., por todos, REHBINDER, Die Rechtmäßigkeit der Amtsausbildung im § 113 StGB, GA 1963, 39 s.; AMELUNG, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, 334 s.

la recoge expresamente, pero se admite su eficacia justificante, discutiéndose en qué eximente se debe ubicar), un amplio sector de la doctrina destacaba como presupuesto subjetivo para admitir su eficacia eximente el examen conforme a deber por parte del inferior jerárquico de la orden que tenía que cumplir<sup>49</sup>.

Tampoco estas explicaciones justifican la existencia del requisito adicional deber de examen en este grupo de causas de justificación. Desde la primera explicación se pretende construir un concepto de antijuridicidad específico en el ámbito del Derecho penal para poder justificar la conducta errónea del funcionario. Para ello, el examen conforme a deber de la situación tiene el significado de atribuir un juicio de conformidad a Derecho de la conducta del funcionario, pese a que dicha actuación es objetivamente contraria a Derecho. Pero ese pretendido concepto jurídicopenal de antijuridicidad no es necesario para conseguir lo que se pretende, la protección del funcionario diligente que, pese a esa actuación cuidadosa y diligente, llega a un resultado objetivamente contrario a Derecho. La protección del funcionario se puede llevar a cabo con los criterios generales aplicables a todas las causas de justificación: la toma en consideración de presupuestos objetivos formados por elementos de pronóstico o inciertos, la adopción de la perspectiva *ex ante* en la comprobación de la situación objetiva y la aplicación de las reglas del error sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación si la situación objetiva justificante no concurre.

En la actividad funcional se confunde el examen conforme a deber con la existencia de un margen de discrecionalidad en el ejercicio de la actividad

---

<sup>49</sup> Entre otros, NUÑEZ, ¿Se puede fundar en el error la impunidad por obediencia debida?, DocP 1978, 331 s., quien distingue entre la obediencia debida en el ámbito militar y el civil (y referido al Derecho argentino); MORILLAS CUEVA, La eximente de obediencia debida en la PANCP: una continuidad discutible, RFDUC monográfico 6 (1983), 488, exponiendo la opinión de RODRIGUEZ DEVESA, sobre el deber de examen del inferior jerárquico; QUERALT, La obediencia debida en el CP. Análisis de una causa de justificación (art. 8.12 del CP), 1986, 226, 236 ss., 243 ss., quien considera que el ordenamiento jurídico atribuye expresamente a los funcionarios un deber de examen, dado que el funcionario es responsable del ejercicio de las funciones de su cargo. Pero tal deber no se extiende a todos los extremos de la orden, sino sólo a los que afectan a su presunción de legalidad, es decir, se limita a verificar la corrección de que la orden sea de la clase a la que se ha hecho referencia (p. 463); MUÑOZ CONDE, Teoría general del delito, 2ª, 1991, 109; en: MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, PG, 1993, 307, para quien este deber de examen es limitado en la medida en que respecto a la orden del superior juega la presunción de legalidad. La negligencia en el deber de examen puede fundamentar una atenuación de la culpabilidad (lo que significa que en último término este autor considera que no se trata de un especial presupuesto subjetivo de justificación, sino del normal tratamiento del error en las causas de justificación, ya que es defensor de la teoría estricta de la culpabilidad); R. DEVESA/SERRANO, PG, 18ª, 1995, 546.

funcionarial. En el proceso de aplicación de la ley existe un espacio dejado a la estimación subjetiva de la propia Administración con el que completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad administrativa o su contenido en concreto<sup>50</sup>. Y esta potestad discrecional ha de distinguirse de los conceptos jurídicos indeterminados, ya que con estos la ley pretende referirse a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en un enunciado, aunque está claro que intenta delimitar un supuesto concreto. No admiten una determinación rigurosa, pero se refieren a un supuesto de la realidad que no obstante la indeterminación del concepto, sí admite ser precisado en el momento de la aplicación al caso concreto<sup>51</sup>. Teniendo en cuenta la presencia de una potestad discrecional en el ejercicio de la actividad administrativa y de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en el establecimiento del supuesto de hecho del ejercicio de tal actividad administrativa, podemos rechazar la existencia de un concepto jurídicopenal de conformidad a Derecho de la actividad del funcionario a través de la utilización del examen conforme a deber como un requisito de tal concepto específico<sup>52</sup>. La particularidad que pueda presentar esta causa de justificación no

---

<sup>50</sup> GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo I, 8ª, 1997, 504 s.: "Dentro de toda potestad discrecional han de existir al menos cuatro elementos reglados por la ley: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para actuarla y su referencia a un ente y a un órgano determinado por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica que tendrá que ser una finalidad pública".

<sup>51</sup> Vid. GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso I, 8ª, 1997, 507 s.: "Lo propio del concepto jurídico indeterminado es que su aplicación sólo permite una única solución justa, mientras que el ejercicio de una potestad discrecional permite una pluralidad de soluciones justas. La discrecionalidad es una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración; la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley". En opinión de estos autores, en el concepto jurídico indeterminado podemos distinguir tres zonas bien diferenciadas: una zona de certeza configurada por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre más o menos imprecisa y una zona de certeza negativa también segura en cuanto a la exclusión del concepto (p. 509).

<sup>52</sup> Vid., por todos, GOMEZ BENITEZ, El ejercicio legítimo del cargo, 1980, 52 ss., quien hace una remisión a autores que parten de estas premisas para rechazar la existencia de un concepto específico en materia penal sobre la conformidad a Derecho del ejercicio de la actividad funcionarial. Define la actividad discrecional como aquella actividad establecida en una norma que contiene un precepto de poder cuyos presupuestos expresos no agotan todos los elementos de los que depende su aplicación y a cuya realización de los presupuestos típicos van vinculadas distintas consecuencias jurídicas (p. 63). Esta actividad discrecional es controlada en caso de que se superen los límites de la discrecionalidad o por un uso defectuoso de dicha discrecionalidad, uso que da lugar a arbitrariedad o abuso (pp. 65 ss.). Esta potestad discrecional se combina con la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en el establecimiento del supuesto de hecho de la norma o en la consecuencia

está relacionada con la exigencia de un especial presupuesto subjetivo en el sentido de cumplimiento de un deber de comprobación cuidadoso o escrupuloso de la situación objetiva de justificación, sino que la singularidad estriba en la propia formación de los presupuestos objetivos de dicha exigente, en concreto por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados y la existencia de una potestad discrecional frente a la potestad reglada en la actividad administrativa.

Ahora bien, el reconocimiento de esta diferenciación entre la actividad reglada y la actividad discrecional en el ámbito funcional no significa que sea correcta la aplicación de las reglas del Derecho administrativo en la definición de la actuación conforme a Derecho de la actividad funcional, tal y como se plantea como hemos visto por un sector doctrinal, ya que esto llevaría a la consideración de que sólo el acto nulo de pleno Derecho según lo dispuesto por el Derecho administrativo es un acto antijurídico, mientras que los actos anulables serán actos conforme a Derecho<sup>53</sup>.

En definitiva, en las causas de justificación reconocidas en el genérico Derecho de los funcionarios no existe un especial presupuesto subjetivo, examen conforme a deber, del que dependa la justificación de toda actuación del funcionario con repercusiones en Derecho penal. Si así fuera, las conductas objetivamente correctas y adecuadas a Derecho pero en las que la decisión se haya tomado a la ligera o precipitadamente, se tendrían que considerar como antijurídicas, ilícitas, porque el funcionario no ha examinado concienzudamente la situación objetiva en la que se dispone a intervenir.

La aplicación del concepto especial de antijuridicidad en el ámbito funcional o la remisión al Derecho administrativo tienen como consecuencia el sometimiento del ciudadano a la decisión objetivamente injusta del funcionario sin posibilidades de reaccionar legítimamente y, por tanto, sin opciones de resistirse justamente a la actuación funcional. Esta consecuencia no se legitima con la exigencia del requisito del examen conforme a deber como condición necesaria para justificar la actuación objetivamente incorrecta del funcionario y, en consecuencia, como criterio para limitar en la medida de lo posible el supuesto privilegio del error del Estado. Pero este recurso también resulta innecesario si lo que se pretende es limitar la posible reacción del particular ejerciendo el derecho de legítima defensa frente al funcionario que actúa

---

jurídica, conceptos que pueden consistir en juicios de valor o ser conceptos empíricos, y cuya determinación y aplicación ha de apreciarse cierto margen de apreciación (pp. 75 ss., 85 ss., 123 s.).

<sup>53</sup> Rechaza la aplicación de las reglas del Derecho administrativo en la definición de la actuación conforme a Derecho de la actuación funcional, por todos, ROXIN, AT I, 3<sup>a</sup>, 1997, 670 s. (= PG I, 1997, 738 s.).

supuestamente bajo el amparo de una causa de justificación. El particular que sufre las consecuencias de una acción funcional cometida en la creencia de que concurre la situación objetiva de justificación no podrá alegar la legítima defensa para oponerse a dicha actuación funcional, ya que la conducta del funcionario no será dolosa y, en consecuencia, no constituirá una agresión ilegítima. A lo sumo podrá recurrir al estado de necesidad defensivo como mecanismo de protección de sus intereses jurídicos puestos en peligro por la actuación funcional<sup>54</sup>. Por tanto, el deber de examen no constituye tampoco un requisito de las causas de justificación del ámbito funcional.

## 7. Decisión legislativa

Podemos considerar que el requisito del deber de examen es en algunas ocasiones un presupuesto adicional en algunas causas de justificación por exigencia legislativa. Esta solución ha sido la defendida en el ordenamiento español en relación con la libertad de información y expresión, en la que se ha considerado que el deber de examen se deriva de la regulación de esta libertad en el art. 20 CE<sup>55</sup>. La misma consideración puede hacerse extensiva

<sup>54</sup> Vid., por todos, AMELUNG, JuS 1986, 334 s.; ROXIN, Die strafrechtliche Rechtswidrigkeit beim Handeln von Amtsträgern- eine überholte Konstruktion, FS Pfeiffer 1988, 48; AT I, 3<sup>a</sup>, 1997, 671 ss. (= PG I, 1997, 738 ss.). En cuanto a la definición de la agresión ilegítima en la legítima defensa, sigo la tesis de LUZON PEÑA, PG I, 1996, 589 ss.

<sup>55</sup> Aunque la decisión legislativa en torno a la exigencia del deber de examen no prejuzga cuál es su verdadera naturaleza. Los autores que se han ocupado del estudio de este derecho han considerado unánimemente como requisito o presupuesto imprescindible para su ejercicio el deber de examen de la información que se quiere divulgar. El art. 20 CE dispone lo siguiente: "Se reconocen y protegen los derechos: a). A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. d). A comunicar o recibir libremente *información veraz* por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades" (cursiva destacada por mí). Admiten que el deber de examen es un requisito adicional en el derecho a la libertad de información y expresión, entre otros, BACIGALUPO, Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias, REDConstitucional 7 (1987), 96 ss.; RFDUGr 12 (1987), LH Sainz Cantero I, 1989, 23 ss.; BERDUGO, Honor, 1987, 124 ss.; ADP 1991, 348 s.; ASUA BATARRITA, LH Fernández Albor, 1989, 28 s.; BAJO FERNANDEZ, Causas de justificación en los delitos contra el honor, LH R. Devesa I, 1989, 97 s.; GOMEZ PAVON, La intimidad, 1989, 87 ss.; BERNAL DEL CASTILLO, Los conflictos entre los derechos al honor y a la información en el ámbito penal en el Derecho vigente y en el PCP, LL 1993-3, 912 s. El TS también exige el deber de examen en la libertad de información: vid. STS 3-6-1988 (A 4430); 15-4-1989 (A 3357); 15-9-1992 (A 7151); 22-5-1993 (A 4232). LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 168 s., destaca como en los proyectos de StGB se menciona el deber de examen en algunas causas de justificación: en la salvaguarda de intereses legítimos, § 284 Proyecto 1911; § 345 Proyecto 1913 y 1919; § 318 Proyecto 1930; § 286 Anteproyecto 1925, (citados en p. 168, nn. 18 a 20). En el

a los arts. 491 y 492 LECrim, en la detención provisional efectuada por el particular y el agente de la autoridad respectivamente, cuando la detención se realice bajo la creencia de que existen motivos racionalmente suficientes para llevar a cabo la misma (en esta hipótesis incluso parece que el examen conforme a deber es suficiente por sí solo para justificar la detención provisional)<sup>56</sup>.

#### IV. Críticas al deber de examen como requisito adicional de las causas de justificación

Al mencionar las distintas explicaciones del deber de examen como requisito adicional de algunas causas de justificación ya se han planteado las principales críticas a tal forma argumentativa. Ahora se pretende exponer las objeciones generales a la consideración del deber de examen como un requisito subjetivo en las causas de justificación para, a continuación, mostrar cuál es su verdadera naturaleza.

Si el deber de examen fuera un presupuesto subjetivo adicional en ciertas causas de justificación, se produciría la siguiente situación: en el caso de concurrencia efectiva de la situación justificante y en que el sujeto parte de la

---

Proyecto 1962, § 178, la fundamentación oficial (p. 324, citado en nota 22, p. 169) explica que el precepto deja abierto si se actúa o no sobre una causa de justificación. En este Proyecto, en referencia al estado de necesidad, se renuncia al deber de examen y como fundamentación se indica que sólo en el caso de la errónea suposición de los presupuestos objetivos de justificación del estado de necesidad se tiene en cuenta si el autor ha examinado cuidadosamente las circunstancias y ha ponderado conforme a deber los intereses que entran en colisión, a efectos de comprobar si el error es excusable —el error en el estado de necesidad está regulado en el § 39.2 del Proyecto de 1962- (fundamentación p. 160, citada en p. 169, n. 25). MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, *Strafrecht BT I*, 7ª, 1988, 81, señalan que en el § 218 a StGB el elemento “reconocimiento médico” requiere el deber de examen en el médico. Una postura especial defiende MORALES PRATS, *Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*, CPC 1988, 693 s., al considerar que el ejercicio de la libertad informativa o de expresión en los casos en que se ha cumplido el deber de veracidad es una causa de atipicidad de la conducta, pese a que no se exprese una información objetivamente veraz. La atipicidad de la conducta no se deriva exclusivamente de la comprobación del deber de diligencia exigible al sujeto, sino en primer lugar de la valoración que merece en cada caso la vinculación del ejercicio de la libertad de información con los principios democráticos.

<sup>56</sup> Para más detalles sobre la existencia o no del requisito del deber de examen en la detención provisional vid., por todos, PORTILLA CONTRERAS, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, 1990, 371 s.; MUÑOZ SANCHEZ, *El delito de detención*, 1992, 211 ss.; ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, 1993, 268 ss.; DE HOYOS SANCHO, *La detención por delito*, 1998, 145 s.; 219 ss.



existencia efectiva de la causa de justificación, por tanto en el supuesto de concurrencia de los presupuestos objetivos y subjetivos de justificación, pero en que la suposición de que concurre la causa eximente ha sido producto de un examen superficial de la situación objetiva, no del examen cuidadoso y conforme a deber, resultaría que, al concurrir objetivamente la situación justificante, el desvalor de resultado está excluido o compensado (en las causas de justificación de la acción se excluye el desvalor objetivo de acción); al partir el sujeto subjetivamente de la concurrencia de la situación justificante no podrá existir tampoco desvalor de acción, al menos constitutivo del desvalor del delito doloso. Entonces, ¿cómo castigar la falta de un examen conforme a deber en tales supuestos? ¿Acaso la ausencia de este presupuesto subjetivo adicional puede tener la fuerza de contrarrestar la eficacia del resto de los presupuestos? A lo más que se llega es a considerar que esa falta de examen cuidadoso de la situación puede constituir una actuación imprudente, pero al concurrir efectivamente la situación objetiva de justificación, el desvalor de resultado estaría compensado, y por lo tanto sería una tentativa imprudente, en conclusión, una actuación totalmente impune<sup>57</sup>. Esta crítica es puesta de relieve por Arthur Kaufmann<sup>58</sup>, quien considera que la lesión del deber de

---

<sup>57</sup> Esto significaría no aplicar la causa de justificación, sino que lo que resultaría sería atipicidad de la conducta porque la tentativa imprudente es atípica. Y, además, esto olvida que el sujeto también había supuesto la concurrencia de la causa de justificación, es decir, cumplía los presupuestos objetivos y subjetivos de justificación. Por tanto, ¿dónde está la actuación imprudente? Tal imprudencia es anterior a la realización de la conducta dolosa, y podrá dar lugar a una representación no totalmente correcta, y en su caso (no necesariamente) a algún exceso sobre lo realmente justificado. Pero si la representación se debe a un examen superficial, pero luego su actuación se circunscribe a lo necesario en la salvaguarda del bien jurídico, no tiene sentido hacer mención de la actuación imprudente de la que se deriva la representación de la situación justificante.

<sup>58</sup> Arthur KAUFMANN, JZ 1956, 393, pone como ejemplos los casos en los que el cazador no se cerciora de si el objetivo al que dispara es realmente una pieza de caza o es un hombre pero resulta ser un reno, o el caso del médico que con la interrupción del embarazo ha salvado realmente la vida de la madre, pero que puede haber procedido superficialmente en el examen de la situación de necesidad. Critica la conclusión de Armin KAUFMANN, *Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung*, JZ 1955, 39, quien considera que la teoría de los elementos negativos del tipo en la lesión del deber de examen debe castigar por comisión imprudente cuando los presupuestos objetivos de justificación existen realmente. A esto contesta Arthur KAUFMANN que en tal caso la conducta ya no es típica, y por tanto no puede ser castigada. Tal objeción sí es acertada si se dirige contra el BGH, que ve en el examen conforme a deber un elemento subjetivo de justificación y estima que en caso de que se lesione debe castigarse por comisión dolosa. Cuando, en los ejemplos usados, el autor no tiene la "suerte" de que su objetivo sea un reno o que la madre no esté en peligro, por tanto cuando se da un tipo punible, sí es importante jurídicamente la lesión del deber de cuidado. Pero mientras que el cazador indiscutiblemente tiene que ser castigado por homicidio imprudente, el médico es castigado por aborto doloso: ¿dónde está el fundamento para este distinto tratamiento?

examen de la situación objetiva no es relevante porque generalmente falta la realización de un tipo punible, y donde no existe tal tipo no tiene sentido preguntarse si el autor ha lesionado o no tal deber de cuidado<sup>59</sup>.

Pero si esta es la consecuencia objetable en caso de incumplimiento del deber de examen cuando la causa de justificación concurre objetivamente y el sujeto es consciente de ello, también ha de criticarse la consecuencia que se produce en caso de que se haya cumplido con el requisito adicional del examen conforme a deber pero la situación objetiva de justificación no concorra. En este caso se tendrá que concluir admitiendo la justificación de la conducta, ya que como hemos visto, el deber de examen adquiere relevancia especial, siendo secundario el que efectivamente esté presente la situación objetiva de justificación. Pero a diferencia del caso anterior, en que se castigaba con la pena del delito doloso un supuesto en el que a lo sumo constituiría una tentativa imprudente, ahora se justifica la acción y, en su caso el resultado, pese a que la situación objetiva de justificación no concurre realmente; esto es, en el primer supuesto, pese a que se ha compensado tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, se castiga por el incumplimiento del deber de examen con la pena del delito doloso; en el segundo supuesto, pese a que el desvalor de resultado y el desvalor objetivo de acción siguen estando presentes, el cumplimiento del deber de examen hace que la conducta esté plenamente justificada. Sin embargo, el cumplimiento del deber objetivo de cuidado cuando la situación objetiva de justificación supuestamente concurrente no está presente podrá excluir sólo el desvalor subjetivo de acción, esto es, estaremos en presencia de un supuesto de caso fortuito

---

<sup>59</sup> Vid., en el mismo sentido crítico, WELZEL, JZ 1955, 143; MÜLLER, Negative Tatumstände, 1958, 100, 104 s.; SENGMÜLLER, Irrtum Notstand, 1960, 38; LENCKNER, Notstand, 1965, 198 s., 201 ss.; FS H. Mayer 1965, 165 s.; HEINITZ, Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, FS Eb. Schmidt 2<sup>a</sup>, 1971, 279 s., 282; NOWAKOWSKI, JBI 1972, 28; ZIELINSKI, Handlungsunwert, 1973, 275 (= Disvalor de acción, 1990, 325 s.); SCHAFFSTEIN, Die Maßstab für das Gefahurteil beim rechtfertigenden Notstand, FS Bruns 1978, 103 s.; RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 83, 89, 92; PAEFFGEN, Verrat, 1979, 154; GOMEZ BENITEZ, El ejercicio legítimo del cargo, 1980, 31; WOLTER, Schuldhafte Verletzung einer Erkundigungspflicht. Typisierung beim Vermeidbarkeitsurteil und qualifizierte Fahrlässigkeit beim Verbotsirrtum -OLG Celle NJW 1977, 1644, JuS 1979, 485; Zurechnung, 1981, 169 s.; DORNSEIFER, Strafrecht: Der in Not geratene Giftmischer, JuS 1982, 764; Arthur KAUFMANN, Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik, 2<sup>a</sup>, 1983, 115 s.; CERÉZO, Consideraciones generales sobre las causas de justificación, FS Jescheck I, 1985, 451; PG II, 6<sup>a</sup>, 1998, 200; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 258 ss.; BACKES/RANSIEK, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, JuS 1989, 627; DÖLLING, Anmerkung zu BGH Ur. 26.10.1988-3StR 198/88, JR 1990, 173; KÜHL, AT, 1994, 286; SAMSON, SK, 5<sup>a</sup>, 1995, antes del § 32 nm. 46, § 34 nm. 55; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 49<sup>a</sup>, 1999, § 34 nm. 18.

por error invencible sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

En esta línea argumentativa se puede añadir lo siguiente: si se admite la exigencia del deber de examen como requisito adicional, al menos en los casos de equiparación entre justificación real y justificación putativa, esto es, en los casos de suposición errónea e invencible de que concurre la situación objetiva de justificación tras la comprobación conforme a deber de las circunstancias concurrentes, esto lleva a la consecuencia de plantear de manera diferente el elemento subjetivo de justificación en los casos de concurrencia efectiva de la situación objetiva de justificación y en los casos de justificación putativa: en el primer caso basta con el conocimiento de que concurre dicha situación objetiva, en el segundo es preciso que este "conocimiento" sea producto de dicho examen conforme a deber. Pero esta interpretación tampoco es correcta, pues el elemento subjetivo de justificación es el mismo en ambos casos, y la diferencia se ha de plantear en la presencia efectiva o no de los elementos objetivos: si concurren realmente, el sujeto habrá actuado justificadamente, si no concurren realmente, el sujeto habrá sufrido un error directo sobre la concurrencia en el hecho de los elementos objetivos de una causa de justificación, a tratar conforme a las reglas del error de tipo<sup>60</sup>.

Con lo dicho hasta ahora queda suficientemente claro que la exigencia en algunas o en todas las causas de justificación del presupuesto adicional del deber de examen adquiere relevancia en los casos en que los presupuestos objetivos de la correspondiente causa de justificación no concurren efectivamente, es decir, es una cuestión de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, y de lo que se trata cuando se infringe el deber de examen es de la presencia de una actuación imprudente (o de una atenuación de la pena del delito doloso, según la teoría que se defiende en torno al error en las causas de justificación). Así lo han reconocido Welzel<sup>61</sup>, desde la

---

<sup>60</sup> Ciertamente, en algunas ocasiones el legislador ha querido equiparar la justificación putativa con la justificación real; en el ordenamiento español esto ha sucedido por ejemplo en la legítima defensa, en concreto en relación con el requisito inesencial de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Lo mismo sucede en la detención provisional practicada por el agente de la autoridad o el particular basada en motivos racionalmente suficientes o bastantes para practicar la detención, en estos dos supuestos el error objetivamente invencible sobre la concurrencia de la situación objetiva de justificación ha de equipararse a la concurrencia real de dicha causa de justificación —o al menos esta puede ser la consecuencia que puede extraerse de la regulación del art. 20.4 CP y los arts. 491 y 492.4<sup>º</sup> LECrim respectivamente—. Para un examen más detenido respecto de esta cuestión, y en especial en relación con la legítima defensa, por todos, LUZON PEÑA, PG I, 1996, 607 s., 638 s.

<sup>61</sup> WELZEL, JZ 1955, 143, y n. 6 a. En igual sentido, SENG MÜLLER, Irrtum Notstand, 1960, 38 s. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, Derecho penal parte general: teoría

teoría estricta de la culpabilidad, y Müller<sup>62</sup> y Rudolphi<sup>63</sup>, entre otros, desde la teoría restringida de la culpabilidad<sup>64</sup>.

Pero aun cuando se admitiera la interpretación contraria y, por tanto, se reconociera que el deber de examen es un requisito adicional en algunas causas de justificación, aún quedaría por explicar bajo qué presupuestos la lesión del deber de examen hace improcedente la justificación, o dicho de otra forma, qué nivel he de exigirse en el deber de examen para justificar la conducta del sujeto. Son imaginables dos interpretaciones:

- Es posible atribuir este efecto sólo a la lesión reprochable del deber. Los partidarios de la teoría del deber de examen aplican sencillamente la capacidad personal de conocimiento del autor<sup>65</sup>. Según este razonamiento, el autor estaría justificado si en su examen conforme a deber de modo no culpable llega a un resultado insostenible completamente<sup>66</sup>.

jurídica del delito, 2ª, 1986, 263; HIRSCH, LK, 11ª, 1992, antes del § 32, nm. 82, 90, 126, 140; 11ª, 1994, § 34 nm. 77.

<sup>62</sup> MÜLLER, Negative Tatumstände, 1958, 112 s. Este autor es partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo, y la cuestión en torno al deber de examen es una cuestión de distinción entre el dolo eventual y la imprudencia, sobre la duda en la concurrencia objetiva de la situación justificante o sobre la suposición errónea de la concurrencia objetiva de la justificación, creencia debida a una negligente observación de la situación objetiva (pp. 98 ss., 10 ss., 105).

<sup>63</sup> RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 92 ss.; GS Armin Kaufmann 1989, 380; SK II, 5ª, 1995, § 193 nm. 24.

<sup>64</sup> Vid., además, LANGE, JZ 1953, 12, 14; HARDWIG, ZStW 78 (1966), 14 s.; NOWAKOWSKI, JBI 1972, 28; KRÜMPELMANN, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Beiheft ZStW 1978, 43 s.; SCHAFFSTEIN, FS Bruns 1978, 103 s., 106; WOLTER, JuS 1979, 485; Arthur KAUFMANN, Schuld und Strafe, 2ª, 1983, 115 s., 117 s.; JOSHI JUBERT, El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, ADP 1987, 705 s.; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 258; PORTILLA CONTRERAS, El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber, RFDUGr 13 (1987), LH Sainz Cantero II, 1989, 151 s.; DÖLLING, JR 1990, 173; JAKOBS, AT, 2ª, 1991, 362 s. (= PG, 2ª, 1997, 435 s.); ESER/BURKHARDT, AT I, 4ª, 1992, 149 (= DP, 1995, 266) (ya en Strafrecht III: Delikte gegen die Person und Gemeinschaftswerte, 2ª, 1981, 70, obra de ESER, no requería tal presupuesto en el § 218 a, porque tampoco tiene apoyo legal. De esta opinión hace la excepción para el § 193 StGB, p. 192, en que sí se exige tal deber de examen e información); MAURACH/ZIPF, AT I, 8ª, 1992, 389 (= PG I, 1994, 481 s.); PUPPE, FS Stree/Wessels 1993, 194 s.; KÜHL, AT, 1994, 286; SAMSON, SK, 6ª, 1995, § 34 nm. 55; SANCHEZ GARCIA, Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad. Análisis particular del ejercicio de la coacción directa por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en materia de seguridad y orden públicos, 1995, 150 s.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª, 1996, 466 s. (= JESCHECK, Tratado I, 1981, 449 s., 496); ROXIN, AT I, 3ª, 1997, 534 (= PG I, 1997, 592).

<sup>65</sup> LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 179.

<sup>66</sup> RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 79. Para este autor ciertamente en este caso tiene que quedar exento de pena el sujeto, pero el fundamento de tal exención no está en

- O bien se hace aplicación de los criterios del hombre prudente y cuidadoso en la comprobación del cumplimiento o lesión del deber de examen<sup>67</sup>. De este modo, el criterio para la aplicabilidad del deber de examen es el que corresponde al hombre prudente y cuidadoso en la situación del autor. Con la exigencia del examen conforme a deber sólo se pide que un hombre prudente y cuidadoso en lugar del autor hubiera llegado al resultado de la existencia de una circunstancia justificadora de la conducta del autor, sobre la base del cuidado que le es posible y exigible.

Pero con este último planteamiento se demuestra nuevamente que la exigencia del deber de examen tiene significado sólo para la cuestión acerca de la evitabilidad del error sobre las causas de justificación. El deber de examen tiene pleno sentido sólo si se dirige a comprobar la existencia o inexistencia de la circunstancia que justifica objetivamente la conducta del sujeto<sup>68</sup>.

La exigencia del deber de examen como presupuesto subjetivo de justificación especial en algunas causas de justificación conduce a la extensión de la justificación en aquellos casos en los que los presupuestos objetivos de la causa de justificación en cuestión no concurren objetivamente, pero sí existen unas condiciones que en un examen previo y ponderado inducen a creer en su concurrencia —esto es, la suposición errónea invencible sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de justificación conduce a la apreciación real de la propia causa de justificación—, sin embargo en otros casos llevan a la consecuencia contraria, esto es, a establecer una regulación excepcional en relación con el error vencible sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de justificación (aparte del problema que plantean en relación con la concurrencia real de la causa de justificación y el incumplimiento del deber de examen, que puede conducir a que falte realmente el presupuesto subjetivo de justificación, con la consecuencia de castigar al sujeto por delito consumado o por tentativa imposible). La exigencia del deber de examen como presupuesto subjetivo de justificación especial lleva a la consecuencia que en el error vencible sobre los presupuestos objetivos de justificación, al no haberse cumplido el deber de examen, o bien se considera tal error irrelevante, o todo lo más será tratado como un error de prohibición; esto significa que a través de la exigencia del deber de examen como presupuesto subjetivo de justificación el error directo sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de justificación excepcionalmente será tratado como un error de prohibición en algunas

---

que el ordenamiento jurídico considere su conducta conforme a Derecho, no es la legitimidad de su acción, sino la falta de reprochabilidad de su hecho antijurídico la razón de tal exención.

<sup>67</sup> LENCKNER, FS H. Mayer 1965, 180.

<sup>68</sup> RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 79 s.

causas de justificación, mientras que en las restantes causas de justificación se aplicarán las reglas de la teoría restringida de la culpabilidad<sup>69</sup>, diferenciación que, en mi opinión, no es correcta.

## V. Deber de examen como criterio de vencibilidad o invencibilidad del error

Pero la opinión mayoritaria considera que el deber de examen no es un presupuesto subjetivo de justificación, sino que tiene relevancia en el error sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de justificación, y el cumplimiento de este deber de examen es el criterio decisivo a la hora de juzgar la vencibilidad o invencibilidad del error.

La ubicación de este elemento en el sector del error sobre las causas de justificación se ha producido tanto por los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad como por los defensores de la teoría restringida de la culpabilidad<sup>70</sup>, si bien las diferencias se han de producir en relación con las conse-

<sup>69</sup> Vid., por todos, PUPPE, NK I, 1995, § 16, nm. 159, quien señala las consecuencias de la exigencia del deber de examen como presupuesto subjetivo de justificación en el caso de que concurra realmente la situación justificante y el sujeto incumpla tal deber de examen.

<sup>70</sup> Admiten que el deber de examen ha de tener relevancia en el error directo sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de la causa de justificación, y por tanto tiene aplicación general a todas las causas de justificación, SCHRÖDER, ZStW 65 (1953), 207 ss.; LANGE, JZ 1953, 12 ss.; WELZEL, ZStW 67 (1955), 219; JZ 1955, 142 ss.; Strafrecht, 11<sup>a</sup>, 1969, 92 (= PG, 4<sup>a</sup>, 1997, 110); Arthur KAUFMANN, JZ 1956, 393; Schuld und Strafe, 2<sup>a</sup>, 1983, 115 s.; MÜLLER, Negative Tatumstände, 1958, 97 ss., 101 ss., 112 s.; BÖRKER, JR 1960, 170; SENGMÜLLER, Irrtum Notstand, 1960, 37 ss., 101 s.; HARDWIG, ZStW 78 (1966), 14 s.; KRÜPELMANN, GA 1968, 138 s.; Beiheft ZStW 1978, 43 s.; ESER, Strafrecht: Die untaugliche "morning-after-Pille", JuS 1970, 462; HEINITZ, FS Eb. Schmidt, 2<sup>a</sup>, 1971, 279 s., 282; KÜPER, NJW 1971, 1682 ss.; JZ 1980, 633 ss.; Der "verschuldete" rechtfertigende Notstand, zugleich ein Beitrag zur "actio illicita in causa", 1983, 116 ss., 169 s.; JZ 1989, 627; NOWAKOWSKI, JBI 1972, 28; STREE, Rechtswidrigkeit und Schuld im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, 465; ZIELINSKI, Handlungsunwert, 1973, 276 ss., 284 (= Disvalor de acción, 1990, 327 ss., 337); ROXIN, Über die mutmaßliche Einwilligung, FS Welzel 1974, 453; AT I, 3<sup>a</sup>, 1997, 533 s. (= PG I, 1997, 591 s.); HERDEGEN, 25 Jahre BGH 1975, 208 s.; RUDOLPHI, GS Schröder 1978, 80, 92 s.; GS Armin Kaufmann 1989, 380 s.; SCHAFFSTEIN, FS Bruns 1978, 103 s., 106; PAEFFGEN, Verrat, 1979, 164; WOLTER, JuS 1979, 483; BOTTKE, Wege der Strafrechtsdogmatik, JA 1980, 94 s.; GEILEN, Strafrecht AT, 5<sup>a</sup>, 1980, 108; GOMEZ BENITEZ, El ejercicio legítimo del cargo, 1980, 198 ss.; TRIFFTERER, Optisches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Ein systematischer Grundriß mit Schaubildern. I. Allgemeine Grundlagen, System und Element des Verbrechensaufbaus, 1981, 81; Österreichische Strafrecht AT, 1985, 234; HIRSCH, ZStW 94 (1982), 264; LK, 11<sup>a</sup>, 1992, antes del § 32, nm. 54, 82, 90, 126, 140, 145, aunque en nm. 146 y 156 admite que el deber de examen extiende

cuencias del error vencible y, lo que es más importante, con los requisitos que han de tenerse en cuenta a la hora de juzgar si se ha cumplido este deber de examen, esto es, si en el cumplimiento del deber de examen se han de tener en cuenta las condiciones y circunstancias objetivas o, por el contrario, también es relevante la condición personal del sujeto que alega el error.

El deber de examen tiene su lugar sistemático en la distinción entre la conducta imprudente y la conducta diligente o cuidadosa, por tanto se trata de un elemento que ha de establecer si el error que sufre el autor es vencible o invencible. La conducta imprudente está compuesta esencialmente por la infracción o inobservancia de la norma de cuidado que el ordenamiento jurídico impone al sujeto que pretende realizar conductas peligrosas para bienes jurídicos protegidos penalmente. El deber de cuidado impuesto por el ordenamiento es de carácter objetivo, es decir, el sujeto ha de cumplir el deber de diligencia que se impone a todo ciudadano en este tipo de comportamiento, deber de diligencia que el hombre diligente es capaz de cumplir. Cuando el sujeto incumple este deber objetivo de cuidado se comporta de manera imprudente, comete el injusto propio del delito imprudente, su conducta está prohibida con carácter objetivo-general<sup>71</sup>.

En los casos de suposición errónea por parte del sujeto de la concurrencia de los presupuestos objetivos de justificación el deber de examen obliga a comprobar con la diligencia objetivamente debida, con el cuidado del hombre diligente y cuidadoso, si esa representación subjetiva coincide con la realidad objetiva. Si el sujeto, en la situación tal y como se la ha representado no cumple con este deber de examen y comprobación (deber de examen que será diferente teniendo en cuenta la causa de justificación de que se trate: en la legítima defensa al ser la situación más perentoria el deber de examen es menor, frente al estado de necesidad en el que la situación de peligro puede prolongarse por más tiempo), esta omisión supondrá la infracción del cuida-

---

la justificación en la actuación funcional, esto es, el cumplimiento del deber de examen no da lugar a la apreciación de un error invencible o inevitable, sino a la apreciación de la propia causa de justificación representada subjetivamente por el autor; LK, 11<sup>a</sup>, 1994, § 34, nm. 77; CERESO, FS Jescheck I, 1985, 451; GEPPERT, Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB), Jura 1985, 30; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2<sup>a</sup>, 1986, 262 s.; BOCKELMANN/VOLK, Strafrecht AT, 4<sup>a</sup>, 1987, 101; JOSHI JUBERT, ADP 1987, 706 s.; JUNGCLAUSSEN, Die Subjektiven Rechtfertigungselemente, 1987, 179; STEINBACH, Subjektive Rechtfertigungselemente, 1987, 255 ss., 261 ss., 264, 270 ss., 281 ss.; DIEZ RIPOLLES, ComLP X, 1989, 247; GOMEZ PAVON, La intimidación, 1989, 90 s., PORTILLA CONTRERAS, LH Sainz Cantero II, 1989, 161 s.; DÖLLING, JR 1990, 173 s.; JAKOBS, AT, 2<sup>a</sup>, 1991, 362 (= PG, 2<sup>a</sup>, 1997, 436); DIECKMANN, Jura 1994, 184; KÜHL, AT, 1994, 286; SANCHEZ GARCIA, Ejercicio legítimo del cargo, 1995, 150.

<sup>71</sup> Vid., ampliamente, LUZON PEÑA, PG I, 1996, 490 ss., sobre el concepto, ubicación sistemática y elementos del tipo imprudente.

do objetivamente debido, el incumplimiento de la diligencia impuesta al hombre medio ideal cuidadoso y prudente. En tal caso se podrá fundamentar el reproche por el comportamiento imprudente cometido por el autor, y su castigo o impunidad dependerá de la tipificación expresa o no de dicha conducta (art. 12 CP).

Cuando el sujeto, en el cumplimiento de este deber de examen y comprobación, se comporta como lo hubiera hecho el hombre medio ideal colocado en su misma situación, cumple con las normas de cuidado exigibles objetivamente en esta actuación, o sea, de manera diligente y prudente, y por tanto su error sobre la concurrencia objetiva de justificación será valorado como objetivamente invencible y estaremos en presencia de una conducta justificada por la aplicación del caso fortuito. Puede suceder que el sujeto que se dispone a actuar tenga una capacidad o facultad inferior a la del hombre medio ideal, esto es, el sujeto por su condición subjetiva inferior no puede cumplir la norma de cuidado y diligencia que el ciudadano cuidadoso y diligente observaría; en tal situación el sujeto, pese a examinar la situación representada, no podrá evitar el error directo sobre la concurrencia de la causa de justificación. Sin embargo en este caso estamos ante un error subjetivamente invencible que no excluye la antijuridicidad de la conducta, se ha infringido la norma de conducta objetivamente establecida por el ordenamiento jurídico y sólo se excluirá o atenuará la culpabilidad del autor por su situación subjetiva inferior a la del hombre medio<sup>72</sup>. A través del cumplimiento del deber de examen el sujeto habría previsto que la causa de justificación representada no concurría realmente, y este juicio habría sido alcanzado por cualquiera en la posición del autor. Y la infracción de este deber de examen puede deberse a una imprudencia temeraria o grave por parte del sujeto, o por el contrario puede tratarse de una conducta imprudente leve o menos grave; en la primera el sujeto vulnera las normas más elementales sobre la diligencia y cuidado objetivo, mientras que en la segunda el sujeto ha cumplido algunas de las normas de cuidado o diligencia aunque estas resultan insuficientes para evitar la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido en el caso concreto<sup>73</sup>. A través de esta diferenciación en el grado de inobservancia de la norma de cuidado se podrá hacer responder al autor por un tipo imprudente u otro dependiendo de la gravedad de la imprudencia y de la propia tipificación o no tipificación de esta por el CP<sup>74</sup>. De este modo, a la solución a favor del error de tipo en el tratamiento del error directo sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de justificación ha de añadirse el estudio de la

<sup>72</sup> Sobre esta cuestión más detenidamente, LUZON PEÑA, PG I, 1996, 500 ss.

<sup>73</sup> Sobre la distinción entre la imprudencia grave y la imprudencia leve, vid., por todos, LUZON PEÑA, PG I, 1996, 517 ss.

<sup>74</sup> Téngase en cuenta que, en los delitos imprudentes, el CP exige imprudencia grave y en las faltas, unas veces se exige imprudencia grave (lesiones menos graves, art. 621.1 CP) y otras veces imprudencia leve (art. 621.2 y 3 CP)



propia conducta imprudente para saber qué clase de conducta imprudente se ha cometido atendiendo a la gravedad de la misma y a la mayor o menor infracción del deber de examen.

Toda esta explicación es correcta si el error que ha padecido el sujeto es subsumible en el error directo sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento jurídico; no cualquier suposición errónea, superficial o no, de que la conducta está justificada da lugar a un error sobre la situación objetiva de justificación. A título de ejemplo podemos citar la sentencia del BGH de 25-3-1988, similar a la STS de 27 de octubre de 1995<sup>75</sup>, en las cuales se planteó la posible justificación de la ligadura de trompas practicada por los médicos que asistían a la cesárea de una mujer en la supuesta defensa de la vida o salud de la mujer ante el peligro que planteaba un nuevo embarazo y la consiguiente cesárea. En ambos casos, el error de los médicos no puede ser valorado como la suposición errónea de que concurrían los presupuestos o elementos objetivos de una causa de justificación (el BGH optó por el error sobre la concurrencia en el hecho del consentimiento presunto, el TS admitió un error vencible de prohibición, rechazando el error directo sobre la concurrencia del ejercicio legítimo de la profesión) y, en consecuencia, no ha lugar a plantear el criterio del examen conforme a deber como requisito para valorar la vencibilidad o invencibilidad del error de tipo<sup>76</sup>. Sólo la suposición errónea de los hechos que constituyen la situación objetiva de una causa de justificación es relevante a los efectos de plantear el criterio del examen conforme a deber y, en consecuencia, la diferenciación entre la conducta imprudente y el caso fortuito como causa de justificación de la acción. Si se analiza en concreto la sentencia del TS español vemos que el rechazo del error sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación es correcto. En primer lugar, la mujer no había prestado su consentimiento expreso para la práctica de la ligadura de trompas, y el médico sabía que faltaba tal consentimiento expreso. En segundo lugar, no concurría ninguno de los tres supuestos recogidos en el art. 10.6 Ley General de Sanidad en los que está autorizada la intervención médica sin el consentimiento expreso del paciente: no existía un riesgo para la salud pública y el médico era consciente de que tal riesgo estaba ausente; la mujer estaba capacitada para tomar decisiones y tal circunstancia era conocida por el médico; y en último lugar tampoco la demora en la intervención iba a ocasionar lesiones irreversibles o

---

<sup>75</sup> STS 27-10-1995 (A 7910).

<sup>76</sup> La Sentencia del BGH ha sido objeto de serias críticas en la doctrina alemana: vid., por todos, GEPPERT, Anmerkung BGH Beschl. v. 25.3.1988-2StRr 93/88, JZ 1988, 1025 ss.; HOYER, Anmerkung BGH Beschl. v. 25.3.1988-2StRr 93/88, Strafverteidiger 1989, 245 s.; MÜLLER-DIETZ, JuS 1989, 280 ss.; ROXIN, AT I, 3<sup>a</sup>, 1997, 701 709 s. (= PG I —en esta parte traducido por Diego-Manuel Luzón Peña—, 1997, 769 s., 777 s.).

el peligro de fallecimiento, circunstancia que también era conocida por el médico<sup>77</sup>. Sólo puede plantear alguna duda la posible justificación de la intervención médica a través del consentimiento presunto de la mujer o, en su caso, el error directo sobre la concurrencia en el hecho de esta causa de justificación (tal y como se planteó en la sentencia del BGH alemán). Sobre esta cuestión también se pronuncia el TS español, rechazando la concurrencia real del consentimiento presunto porque el médico decidió personalmente la práctica de la ligadura de trompas sin consultar el parecer de los familiares que acompañaban a la mujer, método idóneo según el TS para conocer en este tipo de casos la forma de pensar de la paciente. En definitiva, a juicio del TS el médico ha presumido que la mujer consentía en la práctica de la ligadura de trompas basado en su experiencia profesional, no en posible voluntad real de la mujer concreta que iba a ser sometida a la intervención quirúrgica, lo que significa plantear un error directo sobre la existencia de una causa de justificación y, en consecuencia, admitir que estamos en presencia de un error de prohibición<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> En la Sentencia se hace mención de estas tres situaciones en las que se puede realizar la intervención médica sin consentimiento expreso del paciente, haciendo constar que en el presente caso era "...igualmente evidente que no concurría ninguna de estas circunstancias". Y se añade que "en cualquier caso, la indicación médica correcta no puede considerarse lícita y justificante de la intervención de que se trate, salvo que sea necesario tomar urgentemente alguna decisión al respecto, por existir riesgo inminente para la vida o la integridad de la persona; pues en tal caso estaríamos ante un típico 'estado de necesidad'. En otro caso, el médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella. Si, pese a ello, lo hace, no puede 'justificar' su conducta alegando haber actuado en el ejercicio legítimo de su profesión".

<sup>78</sup> A la misma conclusión de admitir en todo caso un error de prohibición llegan los autores alemanes citados anteriormente que se han ocupado de analizar la sentencia del BGH, criticando duramente el planteamiento del caso como un supuesto de error directo sobre la concurrencia en el hecho del consentimiento presunto. No podemos entrar aquí en mayores detalles sobre la corrección o incorrección de la solución del TS español, pues ello haría necesario en primer lugar realizar un breve estudio sobre el consentimiento presunto, su naturaleza jurídica, ámbito de aplicación y requisitos. Para una mayor profundización sobre esta causa de justificación vid., por todos, ARNDT, *Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund*, 1929, passim; ROXIN, *Über die mutmaßliche Einwilligung*, FS Welzel 1974, 447 ss.; AT I, 3<sup>a</sup>, 1997, 696 ss. (= PG I, 1997, 764 ss.); HEIDNER, *Die Bedeutung der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, insbesondere im Rahmen des ärztlichen Heileingriffs*, 1987, passim; DE LA MATA BARRANCO, *El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio*, en Silva Sánchez (editor), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, LH Roxin 1997, 387 ss.

# Fundamento material de la culpabilidad, exigibilidad e inexigibilidad individual\*

Ismael Manuel Aráuz Ulloa  
Profesor de Derecho Penal  
Universidad Centroamericana

## I. Fundamento material de la culpabilidad (algunas precisiones)

Tradicionalmente se ha distinguido por los estudiosos del Derecho penal entre un concepto formal de culpabilidad y un concepto (o fundamento) material de la misma<sup>1</sup>, tal distinción representa un paralelismo en relación con los conceptos de antijuridicidad formal y antijuridicidad material desarrollados ya por la teoría del delito, en este sentido se dice que la conducta es formalmente antijurídica cuando ésta “es contraria a las normas jurídicas y por tanto es prohibida y desvalorada por las mismas”, es materialmente antijurídica la conducta cuya dañosidad o nocividad social “lesiona o pone en peligro algún bien jurídico”<sup>2</sup>.

Siguiendo los parámetros anteriormente relacionados relativos a la antijuridicidad se ha elaborado lo que se ha dado en llamar un concepto formal y un concepto (o fundamento) material de culpabilidad, teniendo como premisa la necesidad de distinguir entre los requisitos personales que el ordenamiento exige para que pueda darse el juicio de imputación<sup>3</sup> que representa la culpabilidad (aspecto formal) y los motivos por los que esos requisitos son seleccionados como presupuestos de tal juicio (fundamento material).

---

\* El presente trabajo se corresponde, actualizada la bibliografía e introducidas una leves modificaciones, con una primera versión publicada en: CUAREZMA TERAN, SERGIO y MARIO HOUED, Derecho Penal, Criminología y Derecho Procesal Penal. Editorial Hispamer, Colección Textos Jurídicos, Managua, 2000, págs. 371 a 390.

<sup>1</sup> Aunque TORÍO LÓPEZ, CPC 36, 1988, 763, le critica a la doctrina contemporánea la pérdida o al menos el obscurecimiento de la distinción entre culpabilidad en sentido formal y culpabilidad en sentido material.

<sup>2</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Curso, PG I, 1996, 323; ROXIN, Problemas básicos, 1976, 202.

<sup>3</sup> Así, GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 99.

El concepto formal de culpabilidad “abarca aquellos elementos psíquicos del hecho que en un ordenamiento dado se exigen como presupuestos de la imputación subjetiva”<sup>4</sup>, se trata —en palabras de Muñoz Conde— de “aquellos elementos que fuera de la tipicidad y la antijuridicidad forman parte de la teoría general del delito y también condicionan la aplicación de una pena”<sup>5</sup>, son los mayoritariamente conocidos como elementos de la culpabilidad así, la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), el conocimiento (potencial o real<sup>6</sup>) de la antijuridicidad y, en dependencia de la preponderancia que se le otorgue al principio de inexigibilidad, se requiere alternativamente de la no exigibilidad de otra conducta o de la inexistencia de causas de exclusión de la culpabilidad<sup>7</sup>.

También se dice que culpabilidad en sentido formal equivale al conjunto de elementos o requisitos legislativamente exigidos en un *sistema de Derecho penal históricamente dado* como presupuestos de la imputación subjetiva<sup>8</sup>.

El concepto (o fundamento) material de la culpabilidad no se refiere a los requisitos legislativamente exigidos como base de la imputación, sino que trata de descubrir “las razones por las que ciertos factores psíquicos se toman como presupuestos de la imputación subjetiva y en caso de faltar determinan la desaparición del juicio de culpabilidad”<sup>9</sup>.

El concepto formal de culpabilidad en los términos expuestos ha logrado asentarse y hoy en día podría decirse que es prácticamente unánime. No sucede lo mismo con el concepto material de culpabilidad que ha llegado a convertirse en uno de los campos más problemáticos del pensamiento penal es —como señala ROXIN— un “verdadero problema básico de la dogmática juridicopenal”, añadiendo además “que la cuestión decisiva (...) sigue siendo saber qué es lo que realmente fundamenta en el aspecto material el reproche de la culpabilidad, es decir, por qué caracterizamos como “culpable” o “no culpable” una conducta ilícita si concurren determinados requisitos positivos y negativos”<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> JESCHECK, Tratado PG, 1981, 580; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 380; en sentido parecido, COBO/VIVES, DP PG, 5.<sup>a</sup>, 1999, 549.

<sup>5</sup> Vid. MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.<sup>a</sup>, 1998, 396.

<sup>6</sup> TORÍO LÓPEZ, CPC 36, 1988, 763.

<sup>7</sup> Cfr. en uno u otro sentido, TORÍO LÓPEZ, CPC 36, 1988, 763; GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 99; MUÑOZ CONDE/MARTOS NÚÑEZ, EJBCiv II, 1995, 1871; QUINTERO OLIVARES, Curso, PG, 1996, 328; MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.<sup>a</sup>, 1998, 396.

<sup>8</sup> Vid. JESCHECK, Tratado PG, 1981, 580 s.; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 380; en sentido parecido, TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1985, 291; CPC 36, 1988, 763.

<sup>9</sup> JESCHECK, Tratado PG, 1981, 580; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 380.

<sup>10</sup> ROXIN, Problemas básicos, 1976, 201.

Por su parte TORÍO LÓPEZ, señala que cuando se habla de culpabilidad no se piensa en sus requisitos formales que — como dijimos— están fuera de discusión sino que se llama la atención sobre su *ratio essendi* que representa “el campo más problemático, pero también en el más fértil, del pensamiento penal es, un terreno propio de la lucha de escuelas, es decir, de los eternos contrastes entre las direcciones penales y, por derivación, de las teorías de la pena”<sup>11</sup>.

La cuestión del concepto material de culpabilidad ha sido tratada por la doctrina penal como un problema de importancia capital<sup>12</sup> que resuelto satisfactoriamente operaría como criterio valorativo rector y “unificador de la teoría jurídicopenal de la culpabilidad”, representando, al mismo tiempo, un criterio de interpretación que permita incluso “desarrollar nuevas causas supralegales de exclusión de la culpabilidad”<sup>13</sup>.

Un buen número de autores apuntan —con JESCHECK<sup>14</sup>— que el concepto material de culpabilidad puede basarse en exigencias de la ética, de seguridad pública, en la especificidad de la conducción de los impulsos del hombre (entendiéndola como actitud interna jurídicamente desaprobada<sup>15</sup>), relacionada con las teorías de los fines de la pena, o —como COBO/VIVES—, cimentándola sobre la idea de libertad, “concebida como capacidad de autodeterminarse conforme las exigencias dimanantes de las normas”<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1985, 291; CPC 36, 1988, 764.

<sup>12</sup> ROXIN, Problemas básicos, 1976, 201; por su parte MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 397, apunta que el establecimiento de los criterios para elaborar el fundamento material de la culpabilidad es un requisito que “toda democracia que aspira a ser verdadera debe desarrollar”.

<sup>13</sup> ROXIN, Problemas básicos, 1976, 201; tb. en: DP PG I, 1997, 798, en donde requiere la existencia de un fundamento material de la culpabilidad atendiendo a razones derivadas del Estado de Derecho.

<sup>14</sup> Cfr. JESCHECK, Tratado PG, 1981, 581.

<sup>15</sup> Cfr. COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 549.

<sup>16</sup> Interesante la postura de COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 549 s., que pese a la fuerte crítica que la doctrina moderna ha expresado sobre la idea de libertad, la siguen manteniendo como “único fundamento material coherente de la culpabilidad”. Opiniones contrarias a la idea de libertad como fundamento del poder de actuar de un modo distinto (es decir conforme a Derecho), en atención a la indemostrabilidad de la misma, son las mantenidas, entre otros, por ROXIN, Problemas básicos, 1976, 203 s.; CPC 30, 1986, 671; DP PG I, 1997, 799 s.; CERESO MIR, ADPCP 1980, 347 s.; TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1985, 287; GIMBERNAT ORDEIG, Estudios, 3.ª, 1990, 140 ss., 162 ss.; MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 550 ss.; MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 393 s.

Las tendencias más modernas apuntan al establecimiento de los criterios de “motivabilidad”<sup>17</sup>, “motivación normativa” y “normalidad motivacional”<sup>18</sup>, que junto a los criterios derivados de las teorías de los fines de la pena (con base en la idea de prevención general o especial)<sup>19</sup> van asentándose y no se descartan que pronto lleguen a ser mayoritarios —de todos ellos, no es posible tratar en este trabajo pues no pretendemos más que dar algunas indicaciones referenciales—.

La idea de libertad — como libre albedrío— dominó durante mucho tiempo el fundamento material de la culpabilidad que, con el nacimiento de la teoría normativa de la culpabilidad se tradujo como reprochabilidad basada por un lado en un fundamento ético-valorativo y, por otro, en la idea de que el hombre libre posee capacidad individual que le permite comportarse de uno u otro modo frente a la norma, nació así el concepto de exigibilidad como requisito o fundamento de la categoría en estudio, y la inexigibilidad como su negación, es decir, como una causa de exclusión de la culpabilidad, a ambos conceptos (exigibilidad e inexigibilidad) dedicaremos el contenido de las siguientes páginas.

## II. Exigibilidad e inexigibilidad (concepto)

El concepto de exigibilidad e inexigibilidad se encuentra anudado desde su nacimiento con la teoría normativa —como tendremos oportunidad de comprobar en el desarrollo de los apartados posteriores— al concepto o fundamento material de la culpabilidad y se le considera por un amplio sector de la doctrina como una causa de inculpabilidad o, al menos, como un principio informador de las mismas; de esta manera es común encontrarnos con la expresión de que la exigibilidad constituye un elemento positivo del juicio de culpabilidad que debe comprobarse en todo caso y excluir la “responsabilidad”<sup>20</sup> en caso de que falte o, que la no exigibilidad constituye el fundamento de determinadas eximentes que excluyen la culpabilidad.

Los conceptos de exigibilidad e inexigibilidad representan pues dos caras de una misma moneda, la exigibilidad constituye el aspecto positivo y la inexigibilidad el aspecto negativo, al menos así fue concebida en sus orígenes.

<sup>17</sup> A juicio de MUÑOZ CONDE/MARTOS NÚÑEZ, EJBCiv II, 1995, 1871, el fundamento material de la culpabilidad descansa en la función motivadora de la norma penal, en efecto —señala— “la norma penal motiva al ciudadano para que se abstenga de realizar entre los posibles comportamientos que pueda llevar a cabo, precisamente aquel que la norma prohíbe con la amenaza de una pena”; tb. en: MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 397.

<sup>18</sup> Cfr. MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 553 ss.

<sup>19</sup> Por todos, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1993, 21 ss.; tb. en: Fundamentos, LH-Roxin, 1995, 115 ss.

<sup>20</sup> Así, GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 100.

nes, y dado que el principio de inexigibilidad ha sido el más desarrollado por la doctrina (con independencia del área concreta de aplicación<sup>21</sup>), es conveniente advertir que cuando se habla de inexigibilidad debemos entender que se está haciendo referencia al aspecto negativo de la exigibilidad y viceversa<sup>22</sup>.

Desde un sentido puramente normativo (y de orientación causalista) suele decirse por los autores, que "la existencia de un deber de actuar en el sentido requerido por la norma se funda en la posibilidad de llevar a cabo el comportamiento jurídicamente correcto y en la exigibilidad del mismo"<sup>23</sup>; es decir, con palabras de SAINZ CANTERO<sup>24</sup>, que para afirmar la reprochabilidad del injusto típico realizado por un sujeto determinado es necesario, además de la imputabilidad, el dolo o la culpa, que le pueda ser exigido un comportamiento distinto del realizado, es decir, un comportamiento conforme a Derecho. Cuando al sujeto no puede exigírsele tal comportamiento su conducta no es reprochable y por tanto no existe culpabilidad.

De lo apuntado en el párrafo anterior se deduce que para los partidarios de la concepción normativa (causalista) de la culpabilidad, la exigibilidad de conducta adecuada a la norma constituye un elemento imprescindible para la completa formulación del juicio de reproche que se dirige al sujeto por haber actuado contra lo que dispone el Derecho<sup>25</sup>.

En línea con lo anterior MEZGER<sup>26</sup> apuntaba que la inexigibilidad denota la imposibilidad de afirmar la culpabilidad cuando al autor en el caso particular no se le pueda exigir otra forma de actuar. Más modernamente se señala que el estudio de la exigibilidad parte de la idea de que el Derecho en sus relaciones con los sujetos a los que está dirigido exige normalmente la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles pero no imposibles,

<sup>21</sup> Pues hoy en día ha obtenido una preponderancia tal que ha rebasado el elemento culpabilidad como área de aplicación —más detalles en el tratamiento de la ubicación sistemática—.

<sup>22</sup> Refiriéndose también al sentido positivo y negativo de la exigibilidad GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 75.

<sup>23</sup> COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 687, apuntan además que "posibilidad y exigibilidad del actuar de acuerdo con los dictados de la norma no son conceptos idénticos: lo imposible no es exigible; pero, en multitud de ocasiones, el Derecho renuncia a exigir comportamientos que el sujeto podría realizar. De manera que, si bien lo imposible no es exigible lo posible tampoco es, por el mero hecho de serlo, exigible siempre".

<sup>24</sup> SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 12 s.; Lecciones PG, 3.ª, 1990, 715; en el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.ª, 1986, 363.

<sup>25</sup> Vid. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.ª, 1986, 363.

<sup>26</sup> MEZGER, DP PG, 1989, 272, también se observa su línea cambiante en cuanto a la naturaleza y ubicación sistemática del criterio, aspecto que apuntara también SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 442 s.; tb. en: La exigibilidad, 1965, 25.

de esta manera puede decirse que los niveles de exigencia lejos de ser uniformes varían según las circunstancias y los intereses en juego pero que, al mismo tiempo, puedan ser cumplidos por cualquier persona. Así se mantiene como máxima que el Derecho no puede exigir comportamientos que vayan más allá del ámbito de exigencia propio de las normas jurídicas en cuestión; es decir, con Muñoz Conde, que “cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad faltará ese elemento y con él, la culpabilidad”<sup>27</sup>.

Mir Puig, añade que un Derecho penal democrático no requiere ser un Derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría, llegando así a la idea básica que suele verse tras la noción de la no exigibilidad “*las conductas heroicas no son exigibles*”<sup>28</sup>. En sentido parecido SAINZ CANTERO apuntaba que la exigibilidad de la norma llega hasta donde llegan las posibilidades humanas, donde comienza el heroísmo cesa su exigibilidad<sup>29</sup>.

Los conceptos exigibilidad e inexigibilidad tal y como los hemos expuesto en sus líneas generales —y referidos exclusivamente al elemento culpabilidad— han sido fruto de un largo período de gestación y evolución que los ha llevado a ocupar un lugar importante en el estudio de la teoría del delito, pues a través del tiempo lo que ha cambiado es el contenido de lo exigible y el fundamento de la legitimación estatal para imponer un castigo, pero la aceptación de los conceptos exigibilidad e inexigibilidad es algo que está fuera de duda en la interpretación actual no sólo de las causas que excluyen la culpabilidad sino también de aquellas que excluyen la tipicidad y la antijuridicidad<sup>30</sup>, sin más preámbulo nos adentrarnos ahora en el estudio de ese largo proceso histórico que dio vida a los conceptos que tratamos.

### III. La idea de exigibilidad origen y evolución

Es un esfuerzo en vano buscar algún indicio del pensamiento de la exigibilidad en el seno de la teoría psicológica de la culpabilidad pues, como sabemos, en ella la culpabilidad se agota en una relación de carácter psíquico entre el autor y el hecho, prescindiendo de toda referencia al terreno de las normas

<sup>27</sup> MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 436; MUÑOZ CONDE/MARTOS NÚÑEZ, EJBCiv II, 1995, 1871; en sentido parecido, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.ª, 1995, 642.

<sup>28</sup> MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 617.

<sup>29</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, RGLJ 214, 1963, 54; La exigibilidad, 1965, 11.

<sup>30</sup> Cfr. los diferentes trabajos de LUZÓN PEÑA, ADPCP 1993, 21-33; tb. en: Fundamentos, LH-Roxin, 1995, 124, n. 43; tb. Luzón Peña/Mir Puig (edits.), Causas, 1995, 21-43; EJBCiv III, 1995, 3552-3554; Curso PG I, 1996, 568-570, 648-651; sobre ello tb. MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 436 s.



(como normas de determinación) y al carácter exigible o inexigible de las conductas realizadas, es por ello que bajo el imperio de la teoría psicológica de la culpabilidad no podría pensarse nunca en los conceptos exigibilidad e inexigibilidad eminentemente normativos que — como la doctrina prácticamente unánime ha reconocido— tienen su origen en la llamada teoría normativa de la culpabilidad<sup>31</sup>.

Por lo reseñado en el párrafo anterior no resulta extraño que el nacimiento del concepto de exigibilidad e inexigibilidad se asocie a Reinhard Frank, padre de la teoría normativa de la culpabilidad, quien fue el primero que en su crítica a la concepción psicológica de la culpabilidad<sup>32</sup> recurriera al concepto de no exigibilidad como causa de exclusión de la culpabilidad basada en la anormalidad de las circunstancias concomitantes al hecho<sup>33</sup>.

De esta manera, se acepta como correcta la afirmación de que la exigibilidad e inexigibilidad nacen conjuntamente con la teoría normativa y que sólo cuando los presupuestos de ésta última toman cuerpo de doctrina es que empieza a hablarse de que “al sujeto, para ser considerado culpable, debía serle posible adecuar su conducta a lo que la norma manda o prohíbe”<sup>34</sup>.

Luego del valiosísimo punto de partida aportado por Frank correspondió a otros autores —de no menos renombre—, desarrollar y perfilar el concepto de exigibilidad que hoy conocemos, el segundo que se ocupó del tema fue James Goldschmidt, quien contribuyó al desarrollo de la concepción normativa con dos importantes aportes, el primero, es el haber considerado que la antijuridicidad de una conducta supone el quebrantamiento de una “norma de Derecho” que la prohíbe, el segundo, consiste en que junto a esa norma de Derecho existe una “norma de deber” definidora de la culpabilidad, de tal

---

<sup>31</sup> Más detalles acerca de la inviabilidad para establecer un concepto de exigibilidad e inexigibilidad en el seno de la concepción psicológica en: SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 425.

<sup>32</sup> La base de la crítica se asienta en que la culpabilidad no consiste -o no consiste siempre- en una efectiva conexión psíquica entre el sujeto y el hecho, pues tal relación psíquica falta en los casos de culpa inconsciente o sin representación en la que falta la relación cognitiva real entre el sujeto y el hecho; al respecto, TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1985, 288. Vid. tb. los señalamientos realizados por PEREDA (ADPCP 1949, 21 ss.) a los planteamientos de Frank y a la teoría normativa de la culpabilidad, defendiendo a ultranza un concepto psicológico de culpabilidad.

<sup>33</sup> Cfr. DE MIGUEL GARCILÓPEZ, ADPCP 1952, 53; SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 428; JESCHECK, Tratado PG, 1981, 579; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 379; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.<sup>a</sup>, 1986, 366; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 25; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.<sup>a</sup>, 1995, 643.

<sup>34</sup> En este sentido, SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 420; La exigibilidad, 1965, 13; Lecciones PG, 3.<sup>a</sup>, 1990, 715.

forma que ante conductas antijurídicas — infractoras de las normas de Derecho— habrá que afirmar la culpabilidad siempre que de la infracción de la norma de deber se dedujera —atendiendo a las circunstancias concurrentes— que al sujeto le era exigible adecuar su conducta conforme con el Derecho<sup>35</sup>. En la visión de Goldschmidt, “junto a toda norma de Derecho, que exige del individuo una determinada conducta *externa*, existe, no declarada expresamente, una norma que le impone conformar su conducta *interna*, de forma tal que pueda corresponder a las exigencias que el ordenamiento jurídico establece respecto de su conducta exterior”<sup>36</sup>; de esta manera — interpreta Mir Puig<sup>37</sup> —, las “normas de deber” serían aquellas que están dirigidas a motivar el comportamiento interno del sujeto, y que operan en contraposición a las “normas de Derecho” prohibitivas de la conducta externa, así, mientras la infracción de las normas de Derecho determina la antijuridicidad, la infracción de las normas de deber fundaría la reprochabilidad necesaria para la culpabilidad sin más límite que el que devenga de lo exigible al sujeto.

Para Goldschmidt la no exigibilidad encuentra su contenido en una motivación anormal, según la cual si atendiendo a determinadas circunstancias no pudiera exigírsele al autor que se motive según las normas de deber, habrá que negar la culpabilidad por inexigibilidad.

Otro paso importante —para muchos el decisivo<sup>38</sup>— en la construcción de los conceptos exigibilidad e inexigibilidad fue el aportado por Freudenthal sobre la base de la idea de *poder*, consideraba que “para la culpabilidad es decisiva la idea de *poder*. El reproche de culpabilidad se hace al autor por haber actuado como lo ha hecho *pudiendo* y *debiendo* haberse comportado de otra manera. Por eso, cuando al autor, por las circunstancias en que ha actuado, le ha faltado capacidad para comportarse de otra manera, no puede serle hecho el reproche de culpabilidad”<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> En este sentido, SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 434 s.; La exigibilidad, 1965, 16; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.<sup>a</sup>, 1986, 306.

<sup>36</sup> SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 435 s.; La exigibilidad, 1965, 19.

<sup>37</sup> MIR PUIG, DP PG, 5.<sup>a</sup>, 1998, 618.

<sup>38</sup> Así se dice que Freudenthal llevó el concepto de inexigibilidad a su punto culminante pretendiendo incluso, su reconocimiento como causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad; cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.<sup>a</sup>, 1995, 643 s. También resaltan el gran aporte de Freudenthal —entre otros—, SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 438 s.; RGLJ 214, 1963, 52 s.; La exigibilidad; 1965, 22 s.; ROXIN, Problemas básicos, 1976, 202; JESCHECK, Tratado PG, 1981, 579; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 379; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.<sup>a</sup>, 1986, 366; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 26; BUSTOS RAMÍREZ, DP PG, 4.<sup>a</sup>, 1994, 493; MAURACH/ZIPF, DP PG 1, 1994, 521; MIR PUIG, DP PG, 5.<sup>a</sup>, 1998, 618 s.; COBO/VIVES, DP PG, 5.<sup>a</sup>, 1999, 687 s.

<sup>39</sup> Al respecto, SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 438 s.; La exigibilidad, 1965, 22 s.

Bajo esta línea de pensamiento se agrega que cuando al sujeto no puede serle exigido un comportamiento conforme a la norma penal desaparece la culpabilidad por inexigibilidad. Para Freudenthal la determinación de la no exigibilidad debe realizarse atendiendo a un criterio ético-individual, apoyado unas veces en criterios legales y otras en criterios supraleales, pues, para él, la inexigibilidad es causa general y supraleal de inculpabilidad. Considerada así la inexigibilidad se daba vida a una fórmula amplísima de inculpabilidad capaz de amparar aquellos casos que no entran ni en el estado de necesidad ni en otras excusas previstas por el legislador.

Así las cosas la teoría de la exigibilidad se traducía como causa esencial que fundamenta el reproche de la culpabilidad, “el no dejarse motivar por la representación del deber pese a la exigibilidad es reprochabilidad”<sup>40</sup>, si, por el contrario, dadas las circunstancias personales y ambientales, al sujeto no le era jurídicamente exigible la abstención de la conducta realizada, habrá inculpabilidad o exculpación<sup>41</sup>.

Concebida así la inexigibilidad (como causa general y supraleal de inculpabilidad), no era de extrañar que pronto surgieran enconadas críticas dirigidas sobre todo al carácter amplio de la misma, pues —según MEZGER<sup>42</sup>—, la consideración de la no exigibilidad como causa supraleal de exclusión puede conducir a excesos insostenibles en donde las valoraciones individuales del autor particular se impongan a las valoraciones objetivas del ordenamiento jurídico y de la ley<sup>43</sup>.

Aparte de la observación que ataca el carácter eminentemente subjetivo de la teoría de Freudenthal sus críticos además aportaron otros argumentos también de peso, uno de ellos está dirigido al rechazo de la analogía pues —afirma Maurach—, la ley penal cierra el paso a la admisión de causas supraleales, de lo cual se desprende que debe atenderse al contenido propio de la norma, salvo alguna excepción que para el caso en cuestión no existe —añade—, la frase “tú debes luego tu puedes”, no necesita estar expresa para oponerse al principio de no exigibilidad como causa de exclusión supraleal, “pues existe en cada prohibición y en cada imperativo del Derecho penal”<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> ROXIN, Problemas básicos, 1976, 202.

<sup>41</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, EJBCiv III, 1995, 3552.

<sup>42</sup> MEZGER, DP PG, 1989, 272 s.

<sup>43</sup> Un resumen del pensamiento de Mezger en: SAINZ CANTERO, ADPCP, 1960, 442 s.; La exigibilidad, 1965, 26 s.

<sup>44</sup> MAURACH/ZIPF, DP PG 1, 1994, 556 s.; tb. SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 32 s.

Otros argumentos están dirigidos a que la no exigibilidad como causa de exclusión supralegal produce “el reblandecimiento del Derecho” representando “un peligro para la certeza y el mantenimiento del orden jurídico” al conducir a una “insostenible relativización del concepto de culpabilidad”, provocando una individualización que “aleja el fallo del Juez del Derecho positivo y supone una vuelta al Derecho natural”<sup>45</sup>.

Con todas estas críticas era de esperar un replanteamiento del principio de inexigibilidad basado en otros criterios, se desarrolló entonces una visión objetivada del principio<sup>46</sup> que tomaba como referencia al ciudadano normal y que hacía depender la exculpación no ya de criterios valorativos individuales sino “de la existencia objetiva de unos motivos preponderantes en el autor o, por mejor decir, de unos motivos que el ordenamiento jurídico debía reconocer como superiores al motivo del deber en relación con el hombre medio”<sup>47</sup>.

La estimación de la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación basada en la capacidad de motivación del hombre medio, logró aceptación y se mantuvo durante algún tiempo, llegando incluso a conformar la base de algunas sentencias de los Tribunales alemanes, sin embargo, esta aceptación cedió ante la opinión manifiesta de la Jurisprudencia —y más tarde de un sector de la doctrina— de que el Derecho penal precisa en el ámbito de la culpabilidad baremos que, aún ajustados a la valoración de la formación de la voluntad, se hallen formalizados y legalmente fijados<sup>48</sup>. De esta manera surgió la idea de que la inexigibilidad lejos de constituir una causa de exclusión supralegal, contenía, más bien, un principio regulativo que inspiraba al legislador en el establecimiento de algunas causas de exculpación y, como tal principio regulativo, también podría encontrarse en el ámbito de la tipicidad y la antijuridicidad.

La idea expuesta en la parte final del párrafo anterior se debe a Henkel quién partía de la premisa de que se debía prescindir de la consideración —mantenida hasta ese momento—, de que la exigibilidad es un elemento de la culpabilidad y la no exigibilidad una causa de exclusión de ese elemento del delito, más bien, a juicio del mencionado autor, la no exigibilidad es un “criterio regu-

---

<sup>45</sup> Opiniones de GERLAND, SCHUMACHER, FINGER y VON WEVER, traídas a colación por SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 445; La exigibilidad, 1965, 28; tb. JESCHECK, Tratado PG, 1981, 687; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 457; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 26 s.; ROXIN, DP PG I, 1997, 960; MIR PUIG, DP PG, 5.<sup>a</sup>, 1998, 619.

<sup>46</sup> Impulsada por WEGNER, defendida y desarrollada por GOLDSCHMIDT y SCHAFFTSTEIN; al respecto SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 100 s.

<sup>47</sup> Cfr. MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 27.

<sup>48</sup> Vid. JESCHECK, Tratado PG, 1981, 687 s.; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 457 s.

lativo jurídico general” aplicable no sólo en el área de la culpabilidad sino que, también, debe extenderse a todos los elementos de la teoría jurídica del delito como principio regulador de las categorías jurídico penales de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad<sup>49</sup>.

A juicio de Roxin lo más importante de la aportación de Henkel es que *demonstró irrefutablemente que la exigibilidad no es un concepto normativo, sino un principio regulador* que por su significación debe ser incluido entre los componentes de la teoría general del Derecho<sup>50</sup>. La inexigibilidad, concebida al modo de Henkel, no encierra ningún tipo de contenido valorativo, sino que es un concepto desprovisto de valor y, por tanto, no normativo. La consecuencia fundamental de esta carencia de contenido normativo es que la exigibilidad ya no puede ser el fundamento material de la culpabilidad porque no puede establecerse paralelismo con el concepto de antijuridicidad material pues, si la antijuridicidad material se determina como “nocividad social tipificada”, no puede decirse que nocividad social sea un criterio sin contenido, la exigibilidad, en cambio, es una fórmula vacía, que como tal no puede constituir el fundamento material de la culpabilidad<sup>51</sup>.

Además del valioso aporte reseñado por Roxin, es atribuible a Henkel el haber sentado sobre bases firmes el concepto de inexigibilidad, al establecer también los baremos por los que debe medirse la aplicación del criterio así: “En el área del injusto debe medirse con cálculos *objetivos*, no ha de mirarse a la conducta del autor del caso concreto solamente, sino a la conducta que hubiera realizado cualquier otro hombre situado en las mismas circunstancias; por el contrario, en el área de la culpabilidad, debe medirse según la conducta del autor determinado, *subjetivamente*, sin referencia ninguna a cualquier otro individuo”<sup>52</sup>.

De los postulados de Henkel se extrae que se puede plantear tanto una exigibilidad objetiva, que opera a nivel del injusto, como una exigibilidad sub-

<sup>49</sup> Sobre este criterio vid. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1993, 21-33; tb. en: Fundamentos, LH-Roxin, 1995, 124, n. 43; tb. Luzón Peña/Mir Puig (edits.), Causas, 1995, 21-43; EJBCiv III, 1995, 3552-3554; Curso PG I, 1996, 568-570, 648-651. Además las referencias realizadas por SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 452; La exigibilidad, 1965, 35 s.; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 30.

<sup>50</sup> Cfr. ROXIN, Problemas básicos, 1976, 202.

<sup>51</sup> ROXIN, Problemas básicos, 1976, 202; tb. MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 30.

<sup>52</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, ADPCP 1960, 453; La exigibilidad, 1965, 38. Vid. las críticas a la teoría de Henkel, así como una réplica de las mismas en: TORÍO LÓPEZ, ADPCP, 1985, 299; fundamentalmente las efectuadas por Frellesen en: MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 31.

jetiva, que opera a nivel de la culpabilidad<sup>53</sup>, es decir, —siguiendo a Luzón Peña— que en el área del injusto puede hablarse tanto de inexigibilidad jurídica general (excluyente de la antijuridicidad), como de inexigibilidad penal general (excluyente de la tipicidad) y, en el área de la culpabilidad de una inexigibilidad individual o subjetiva<sup>54</sup>, de todos estos supuestos nos ocuparemos en el apartado correspondiente —*infra* VI—. En España los conceptos exigibilidad e inexigibilidad no fueron conocidos sino hasta la publicación de la traducción al Tratado de Mezger realizada por Rodríguez Muñoz (1ª ed. 1935, 2ª ed. 1949)<sup>55</sup>, desde entonces, la evolución de los conceptos ha experimentado el mismo recorrido que el reseñado con relación a la doctrina alemana y hoy en día puede decirse que la posición de Henkel, —en el sentido expuesto por Luzón— va adquiriendo cada vez más adeptos<sup>56</sup>. Sin embargo, es preciso reconocer que de momento es mayoritario aquel sector de la doctrina que limita la aplicación del concepto a determinadas causas de exculpación (el llamado estado de necesidad exculpante, encubrimiento entre parientes, el miedo insuperable y antes del CP de 1995 se extendía a algunos supuestos de obediencia debida) como un criterio informador de las mismas<sup>57</sup>.

#### IV. Naturaleza jurídica y ubicación sistemática de la idea de inexigibilidad

Lo desarrollado en los puntos anteriores permite preguntarnos acerca de la verdadera naturaleza de los conceptos exigibilidad e inexigibilidad y su correspondiente ubicación sistemática. Tres son las respuestas posibles: la primera, consiste en admitir que el concepto de inexigibilidad es una causa de exculpación supralegal con influencia directa en el terreno de la culpabilidad; la segunda, es admitirlo como un criterio informador de las causas de exculpación en cuyo caso su influencia se circunscribe también, al terreno de la culpabilidad; y la tercera, es aceptar que el concepto inexigibilidad es un criterio regulativo jurídico general cuyo radio de acción abarca todos los elementos del delito.

<sup>53</sup> Cfr. al respecto, BUSTOS RAMÍREZ, DP PG, 4.ª, 1994, 493.

<sup>54</sup> Vid. los trabajos citados *supra* n. 30.

<sup>55</sup> Así lo exponen SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 109; MIR PUIG, Adiciones a Jescheck PG, 1981, 583, 690; GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 74; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.ª, 1995, 644.

<sup>56</sup> En Alemania la teoría de HENKEL ha terminado imponiéndose como doctrina dominante, al respecto SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 300 s.

<sup>57</sup> Al respecto, SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 122 s.; MIR PUIG, Adiciones a Jescheck PG, 1981, 690; MIR PUIG, DP PG, 5.ª, 1998, 619; COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 691. En la doctrina alemana, JAKOBS, DP PG, 1995, 715 s., haciendo referencia a la doctrina dominante afirma que también podría ser viable una cláusula general de inexigibilidad sometida a determinados requisitos pero que en cualquier caso carece de importancia práctica.

1. La primera posición compuesta por la teoría que defendía la admisión de la inexigibilidad como causa supralegal de exclusión de la culpabilidad desarrollada por Freudenthal consideraba —como vimos—, que el concepto de exigibilidad es un elemento positivo del juicio de culpabilidad del que cualquier situación de inexigibilidad, aunque no esté prevista legalmente, constituye su negación y conduce, por tanto, a la su absolución pues la conducta realizada pese a ser antijurídica no puede (por circunstancias objetivas o subjetivas) ser culpable. Para los defensores y adeptos de esta teoría el lugar de la inexigibilidad no puede ser otro que la culpabilidad.

Ya hemos anticipado a través de la exposición las críticas manifestadas por buena parte de los autores de la época basadas fundamentalmente en la obligatoriedad y generalidad de las normas, la exclusiva competencia del legislador para el establecimiento de las causas de exculpación<sup>58</sup> y los problemas que la admisión de esta causa supralegal acarrearía para la seguridad jurídica y certeza del Derecho<sup>59</sup>.

2. La segunda posición atiende a la inexigibilidad como un criterio informador de las causas de exculpación, aduciendo que el legislador al momento de redactar ciertas causas de exención<sup>60</sup> ha tomado en consideración el principio de inexigibilidad y al amparo de él ha declarado expresamente que no podrá imponerse una pena si el sujeto pese a ser imputable y de haber realizado dolosa o culposamente una conducta 'típicamente antijurídica', no le era exigible otra distinta. La exención de responsabilidad criminal no tiene otro fundamento más razonable que la falta de culpabilidad por no ser jurídicamente exigible una conducta distinta<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> En este sentido, señala JESCHECK (Tratado PG, 1981, 684; Tratado PG, 2.<sup>a</sup>, 1993, 454), "las causas de exculpación (...) sólo pueden, en principio, decidirse por el propio legislador con arreglo a criterios jurídico penales, ya que de otro modo se seguirían las consecuencias de desigualdad ante la ley y subjetivismo".

<sup>59</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 90 s.; Lecciones PG, 3.<sup>a</sup>, 1990, 721 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.<sup>a</sup>, 1986, 370; GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 75; además, los autores citados *supra* n. 45.

<sup>60</sup> Fundamentalmente se inspiran en este principio el llamado estado de necesidad exculpante, encubrimiento entre parientes, el miedo insuperable y algunos supuestos de obediencia debida (antes del CP de 1995).

<sup>61</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 85 s. (con amplias referencias de la doctrina italiana); Lecciones PG, 3.<sup>a</sup>, 1990, 723; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.<sup>a</sup>, 1986, 370 s.; WELZEL, DP PG, 3.<sup>a</sup>, 1987, 248 s.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.<sup>a</sup>, 1995, 643; por su parte MIR PUIG, DP PG, 5.<sup>a</sup>, 1998, 619, además de entender la inexigibilidad como el fundamento de las causas de exculpación reconoce que puede servir de "principio regulativo" general.

Algunos defensores y partidarios de esta postura entienden que en los casos de inexigibilidad real no prevista expresamente por las normas, podrá aplicarse la eximente y producir por tanto efectos exculpatorios fuera de las hipótesis específicas a las que sirve de fundamento<sup>62</sup>. La extensión se basa en la aplicación analógica (*in bonam partem*) del principio, con la idea de mantener su justificación y su base.

La posición anterior representa una importante restricción a la aplicación del principio de inexigibilidad, ya que, al ser aplicable únicamente en sede de culpabilidad, está privando al juzgador de un elemento de mucha importancia en la evitación de resoluciones injustas, pues la conducta excluye la pena pero no otras consecuencias, como (entre otras) las medidas de seguridad, la responsabilidad extrapenal, la punibilidad de la participación o la ilegitimidad de la agresión<sup>63</sup>.

Para autores como Cobo/Vives el problema de la naturaleza y la ubicación sistemática de la inexigibilidad está determinado por la posición que se adopte en la esfera del injusto, así, “si se entiende que la infracción del deber pertenece al injusto, entonces la inexigibilidad, cuando menos la general o abstracta, ha de pertenecer también a él; si, por el contrario, se estima que el injusto se halla constituido exclusivamente por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, entonces la exigibilidad e inexigibilidad han de situarse en el ámbito de la culpabilidad”<sup>64</sup>, bajo este argumento consideran que los conceptos exigibilidad e inexigibilidad no deben operar fuera del campo de la culpabilidad.

También resulta interesante la posición de Maurach que con su particular “desdoblamiento”<sup>65</sup> de la atribuibilidad (culpabilidad), en responsabilidad por el hecho y culpabilidad, ha afirmado que la inexigibilidad no se encuentra al final de la teoría de la culpabilidad sino a su comienzo, así, entiende que “el asiento del problema no debe ser buscado en la teoría de la antijuridicidad o de la culpabilidad sino entre ambas”, en aquello que el llama, responsabilidad por el hecho, de forma tal que las causas de exclusión por inexigibilidad son causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho<sup>66</sup>. No menos interesante es la elaboración de Jakobs que reclama la necesidad de un tipo de culpabilidad paralelamente a la situación del tipo de injusto, en donde los elementos de la inexigibilidad se denominan tipo de exculpación (o tipo nega-

<sup>62</sup> Al respecto COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 693.

<sup>63</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA en: Luzón Peña/Mir Puig (edits.), Causas, 1995, 35 s.; Curso PG I, 1996, 577.

<sup>64</sup> COBO/VIVES, DP PG, 5.ª, 1999, 691.

<sup>65</sup> Con una expresión de ROXIN, Problemas básicos, 1976, 208.

<sup>66</sup> Vid. MAURACH/ZIPF, DP PG 1, 1994, 552 s.



tivo de culpabilidad) que opera con una función análoga a la de las causas de justificación en el tipo de injusto<sup>67</sup>.

3. La tercera de las alternativas desarrolladas por la doctrina es aquella introducida por Henkel bajo la idea de que la no exigibilidad de otra conducta no es un principio privativo de la culpabilidad, sino más bien, un *principio regulador* e informador de todo el Ordenamiento jurídico y que, como “criterio regulativo jurídico general”, es aplicable a todos los elementos de la teoría jurídica del delito, como inexigibilidad jurídica general en el área del injusto, como inexigibilidad penal general en la tipicidad y, como inexigibilidad individual o subjetiva en la culpabilidad<sup>68</sup>.

La tesis que considera la inexigibilidad como un principio regulativo de carácter general, es la que nos parece más correcta y acorde con la idea de justicia, de ella trataremos con más detalle al fundamentar el tratamiento de los diversos supuestos.

## V. Criterios para la determinación del carácter exigible o inexigible de la conducta

Ya hemos adelantado a través de lo que llevamos desarrollado que han existido —y aún existen— básicamente tres criterios para la determinación de lo exigible e inexigible que sirven de base al juzgador en la valoración del injusto, se habla entonces de un criterio subjetivo, un criterio objetivo y una posición intermedia objetiva-subjetiva.

1. El criterio subjetivo (como vimos al tratar la evolución) tiene su base en Freudenthal y su concepción de la inexigibilidad, así, cuando el sujeto en la situación concreta no tiene la posibilidad de comportarse según los designios de la norma de Derecho, no puede exigírsele la adecuación de su comportamiento a la norma de deber, desaparece entonces con el poder el reproche y con éste la culpabilidad<sup>69</sup>. Para Freudenthal la exigibilidad e inexigibilidad de

<sup>67</sup> Más detalles en: JAKOBS, DP PG, 1995, 596 s.

<sup>68</sup> Mostrándose de acuerdo con los postulados de Henkel, en el sentido de que la inexigibilidad es un “criterio regulativo jurídico general”, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1993, 21-33; tb. en: Fundamentos, LH-Roxin, 1995, 124, n. 43; tb. Luzón Peña/Mir Puig (edits.), Causas, 1995, 21-43; EJBCiv III, 1995, 3552-3554; Curso PG I, 1996, 568-570, 648-651. Referencias al mismo pueden encontrarse tb. en: ROXIN, Problemas básicos, 1976, 202 s.; TORÍO LÓPEZ, CPC 36, 1988, 761; ADPCP 1985, 299; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 33 s., en donde propone llenar de contenido el principio de inexigibilidad atendiendo a un carácter normativo-constitucional; MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 436 s.

<sup>69</sup> MITTERMAYER (citado por SAINZ CANTERO, Lecciones PG, 3.ª, 1990, 720), también defensor del criterio subjetivo afirmaba “que al autor no puede hacersele el reproche

la conducta se determina de acuerdo a un criterio ético-individual de carácter subjetivo que aprecia tanto las circunstancias externas del caso concreto como las circunstancias internas referidas a la situación anímica del autor, al ambiente social y a las condiciones morales y familiares del agente.

Este criterio ha sido mayoritariamente rechazado por conducir a una individualización extrema del juicio de culpabilidad al atender primordialmente al poder concreto del autor además de basarse en principios éticos y morales que no se corresponden con el concepto jurídico de culpabilidad<sup>70</sup>.

2. El criterio objetivo<sup>71</sup>, hace referencia al poder psico-físico no del autor sino del “ciudadano medio” situado en sus mismas circunstancias, los módulos de lo exigible y lo inexigible debían entonces establecerse considerando el hipotético comportamiento que el hombre medio puesto en las circunstancias del autor concreto hubiera llevado a cabo, de suerte que si la conducta no podía serle exigida al hombre medio tampoco podía exigírsele al autor del hecho; en opinión de Goldschmidt, era un error intentar determinar la normal motivación del sujeto atendiendo a las cualidades y capacidad personal de éste en relación con el hecho, más bien, debía basarse en una medida objetiva en donde el poder se haga depender de un deber, es el poder de los otros (el ciudadano medio) el que se vuelve un deber para el autor<sup>72</sup>.

Sainz Cantero, por su parte, es de la opinión que la exigibilidad debe hacerse recurriendo al criterio del hombre medio, pues, este concepto —el del hombre medio—, “está arraigado en la misma naturaleza del ordenamiento jurídico, y al cual tiene que recurrir necesariamente el Derecho para la regulación de muchas de sus instituciones”<sup>73</sup>; además, señala que el legislador dicta normas pensando en el ciudadano que ni adopta actitudes heroicas ante las cuestiones insuperables, ni huye, aterrado por miedo con la menor dificultad, es por ello que considera que el criterio objetivo es el único que permite limitar los excesos que la aceptación del concepto de inexigibilidad puede suponer<sup>74</sup>.

---

de culpabilidad porque no haya alcanzado la altura espiritual del ciudadano medio, pues, la culpabilidad sólo puede ser apreciada individualmente”.

<sup>70</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, La inexigibilidad, 1965, 97 s.; Lecciones PG, 3.ª, 1990, 719 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.ª, 1986, 373; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 26 s.

<sup>71</sup> Su creación se debe a WEGNER, y ha sido defendido por GOLDSCHMIDT, KOLHRAUSCH, E. SCHMIDT y SCHAFFTSTEIN; más detalles en: SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 100 s.

<sup>72</sup> Cfr. SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 100 s.

<sup>73</sup> SAINZ CANTERO, RGLJ 214, 1963, 55 s.

<sup>74</sup> SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 103 s.; Lecciones PG, 3.ª, 1990, 721; también sobre el concepto del hombre medio, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.ª, 1986, 374; BUSTOS RAMÍREZ, DP PG, 4.ª, 1994, 495.

Como todo lo que es objeto de discusión científica al criterio objetivo también se le han formulado objeciones, una de ellas —expuesta por Scarano— es que éste carece de valor normativo pues el concepto del hombre medio se refiere sólo a un tipo de hombre perteneciente a un sector de la sociedad así, afirma, que “para la clase dirigente no podrá ser comprendido el estado de necesidad en los delitos de hurto, como lo es, sin embargo para el hombre de la calle”<sup>75</sup>.

En la misma línea, se expresan en España De Miguel Garcilopez y —más modernamente— Quintero Olivares, para el primero, el criterio en cuestión es un patrón comparativo sumamente abstracto y convencional que representa un trasplante del *bonus pater familias* del Derecho civil al Derecho penal<sup>76</sup>. Para el segundo, el criterio del hombre medio es una referencia comparativa de carácter objetivista y generalizador apoyado en un paralelismo ajeno a la persona concreta que se juzga y que nada tiene que ver con el juicio personal (sobre la relación entre el autor y su hecho) que pretende ser la culpabilidad. Por otra parte señala que una valoración sociológica arrojaría que buena parte de los delincuentes no son por definición hombres “normales” o “medios” con lo que además resulta que la medida de lo exigible y lo inexigible se realiza con base a un “grupo humano teórico al que el delincuente quizá no pertenece, lo que implica una *igualación artificial e injusta*”<sup>77</sup>.

**3.** El criterio mixto (objetivo subjetivo) está en correspondencia con los postulados de Henkel y aquellos que como él ven en el concepto de inexigibilidad un “principio regulativo de carácter jurídico general”, de esta forma, el criterio objetivo se aplicará para la determinación del carácter exigible o inexigible de la conducta en sede de tipicidad (como inexigibilidad penal general) y antijuridicidad (como inexigibilidad jurídica general), es decir, que se examinará la cuestión utilizando el baremo del hombre medio situado en el lugar del autor, en los mismos términos expuestos en el apartado anterior. El criterio subjetivo se aplicará para determinar el carácter exigible o inexigible de la conducta en sede de culpabilidad (como inexigibilidad individual o subjetiva) partiendo de la conducta y condiciones del autor determinado, pues, además de las condiciones en las que actuó se deben contemplar todas sus condiciones personales, sus cualidades y capacidades especiales si las tiene.

<sup>75</sup> Detalladamente SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 102.

<sup>76</sup> DE MIGUEL GARCILÓPEZ, ADPCP 1952, 54, n. 5.

<sup>77</sup> QUINTERO OLIVARES, Curso, PG, 1996, 329.

## VI. Supuestos de aplicación del principio de inexigibilidad

Según hemos venido planteando la inexigibilidad como “principio regulativo jurídico general”<sup>78</sup> desarrolla su nivel de influencia en todos los elementos de la teoría del delito, traduciéndose en inexigibilidad jurídica general excluyente de la antijuridicidad del hecho, como inexigibilidad penal general excluyente sólo de la tipicidad y como inexigibilidad individual o subjetiva excluyente de la culpabilidad, de ello trataremos con más concreción en los apartados que siguen<sup>79</sup>.

### 1. Inexigibilidad jurídica general

Los supuestos de inexigibilidad general están referidos a situaciones en las que el Ordenamiento jurídico no puede o no quiere exigir a sus destinatarios mayores sacrificios que los propios que supone el cumplimiento de sus normas en situaciones normales, de modo que, ante circunstancias especiales —en principio constitutivas de un injusto penal— de colisión o conflicto de intereses jurídicamente protegidos en las que se lesiona uno de dichos bienes, los niveles de exigencia ceden a favor del hipotético agresor en atención a que el Derecho no podría exigir de nadie la abstención de cometer el hecho.

Como bien ha señalado Luzón Peña en estos casos la inexigibilidad jurídica general opera como una *causa de justificación suprallegal* basada en “criterios sociales y jurídicos del Derecho en general, unas veces plasmados expresamente en la ley, y otras derivados de principios jurídicos generales” que excluyen toda la antijuridicidad y que lejos de lesionar el principio de legalidad penal contribuyen a dar una solución justa a cada caso, en concordancia con las otras causas de justificación legalmente reconocidas<sup>80</sup> y las valoraciones generales del Derecho<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Esta parece ser la posición asumida por el Proyecto de Código penal de la República de Nicaragua —PCPRN— al establecer el criterio de la exigibilidad (inexigibilidad) como una de las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal (art. 34. “Está exento de responsabilidad criminal quien:”), en su circunstancia 10.<sup>a</sup> (“realiza una acción u omisión en circunstancias en la cual no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó”).

<sup>79</sup> Para precisar las diferencias entre causas de justificación y causas de atipicidad, vid. LUZÓN PEÑA en: Luzón Peña/Mir Puig (edits.), *Causas*, 1995, 27 s.; Curso PG I, 1996, 564 s.

<sup>80</sup> LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 650, se refiere a aquellas causas de justificación en las que opera como fundamento la inexigibilidad general, así en el estado de necesidad este criterio se toma en cuenta junto a la ponderación de intereses en conflicto.

<sup>81</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, EJBCiv III, 1995, 3552; Luzón Peña/Mir Puig (edits.), *Causas*, 1995, 31 s.; Curso PG I, 1996, 648 ss.; en sentido parecido, MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.<sup>a</sup>, 1998, 436 s.

Las manifestaciones concretas del principio de inexigibilidad —como inexigibilidad jurídica general— las podemos encontrar, de una parte, en situaciones de estado de necesidad (art. 20.5.º CP) en las cuales está justificada la lesión de un bien jurídico en aras de la salvación de bienes o intereses superiores o equivalentes. También se encuentra una clara expresión del principio de inexigibilidad en los delitos de omisión del deber de socorro (art. 195 CP<sup>82</sup>)<sup>83</sup> y omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución (art. 450 CP<sup>84</sup>)<sup>85</sup>. En estos delitos la fórmula expresa “sin riesgo propio ni de terceros” o “sin riesgo propio o ajeno” que ambos artículos mencionan se refiere a una situación de inexigibilidad (generalmente reconducible a la exigente genérica del estado de necesidad) que excluye la antijuridicidad si el riesgo para el omitente o para un tercero es igual o mayor al peligro en que se encuentra la víctima<sup>86</sup>.

Con relación al delito de Omisión del deber de socorro del artículo 195 1. CP (art. 160 PCPRN), la doctrina prácticamente unánime ha reconocido en él una manifestación expresa del principio de inexigibilidad, en lo que no hay unanimidad es en el área concreta en la que este principio desarrolla sus efectos, así algunos —entre los que nos contamos— piensan que debe constituir un caso de inexigibilidad jurídica general cuando el riesgo de lesión de

---

<sup>82</sup> Art. 195. “1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, *cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros*, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses. 2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno. 3. Si la víctima lo fuere por accidente *ocasionado fortuitamente* por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, y si el accidente se debiere a *imprudencia*, la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses”.

<sup>83</sup> En el PCPRN, al delito de omisión del deber de socorro se lo ubica en el art. 160 del mencionado PCPRN, bajo el título “Omisión de auxilio”, concediéndole, además, una particular redacción que se desprende del requisito del desamparo —requisito que sí se exige, en cambio, en el delito de exposición de personas al peligro del art. 159-.

<sup>84</sup> Art. 450. “1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y *sin riesgo propio o ajeno*, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos salvo que al delito no impedido correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél. 2. En las mismas penas incurrirá quien, *pudiendo hacerlo*, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuyo próxima o actual comisión se tenga noticia”.

<sup>85</sup> Con idéntico contenido el art. 430 del PCPRN.

<sup>86</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, EJBCiv III, 1995, 3553; Curso PG I, 1996, 569 s., 650 s.; DPCir, 2.ª, 1990, 182.

los bienes o intereses del omitente o de un tercero son iguales o mayores a los bienes o intereses en peligro de la víctima, operaría como una causa de justificación<sup>87</sup>; en el caso de que los bienes o intereses en riesgo sean de menor valor que los bienes o intereses en peligro, podría, al no mencionarse en el tipo de los art. 195 y 450 CP (arts. 160 y 430 del PCPRN) el nivel de riesgo para el omitente, afirmarse que ante un riesgo menor se apreciará una situación de inexigibilidad penal general —excluyente sólo de la tipicidad penal—, afirmación ésta que no estaría exenta de discusión, en cualquier caso, habrán casos en los que podría apreciarse también una situación de inexigibilidad individual —generalmente reconducible a la eximente de miedo insuperable—, sobre ello, *infra* 3.

Otra posición que podemos encontrar es la defendida por quienes entienden que la cláusula de inexigibilidad expresamente mencionada constituye un elemento del tipo negativamente formulado que de existir (previa ponderación de intereses) excluye la tipicidad de la conducta pero no su antijuridicidad<sup>88</sup>, frente a ellos existe otro sector para los que constituye una causa de exclusión de la culpabilidad, es decir, opera siempre como inexigibilidad jurídica individual<sup>89</sup>.

Del contenido del precepto en cuestión es correcto deducir que, en este caso, el legislador no ha establecido límite alguno a la clase de riesgo que el omitente

---

<sup>87</sup> Especialmente, LUZÓN PEÑA, EJBCiv III, 1995, 3553; Curso PG I, 1996, 569 s., 650 s. Por su parte, RODRÍGUEZ MOURULLO, La omisión de socorro, 1966, 213 s., considera la cláusula en el delito de omisión de socorro como una causa de justificación pero no la basa en el principio de inexigibilidad. Como causa de justificación, MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 33 s., buscando incluso un fundamento constitucional para la justificación de casos problemáticos (uno de ellos el art. 195.3 CP); expresamente como causa de justificación, BAJO FERNÁNDEZ en: Bajo Fernández/Díaz-Maroto, Manual PE, 2.ª, 1991, 77; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP PG, 18.ª, 1995, 644, en cambio, la considera un “elemento negativo del tipo del injusto”; MUÑOZ CONDE en: Muñoz Conde/García Arán, DP PG, 3.ª, 1998, 436, por su parte, afirma que en estos o bien se excluye directamente el tipo —como tipo indiciario— o la antijuridicidad de la conducta a través de la eximente genérica del estado de necesidad.

<sup>88</sup> En opinión de SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 75 s., ésta era la posición que Henkel mantenía en relación con el § 330c del Código penal alemán —StGB— (hoy 323c StGB); también parece ser ésta la idea de JESCHECK, Tratado, PG I, 1981, 688; tb. en PG II, 1981, 870; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, DP PG, 2.ª, 1986, 372, 565; SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, 1986, 307; HUERTA TOCILDO, Problemas, 1987, 209; LL 1983-4, 1052; RFDUC 68, 1983, 52; MAQUEDA ABREU, Los delitos, 1988, 97.

<sup>89</sup> De este punto de vista, entre otros, SAINZ CANTERO, La exigibilidad, 1965, 78, 145 s.; RGLJ 214, 1963, 73 s.; por su parte MAURACH/ZIPF, DP PG 1, 1994, 555, en relación con el 323c StGB, lo consideran causa de exclusión de la punibilidad.

o un tercero deben de soportar para justificar la omisión<sup>90</sup>, por lo que — desde nuestro punto de vista— no hace falta que el riesgo sea objetivamente mayor que el peligro concreto sufrido por la víctima para que la conducta quede justificada sino que, al mismo tiempo, puede constituir un riesgo equivalente y también quedar justificada a través de los principios de ponderación de intereses y inexigibilidad general propios del estado de necesidad<sup>91</sup>.

Todo lo dicho en relación con el artículo 195.1 CP aplíquese también para el tratamiento del artículo 450 CP (art. 430 PCPRN).

## 2. Inexigibilidad penal general

Además de los casos de inexigibilidad general puede haber supuestos en los que desde otros ámbitos del ordenamiento jurídico sí sea exigible la abstenición o realización de una determinada conducta, sin embargo y pese a ello no ser exigible desde el punto de vista penal, como señala Luzón Peña son casos en los que no “conviene exigir con tanta dureza la conducta totalmente correcta, sacrificada, solidaria, etc.”<sup>92</sup>, en este caso se habla de una inexigibilidad penal general excluyente de la tipicidad.

Sin perjuicio de que existan otros casos de inexigibilidad penal general ésta es aplicable a casos como los establecidos por los art. 410.2, 195 y 450 CP. El primero de ellos se refiere a situaciones de desobediencia (por parte de funcionarios) a órdenes o mandatos manifiestamente infractores de preceptos legales de carácter general, pero que pese a ello su desobediencia pudiera generar responsabilidad disciplinaria por no ser actos nulos sino sólo anulables.

El segundo caso, se trata del delito de omisión del deber de socorro que (todo lo aquí dicho es en líneas generales también aplicable al tercero art. 450 CP), además de constituir un supuesto de inexigibilidad general en los términos apuntados, ‘podría’ constituir un caso de inexigibilidad penal general en aquellos casos en los que el riesgo sea objetivamente inferior (de poca gravedad) al peligro concreto sufrido por la víctima, la conducta pese a no estar justificada es atípica e irrelevante desde el punto de vista penal aunque — como vimos—, siga siendo antijurídica para otra u otras ramas del Derecho.

<sup>90</sup> Así, ALAMILLO CANILLAS, La solidaridad, 1962, 117; POLAINO NAVARRETE en: Cobo Del Rosal (dir.), Manual PE I, 1993, 517.

<sup>91</sup> En este sentido, LUZÓN PEÑA, EJBCiv III, 1995, 3552 s.; Curso PG I, 1996, 569 s., 650 s.; tb. SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1988, 565, considera que la cláusula “sin riesgo propio ni de tercero” contiene un contrapunto liberal que iba más allá de los términos de la eximente de estado de necesidad.

<sup>92</sup> LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 569.

Especial problemática representa el inciso 3º del art. 195, que se refiere a la omisión de socorro cometida por aquel que con un acto anterior fortuito o imprudente ha creado la situación de peligro para la víctima, el tema gira en torno a que si el riesgo de sufrir una sanción penal por el hecho anterior cometido (cuando fuere imprudente), puede ser suficiente como para generar una situación de inexigibilidad (invocando un derecho de autoprotección o de autoencubrimiento). A juicio de Maqueda Abreu, en este caso no puede exigírsele al omitente que con su auxilio se arriesgue a sufrir el perjuicio personal inherente a la persecución penal, se debe —a su juicio— realizar una ponderación, siquiera mínima de los intereses en conflicto “teniendo en cuenta la relevancia del riesgo que representa la realización de la acción de socorro y en particular si afecta a un bien jurídico tolerante como la libertad” objeto de restricción cuando se impone una pena de prisión<sup>93</sup>.

En estas situaciones se pregunta si sobre la base del principio de inexigibilidad cabría justificar la conducta de quien para evitar el descubrimiento de un delito anterior realiza uno nuevo; sobre esto, la opinión dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es aquella que niega la legitimidad de un derecho a la autoprotección o autoencubrimiento cuando ello supone la comisión de un nuevo injusto.

La posición dominante en la doctrina y jurisprudencia española es la que nos parece correcta pues, como ha señalado Díaz y García Conlledo<sup>94</sup>, la acción de socorrer a la propia víctima no supone bajo ningún punto de vista una declaración de culpabilidad por parte del que presta su socorro y mucho menos un acto de confesión, por lo que ,en contra de lo que algunos esgrimen, no se violenta el art. 24.2 CE<sup>95</sup>.

### 3. Inexigibilidad Individual

Cuando de las circunstancias particulares del sujeto se desprende que a él en concreto en la situación en que actuó no podía exigírsele una conducta distinta debido a la especial presión motivacional que sufría o a sus especiales relaciones parentales que le unían a un tercero al que encubre, se puede decir que estamos ante casos de inexigibilidad individual o subjetiva excluyentes de la culpabilidad.

---

<sup>93</sup> MAQUEDA ABREU, ADPCP 1991, 33 s., argumentando que la justificación podría realizarse por vía del ejercicio legítimo de un derecho al autoencubrimiento (como prolongación del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable del 24.2 CE).

<sup>94</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en: Derecho de la circulación, 1993, 226 ss.

<sup>95</sup> Por su parte SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1988, 565, señala que es necesario valorar cada caso concreto y determinar si procede o no la aplicación del principio de inexigibilidad.



# Derecho Procesal

## II



# Sobre la participación popular en la justicia penal<sup>1 2</sup>

Ernesto Pedraz Penalva

Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Valladolid

## I. Introducción

1. Ante el incontrolado y abrumador prurito reformista que en los últimos años nos ha visto en España parece aconsejable una serena meditación capaz de desbrozar los institutos esenciales codificados precisando su originario valor y actual permanencia. Parar y pensar al menos un instante es sobremanera ineludible por cuanto no raras veces tal afán reformista compulsivo aparece insuficientemente justificado por razones científicas y/o forenses a la vez que, en sensible grado y con excesiva frecuencia, explicable por el irreprimible deseo del aspirante de turno a legislador en pasar a la Historia como un

---

<sup>1</sup> Este trabajo fué mi ponencia presentada a la International Conference Lay Participation in the criminal Trial in the 21<sup>st</sup> Century, Siracusa, Italy, 26-29 may 1999.

<sup>2</sup> Abreviaturas utilizadas: ADR (Alternative Dispute Resolutions); AG (Attorney General), CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22.11.1969), CE (Constitución española de 1978), CEDH (Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4.11.1950), CGPJ (Consejo General del Poder Judicial en la actualidad regulado por la LOPJ de 1985), Cód.pen (Código penal español de 1995); CrimLR (Criminal Law Review); CPPP (Código de processo penal portugues), CPPFr (Code de Procédure Pénale, francés), CPS (Crown Prosecution Services); DSSC (Diario de Sesiones de las Cortes españolas); DSSCC (Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes españolas); DUDH (Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10.12.1948); EstMF (Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por L.50/1981 de 30 de diciembre); LECrim (ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882); LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, española); LOTJ (Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 de 26 de mayo, modificada por LO 8/1995 de 16 de noviembre y por LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código penal); LRJAPyPAC (Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), MF (Ministerio Fiscal), MP (Ministerio Público); ÖstPO (Österreichische Strafprozessordnung. Ordenanza procesal penal austríaca), PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19.12.1966), CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22.11.1969), POA (Prosecution of Offences Act, de 1985. STPO (Strafprozessordnung. Ordenanza procesal penal alemana), TC (Tribunal Constitucional español), TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo), TS (Tribunal Supremo español).

nuevo Alonso Martínez<sup>3</sup>. Ello además con menosprecio de la previsibilidad y permanencia, notas intrínsecas a toda ley.

Esta prudente actitud parece más necesaria ante un texto como el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alabado por todos y que pese a su parcial destrozado durante este siglo merecería acaso su mantenimiento, aunque adaptándolo armónica, coherentemente y de consuno con una literatura y jurisprudencia no particulares. Sin duda alguna es predicable otrosí una cuidadosa y ponderada reflexión en la hipótesis de su total reforma, huérfana de prepotencias y sectarismos ajenos a los avances científicos asumidos por la bibliografía y a la realidad jurídica y orgánica/procesal en cuanto sus naturales destinatarias. El derecho comparado ofrece ejemplos de esta alternativa; constataré la primera en países como Alemania, Austria y Francia que por ahora han optado por la adaptación del viejo texto, y en otros como Portugal e Italia que eligieron el camino de la plena renovación.

En la anunciada línea de cuestionar la validez y vigencia de instituciones predicadas como esenciales por definitorias del hoy aplicable sistema procesal criminal, siempre recomendable pero con mayor intensidad sentida en los albores del siglo XXI, me centraré en la participación popular y en sus diversas modalidades. Este objeto de estudio constituye uno de los “tópicos” presentes en los países continentales y en los anglosajones. Entre nosotros, en algunas de sus manifestaciones, es defendida por una literatura, una práctica y una legislación, al menos sospechosas de actitudes ideológicas y utópicas, en cuanto instrumentos de manipulación al mismo tiempo que de consolidación de privilegios y prerrogativas.

No es posible afrontar un tema como el propuesto sin sentar unas premisas sólo desde las cuales es factible entender su originaria intelección y pervivencia. Aludo al concepto liberal de ley (con sus notas de generalidad, especificidad e irretroactividad) y/en la distinta formulación constitucional prevalente en el mundo anglosajón y continental con sus inmediatas consecuencias<sup>4</sup>, pero además, y así conexamente, a la noción liberal y postliberal de la Justicia incidiendo en las diversas vías de intervención de elementos populares, ya activamente: en el momento de la acusación y/o en el de enjuiciamiento, ya pasivamente: con la exaltación de la publicidad, en especial la mediática.

El estudio de la participación popular en el orden procesal penal ha de comenzar con su previo encuadre histórico analizando las diferentes modalida-

---

<sup>3</sup> Como es sabido en nuestro ámbito, el gran jurista decimonónico ALONSO MARTÍNEZ es reconocido por su importante papel en las codificaciones decimonónicas atribuyéndosele en especial el prólogo de la vigente LECrim.

<sup>4</sup> Entre nosotros: codificación, juez profesional, etc.

des, calidades y momentos en que puede llevarse a cabo, siempre arrancando de su formulación continental —en matizada diversidad de la del “common law”- con origen ya directo ya indirecto en el liberal “code d’instruction criminelle” francés de 1808. En el tema de la acusación popular abordo sumariamente las distintas soluciones legales habidas en algunas naciones como Alemania, Francia, Italia y Portugal, acaso ilustrativas de la orientación crítica aquí defendida para España.

2. Es conocido desde la lectura dinámica de la doctrina de la división de poderes de MONTESQUIEU<sup>5</sup> el rechazo del juez profesional en estrecho vínculo con el concepto de ley en esencia desde entonces defendido. Ya no era admisible en el siglo XVIII un concepto de ley como expresión de voluntad de los poderes del Estado con potestad para ello, pues según MONTESQUIEU (“L’Esprit des lois”<sup>6</sup>) “Las leyes no son mas que las relaciones que derivan de la naturaleza de las cosas; y en este sentido todos los seres tienen sus leyes”. Para MONTESQUIEU, “La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu’elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s’applique cette raison humaine”; “veritas non auctoritas facit legem”<sup>7</sup>.

Autores como Carl SCHMITT defienden que no es la Ley un *stat pro rationae voluntas*<sup>8</sup> y tampoco un mero instrumento técnico para garantizar los derechos y libertades preexistentes.

El art.6 de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano<sup>9</sup> proclama que “la ley es la expresión de la voluntad general...”<sup>10</sup>. Son notas que la ca-

<sup>5</sup> Extensamente, PEDRAZ PENALVA, E, “De la jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu”, en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, edit. Akal, 1990, pp 9 y ss.

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce*, etc., en *Oeuvres complètes*, texte présente et annoté par Roger Caillois, II, Paris, 1951, Première partie, Liv.I, chap.I, p.232

<sup>7</sup> Invirtiéndose así la frase de HOBBS, T., auctoritas non veritas facit legem” (*Leviatan*, ed.de C.Moya y A.Escohotado, Madrid, 1979, cap.XXVI :[De las leyes civiles]), pp.346 y ss., Vid.sobre ello a SCHMITT, C., *La dictadura*, Madrid, 1968, pp.53 y ss

<sup>8</sup> Matizadamente SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, p.150, dice que “...Ley no es la voluntad de uno o de muchos hombres, sino una cosa general-racional; no voluntas, sino ratio...”

<sup>9</sup> Según recuerda HABERMAS, op., cit., p.72, ya LOCKE vincula la ley públicamente formulada a un “common consent”,

<sup>10</sup> Adoptada por la francesa Asamblea Nacional Constituyente en 26 de agosto de 1789. Nótese que al continuar el precepto diciendo:“...Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente o a través de sus representantes, en su formación”, los constituyentes no resolvieron la opción: democracia directa/ democracia

racterizan la generalidad, la especificidad y la irretroactividad. ROUSSEAU<sup>11</sup> mantuvo la exigencia de una formulación general al decir que la ley ha de considerar a los súbditos *en masse* y las acciones en abstracto, jamás a un hombre como persona particular y nunca un acto individual. Así la ley puede muy bien estatuir que habrá privilegios, pero no puede conferirlos a nadie en especial...en una palabra, toda función que tenga un objeto particular no corresponde al poder legislativo". A la especificidad alude HEGEL afirmando que no basta con la generalidad dado que "...sólo al devenir el derecho en ley alcanza la forma de su generalidad y su verdadera determinación. Por lo tanto, se debe considerar en la naturaleza de la legislación no meramente el aspecto formal, por el que algo es expresado como regla de conducta válida para todos, sino que lo esencial es, ante todo, el conocimiento de su contenido reconociendo que participa de una generalidad específica y definida"<sup>12</sup>.

Todas las garantías de la revolucionaria declaración de derechos francesa de 1789 radican en la supremacía de la ley, tipificada pues por su generalidad, abstracción e irretroactividad<sup>13</sup>. Así en el art.7 el derecho a no ser encarcelado ni detenido más que en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas por ella. La ley es así un juicio hipotético acerca de la conducta futura, un precepto por ende para un número indefinido de supuestos determinados. Una ley retroactiva abarca casos concretos que pueden contarse, ocultos tras el lenguaje de una ley general y por lo tanto es en realidad una adición mecánica de medidas individuales. La generalidad de la ley entraña la doctrina de un judicial separado. Si la ley debe ser abstracta, si ha de regular un número desconocido de casos futuros, su aplicación a los supuestos concretos no puede quedar en manos de quienes dictan la regla general. Así los jueces –también los administradores– están sometidos a la ley en su tarea de subsumir un caso específico en una ley general. El sistema legal liberal se asienta en la consistencia lógica de la ley. Se estima que el sistema legal debe ser cerrado, de modo que el parlamento es el único que puede crear leyes mientras que el juez ha de remitirse a las leyes existen-

---

representativa, subsistiendo pues la alternativa: poderes constituyentes/poderes constituídos, con las importantes repercusiones posteriores.

<sup>11</sup> ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social. Écrit politiques*, en *Oeuvres complètes*, III, Bibliothèque de la Pléiade. ed. Marcel Raymond et B. Cagnéin,

<sup>12</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4 Aufl, en Georg Wilhelm Friedrich HEGEL *Sämtliche Werke* (Jubiläumsausgabe im zwanzig Bänden), Stuttgart, 1964, § 211, pp. 287-88

<sup>13</sup> De permanencia en lugar de irretroactividad habla HABERMAS, J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied und Berlin, 5 Aufl. 1971, p.71, agregando que "La ley, en el sentido de normas generales, abstractas y permanentes, a cuya simple realización ha de ser reducida la soberanía, contiene una racionalidad en la que converge lo recto con lo justo".

tes<sup>14</sup>. De este modo, en la medida en que la ley expresa la voluntad de todos, acoge la experiencia más general, es el instrumento óptimo para garantizar los derechos<sup>15</sup>.

En el grado en que prima el poder constituyente y así la democracia directa y el mandato imperativo existe una permeabilidad total entre los contenidos sociales afirmados generales y su formalización publica a través de la ley.

Con la prevalencia del poder constituido, democracia representativa y mandato - lógicamente representativo -, aunque sigue manteniéndose la verdad social de la experiencia general concretada en la ley, se agregan estabilidad, continuidad y seguridad a los nuevos poderes constituyentes post-revolucionarios, a los que se otorga autonomía respecto de la sociedad civil. Desde esta segunda perspectiva se estima innecesaria la continua y permanente movilización de los ciudadanos como sujetos políticamente activos, exigiéndoles el respeto de la ley, garantizándoseles por la Constitución y los poderes públicos el ámbito preciso para desarrollar su vida privada: mercantil, financiera, familiar, etc., reservándose la "res publica" los mas "honorados", en su calidad de representantes democráticamente elegidos a través del procedimiento electoral previsto<sup>16</sup>.

Para soslayar la aleatoriedad/inseguridad en los derechos y libertades, ínsita en las variables opciones políticas constituyentes, se hizo preciso, desde el entendimiento de la Primera Norma como instrumento organizativo de los poderes públicos más que como acto de fundamentación y tutela de los derechos y libertades, positivizar la "libertad, vida y propiedad" y los derivados de ésta: contrato, herencia, etc.<sup>17</sup>, lo que, cumpliendo el compromiso de la Constitución de 1791, se plasmó en el código civil francés de 1804 que como norma permanente y estable sanciona la igualdad formal en las posiciones jurídicas subjetivas legalmente reconocidas. Consecuencias de la creación de un derecho positivo estatal fueron: la naturaleza programática de la Ley Fundamental con sus declaraciones de derechos; la progresiva

---

<sup>14</sup> Recordemos ese texto de Cesare Bohesana Marqués de BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. De Juan A. De las Casas, facsimil del impreso en Madrid, MDCCLXXIV, con prólogo de Tomas y Valiente, Madrid, 1993., p.14 "...solo las Leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el Legislador, que representa toda la Sociedad unida por el contrato social. Ningun Magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar á su voluntad penas contra otro individuo de la misma Sociedad..."

<sup>15</sup> Expresión fiel de tal concepción fue la intervención del Diputado republicano SERRACLARA en las Cortes Constituyentes en 24 de mayo de 1869 -DSSCC, núm.81, p.2280, transcrita más adelante en el texto.

<sup>16</sup> Así HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung*, 3 Aufl., Frankfurt a.M, 1993

<sup>17</sup> Que para LOCKE son preestatales.

profesionalización del juez llamado a la aplicación, primeramente exegética, del nuevo sistema normativo que se considera suficiente y cerrado; su inmediato empleo como instrumento de consolidación/profundización del nuevo orden social liberal<sup>18</sup>...

Lo que importa resaltar es que liberalmente la ley positiva se afirma fruto de lo social y en esa medida se predica verdadera y conocida por todos, máxime por los que intervienen en su concreción formal, indirectamente en su calidad de electores y directamente como miembros de la clase política elegida. Fue el Abate Sieyès en pleno período revolucionario quien empero puso de manifiesto, al informar sobre la Tercera Clase como representante de la Nación (“Qu’est-ce que le Tiers-État?”), que no hay una comprensión mayoritaria “...de la masa de ideas comunes integrantes de la opinión pública”<sup>19</sup>.

En su camino hacia el Régimen liberal los ciudadanos, mediante el sufragio censitario y su paralelo jurado censitario<sup>20</sup>, controlan el contenido esencial de la ley –su predicada coincidencia social-<sup>21</sup> tanto en el momento de su crea-

<sup>18</sup> Me sigue pareciendo de imprescindible consulta la discusión entre THIBAUT y SAVIGNY en torno a las ventajas e inconvenientes de la codificación alemana, sobre ello vid. THIBAUT, “Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania”, 1814, SAVIGNY “De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho”, 1814, ambos recogidos con un estudio introductorio de J. STERN, las adiciones de SAVIGNY y los juicios de autores contemporáneos como SCHMID, PFEIFFER, ALMENDINGEN, SCHRADER, MORSTADT, FEUERBACH, SCHILDNER, SCHLICHTEGROLL, publicado en Madrid, edit. Aguilar, Trad. José Díaz García, 1970.

<sup>19</sup> Bien es cierto que así el Abate Sieyès diferencia al filósofo y al político, a los que incumben tareas diversas; precisamente a través de la declaración de la verdad posibilita el filósofo la formación de la opinión pública, lo que es esencial cuando dicha opinión dicta sus leyes incluso a los legisladores.

<sup>20</sup> De ineludible consulta es MARAT (“Un nuevo ideal político”, en *Textos escogidos*, Barcelona, 1973) según cabe deducir del siguiente fragmento: “Para echar polvo en los ojos y hacer creer que la Constitución está realmente fundada en los principios enunciados en la declaración de Derechos, los titiriteros de los comités de redacción, la han acompañado del decreto que abole los títulos...y cualquier privilegio que atente contra el derecho común de todos los franceses. Pero es falso que los Padres conscriptos hayan, como pretenden, abolido toda institución que hiera la libertad e igualdad de los derechos; puesto que han comenzado por establecer como base de su trabajo las más humillantes decisiones, las más injuriosas e injustas, al excluir del derecho de ciudadanía, la legibilidad en los cargos públicos y del honor de servir a la patria, a la innumerable clase de los desposeídos, declarados inactivos, no hábiles como electores, administradores, jueces y representantes del pueblo con sus Decretos sobre la contribución directa de las tres jornadas de trabajo, de las diez jornadas de trabajo y del marco de plata, no han hecho sino sustituir las distinciones del nacimiento por las de la fortuna, la influencia de las dignidades por la del oro, la más vil y funesta de las prerrogativas...”, recogido ya en mi trabajo “Sobre el significado y vigencia del jurado”, en *Constitución, Jurisdicción y...*, cit., p. 70

<sup>21</sup> O en expresión de HABERMAS, J, *Theorie und Praxis*, Darmstadt und Neuwied, 1963, suministrando los medios organizativos para la construcción de un orden social gene-

ción pública (en su calidad de legisladores<sup>22</sup>) como en el también público de su aplicación judicial, ora mediante su intervención personal activa instando su observancia (acusación popular, particular, etc.) y/o imponiéndola al juzgar (jurados), ora a través de la percepción del desarrollo procesal: publicidad. En la medida en que la positivación jurídica propicia un juez inamovible, perito en derecho, etc, la participación popular pasiva, publicidad, y la activa en colaboración más ó menos intensa con el MP, se estima más relevante, en especial con la supresión del jurado censitario.

En un apretado y unilateral resumen, destacaré pues que la participación popular en el momento de concreción procesal de la ley, en sede criminal se resuelve, pasivamente, mediante el control de la actuación pública del órgano jurisdiccional, pero activamente a través de su intervención en calidad de acusación y/o como integrante del Tribunal: jurado/escabinado.

3. La subsistencia en España de la acusación popular, también puesta en entredicho decimonómicamente pero en cualquier caso mantenida en la legislación procesal criminal con escasísima utilización en la práctica, al mismo tiempo que la tardía “generalización” del jurado por mor de la Ley de 1888 con irregular valor y permanentemente discutido funcionamiento, quizás cupiera ser aprehendida habida cuenta lo siguiente. La *legal organización* de la Justicia se plasmó en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, rubricada intencionadamente “Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial”<sup>23</sup>. Tal *provisionalidad* sólo es inteligible cual fruto coherente de quienes conociendo la inexistencia de los Tribunales para los que se promulgó y de un cuerpo “organizado”<sup>24</sup> de jueces y magistrados, pretendían su instauración aunque se adelantaran al publicar en 22 de diciembre de 1872 la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a regir el 15 de enero siguiente, sin que v.gr. se hubieren creado los jueces de instrucción y los Tribunales de Partido<sup>25</sup>. La restauración monárquica en 1874 provocó tras la supresión del jurado, del juicio oral y público, etc., y la depuración en el personal de la Justicia, una confusión acerca de las normas procesales penales aplicables resolviéndose en un primer momento con la Compilación de 1879 y después

---

ral. Acerca del papel de creación del nuevo orden ya liberal en nuestro país, vid. PEDRAZ PENALVA, E., “De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano”, en *Constitución, Jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, pp.43 y ss, también aparecido en la RAP, 1976, enero-abril, núm.79, pp.145 y ss.

<sup>22</sup> Mediante el sufragio censitario y el instituto de la representación por los más honorados.

<sup>23</sup> Que por cierto subsistió 115 años hasta la promulgación de la vigente Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>24</sup> Me estoy refiriendo a jueces profesionales, inamovibles de verdad, responsables, dotados de la experiencia necesaria para asumir en plenitud su tarea, etc.

<sup>25</sup> Asimismo provisionalmente subsanado confiriendo sus atribuciones a los jueces de primera instancia y a las Salas de lo criminal de las Audiencias.



con la vigente LECrim de 1882, y de nuevo aparecía una sensación de inestabilidad en los jueces y magistrados en demérito de su independencia e imparcialidad..

Con significativos precedentes anteriores<sup>26</sup>, entre 1870 y 1882, y aún avanzado el siglo XX, una abundante normativa contiene el papel de los jueces en

<sup>26</sup> De este modo tenemos el RD de 22 de septiembre de 1837, por el que se creó una Junta para «auxiliar» al Ministerio en el «arreglo del personal de los Tribunales tendente a coordinar el principio de inamovilidad judicial (art.66 de la Constitución de 1837) (garantizado legalmente con gran diferencia de como aparecía en el Proyecto Isturiz con los planteamientos constitucionales», resultando de dicha coordinación la necesidad de una «depuración política de los Jueces» . GARCIA-GOYENA y AGUIRRE, *Febrero*, T.V, Madrid 1842, pp.198-199, recogen que «En agosto y septiembre de 1835 hubo un movimiento, y á principios de octubre se mandó de Real órden la formacion de un espediente general en cada Audiencia comprensivo de todos los empleados en el ramo judicial, magistrados, jueces, subalternos y procuradores. Nadie se escapó de aquella pesquisa ó purificacion general; el juez informaba de los subalternos de su juzgado; el gobernador civil solia informar del juez; y ocurrió que por los malos informes del juez era separado un escribano, prócurador ó alguacil del juzgado, y por los del gobernador civil acerca del mismo juez era separado éste. Hubo todavía mas; se recogieron los títulos á muchos escribanos sin ser de juzgados, y siendo propietarios de las escribanías. En agosto de 1836 ocurrió otro movimiento, y en 22 de setiembre prócsimo se espidió por Gracia y Justicia el real decreto siguiente: 'Siendo urgente proceder á la calificacion de los magistrados y jueces que deben continuar desempeñando las augustas funciones de administrar justicia, como de los que hayan de ser llamados á ejercerlas, por medio de un ecsámen detenido, imparcial y circunspecto, que al paso que dé seguridad y consideracion al que sea digno de ella, separe de una clase tan importante como influyente al que por sus antecedentes y conducta no merezca pertenecer á la misma; deseando obrar en asunto tan delicado ... y preparar asimismo la organizacion del poder judicial para cuando sea dable hacerla sobre el principio de la inamovilidad de que carecen los actuales magistrados y jueces...he venido...en decretar lo siguiente: Art.1º Se formará una junta compuesta de cinco sugetos eminentes en virtud, saber y patriotismo para preparar el arreglo de los Tribunales y juzgados del Reino. Art.2º. Esta junta procederá inmediatamente á la calificacion de los magistrados y fiscales...A este efecto se le pasaràn todos los espedientes que sean conductentes y ecsistan en la secretaría de vuestro cargo, pudiendo la junta ampliarlos por medio de informes que pedirá á los gefes políticos, diputaciones provinciales, ayuntamientos y otras personas d4e la mayor confianza, quienes deberán evacuarlo sin escusa, y en manera razonada.... En septiembre de 1840 -siguen GARCIA GOYENA y AGUIRRE en la op.,cit., pp.200-201- hubo un pronunciamiento: casi la mitad de los magistrados y muchos mas de la mitad de los jueces fueron lanzados de sus plazas con el título de suspensión, que se convirtió en cesantía como la de tantos otros empleados que se hallaron en el mismo caso, por la órden de la Regencia de 16 de noviembre... De todos los magistrados suspensos ó separados no sabemos que hayan sido repuestos sino dos. (Vid. concretamente p. 201). La misma regencia provisional espidió por Gracia y Justicia el decreto siguiente declarando la inamovilidad de los magistrados y jueces. ESPOSICION «La buena administracion de justicia...ecsige esencial y necesariamente la independencia del poder judicial;

el tránsito hacia el Estado Liberal. Según avancé hace tiempo<sup>27</sup>, la jurisdicción en nuestro siglo XIX se presenta como instrumento esencial del nuevo régimen, pero no únicamente instrumento de constitucionalización liberal social, sino también de configuración y asentamiento del nuevo Estado. En España se va a intentar la creación de la nueva legalidad liberal, no tanto desde lo público, desde el poder políticamente organizado, como desde la aplicación cotidiana, en el caso particular, del nuevo derecho. Mediante la tarea judicial van plasmándose nuevas formas de resolución de conflictos, basamento que implica una nueva legislación, ya liberal.

En todas las Constituciones decimonónicas se proclama la inamovilidad judicial, al igual que en la propia LOPJ de 1870 cuya disposición transitoria 6<sup>a</sup> reza que «se considerará á todos los Jueces y Magistrados en la categoría que hubieren llegado á obtener en la carrera judicial»<sup>28</sup>. Empero, declarada

---

pero jamas ecsistirà esta independencia mientras no sean inamovibles los magistrados y jueces. La Constitucion del Estado consagra esta doctrina...Sin embargo, hasta ahora no ha tenido este articulo (el 66 de la Constitución de 1837 E.P.P.) el cumplimiento debido ni la aplicacion práctica que requería el respeto à la ley fundamental. Cualesquiera que sean las razones en que esto se haya fundado, todas deben ceder à la mas poderosa è irresistible de guardar y hacer que se guarde la Constitucion... DECRETO Los magistrados y jueces con nombramiento Real en propiedad que se hallaban en actual y efectivo ejercicio de sus respectivos empleos el día 12 del presente mes (de octubre de 1840 E.P.P.), y los que sean nombrados en lo sucesivo con las mismas calidades, no seran depuestos de sus destinos temporales ó perpetuos sino por sentencia ejecutoriada, ni suspendidos sino por auto judicial, ó en virtud de orden del Rey, cuando éste con motivos fundados los mande juzgar por el tribunal competente... Tal vez resulte más plásticamente aprehensible la situación a la que se llegó en la Justicia, tras las sucesivas depuraciones habidas en la primera mitad del siglo pasado, transcribiendo el siguiente texto de Mariano NOUGUÉS: «Siguióse de aquí el chocante fenómeno de que la judicatura, como los demás ramos del Estado, tuviese una dotacion doble ó juegos diversos de Magistrados y Jueces, que servian alternativamente en las épocas del mando progresista ó moderado, y despues se ha visto que tambien, aunque en menor escala, había esta alternativa en el personal judicial, segun las fracciones que dominaban» (“Del principio de la inamovilidad judicial”, en *La Justicia, Revista de Legislación, Jurisprudencia y Administración Pública*, 2<sup>a</sup> época, 1867, II, p.235).

<sup>27</sup> PEDRAZ PENALVA, E., “Sobre la crisis de la Justicia”, en *Revista del Poder Judicial*, 1988, junio, núm.10, pp.35 y ss, también en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, cit., pp.227 y ss.

<sup>28</sup> Parece interesante destacar, por lo que supone de descripción del momento como también de «explicación-justificación» de la alternativa organos colegiados o unipersonales, lo escrito por BARREDA, L. de., «Consideraciones sobre la Ley orgánica del Poder Judicial», en *RGLJ*, 1872,XLI,p.83: «...Si la inamovilidad judicial que está escrita en la ley, fuera una verdad, nosotros preferiríamos el Juez único cuyo ánimo no sería conturbado, como lo es ahora, por las pequeñas tiranías locales que asedian su integridad...Desgraciadamente el cuadro político en que nos agitamos es demasiado movedido para poder delinear sobre él las bases inamovibles de instituciones permanentes. Aceptando los tiempos tales como son, los Tribunales

esa inamovilidad la entrada en vigor de cada una de las Leyes Fundamentales del XIX es utilizada por los diversos grupos políticos para expulsar de la magistratura a los del sistema anterior<sup>29</sup>. Las propias intervenciones parlamentarias de los legisladores confirman esta lectura. Así en la discusión habida en las Cortes Constituyentes en 1837 durante los meses de abril a junio, GOMEZ BECERRA se mostraba partidario de la inamovilidad judicial pero no en épocas de cambios políticos<sup>30</sup>; al igual que HEROS quien estaba dispuesto a votar que los magistrados no pudieran ser removidos de sus destinos, pero sin que su independencia e inamovilidad pudiese ser considerada absoluta<sup>31</sup>; GOMEZ ACEBO en la sesión del 27 de abril del mismo año al oponerse a la aprobación del art.67 de la Constitución (Los jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan) explicó, a mi juicio con toda claridad, la situación vigente en aquel momento al manifestar que la inamovilidad de los jueces y magistrados podrá aplicárseles en su día a los que "...hayan sido nombrados conforme se prevenga en los reglamentos ó leyes que se establezcan en la materia...; pero á nadie se le oculta cómo hasta ahora han sido verificados los nombramientos..."<sup>32</sup>. Antonio GONZALEZ en 27 de abril de 1837 concreta en nombre de la Comisión, frente a lo dicho por GOMEZ ACEBO, que si bien ha de reconocerse que la facultad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales correspondiente a los jueces y

---

colegiados pueden quizá ofrecer una consistencia mayor á la fuerza invasora de las circunstancias, que no esos pobres Jueces cuya humilde personalidad se anonada ante un presuntuoso cacique...»

<sup>29</sup> NOUGUÉS, Mariano, «Del principio de la inamovilidad judicial», op., cit., pp.233 y ss

<sup>30</sup> Así vid.en Diario Oficial de las Sesiones de las Cortes Constituyentes de la Nación Española (DSSCC), núm.108 de 26 de abril de 1837, esp.pp.356.: "...si bien es verdad que los jueces cuando han sido nombrados conforme á las leyes deben ser inamovibles, lo es tambien que no puede resvestírseles de esta consideracion en épocas de cambios políticos, pues si no hubieran sido mudados aun existirian en sus villas todos los jueces nombrados por Calomarde".

<sup>31</sup> HEROS dijo "...Si, pues, la comision establece en este artículo que los magistrados no podrán ser removidos de sus destinos, sean temporales, ó perpetuos, por nada de lo que concierna al ejercicio de sus facultades judiciales puramente, yo le votaré: pero si se entiende que esta independencia é inamovilidad ha de ser absoluta, no lo admito: asi como no lo admito tampoco porque no se establezca el modo de pedir la remocion de un juez ó tribunal que faltase á su deber. Si la comision admite que ...concluya 'o bien por disposicion de las cortes'...quedando al cargo del gobierno poderlos remover, cuando olvidados de sus deberes se metan en cosa ajenas de su institucion", También en DSSCC núm.108 cit., p.357

<sup>32</sup> "Lo comun ha sido no tanto en esta época como en otras anteriores, que concluyendo su carrera en la Universidad un joven, se venía á Madrid: pasaba cuatro, cinco ó seis años en la Corte. A fuerza de gestiones se le nombraba Juez de Primera Instancia ó se le mandaba á una audiencia á ejercer el mas grave cargo de magistratura. ¿Y qué antecedentes tenía á su favor para siquiera presumirse que aquel fuese un juriconsulto con la ilustración, conocimientos y prudencia que exigía el cargo para que había sido nombrado?..." En DSSCC, núm.109 de 27 de abril de 1837, pp.365 y 366.

tribunales, "...no puede menos de constituir un poder del estado independiente de los otros...", agrega con posterioridad que "El poder judicial emana del poder ejecutivo; así lo han determinado las cortes cuando han aprobado que los jueces deben ser nombrados por el Rey. Esto le constituye en cierta dependencia; y cuando después le habíamos de exigir la responsabilidad, era necesario que le diésemos la circunstancia indispensable para que obrando con libertad pudiera responder de sus acciones; por eso se ha establecido la independencia del poder, y la inamovilidad de los jueces..."<sup>33</sup>. Evidentemente su dependencia orgánica del gobierno influía peligrosa y decisivamente en la independencia e inamovilidad que "oportuna" y funcionalmente se les atribuía a jueces y magistrados.

NOUGUÉS ha expresado con toda crudeza los tiempos referidos: «Nuestro país, desde 1808, se halla en un estado de intranquilidad y en una excitación continua: la guerra de la independencia produjo dos nomenclaturas funestas, la de españoles netos y afrancesados, la de serviles y liberales: en 1814 se les persiguió a éstos con encarnizamiento, y fueron alejados de los destinos, y especialmente de la judicatura los que infundían la más mínima sospecha de no haber sido afectos á la causa nacional vinieron á posesionarse de las Audiencias y de los juzgados muchos que habían sido nombrados por las juntas que se crearon en las provincias, cuando se levantaron contra Napoleón.

Vino el alzamiento de 1820 - sigue diciendo NOUGUÉS-, y durante el trienio hubo separaciones y nuevos nombramientos: tuvo lugar la reacción de 1823, y entonces se establecieron las purificaciones que eliminaron á Magistrados que no cometieron la mayor parte otro delito, que haber obedecido al Gobierno existente y fallado con arreglo á las leyes que regían entonces...En 1832 y 1833 se verificaron separaciones y nombramientos nuevos, como también reposiciones, y se organizó la judicatura con una nueva personalidad. Conforme fue caminando la época, se fué liberalizando la magistratura, tomando tinte más subido en 1836 y 1837 en que dominó el partido progresista; pero en 1840 ya la encontró expurgada el pronunciamiento de setiembre, que á su vez verificó depuraciones que se dejaron sin efecto en gran parte en 1843 y 1844, llegando así las cosas hasta 1854, en que á su vez se hizo una operación contraria, que en igual forma fué alterada en 1856 y 1857...».

La creencia de que se necesitaban jueces independientes y para ello inamovibles es prácticamente general en el XIX español, pero también lo es la de que en su consecución había que superar la incertidumbre dimanante de la diversidad de situaciones políticas por las que se va atravesando y, en estrecha conexión, que el acceso a la magistratura debiera ser lo más objetivo posible en atención a una preparación jurídica y a una experiencia, madurez

---

<sup>33</sup> DSSCC, núm.109, de 27 de abril de 1837, p.366

y por ende prudencia indispensables en el desempeño de la jurisdicción. Uno de los muchísimos ejemplos lo tenemos en la Exposición del Decreto de 3 de julio de 1869 en la que se afirma que "...la inamovilidad judicial que no concibe razón ni proclama la Ciencia sino cuando tiene por objeto una magistratura que satisface cumplidamente el santo fin de su institución, pudiera ser en España, si se aplicase sin oportunidad, una fuente inagotable de peligros para la causa del orden y de la libertad; y, desde luego, por falta necesaria de preparación, un obstáculo que entorpecería la Administración de Justicia", agregándose que nuestra magistratura "...formada en las mas diversas situaciones políticas por la que ha atravesado nuestra Patria, no cabe en lo posible que su organización actual responda á la unidad de la nueva idea que debe ser su espíritu vivificador y se halle en la plenitud de circunstancias adecuadas a los gravísimos deberes que la Constitución impone al Poder judicial". Con mucha crudeza lo mantuvo en las Cortes Constituyentes el Sr. MORET Y PRENDERGAST (Ministro de Ultramar) en respuesta a una interpelación de MARTIN HERRERA en contra del dictamen autorizando al Ministro de Gracia y Justicia para plantear como provisional la de organización de Tribunales: "...Es cierto que la idea de la inamovilidad y de las garantías del poder judicial es común a todos los partidos; es cierto que para nosotros, los hombres de opiniones radicales, es más que eso: es una necesidad...Y yo afirmo...que es imposible aplicar la libertad, ni cumplir la Constitución del país sin que sea una verdad la administración de justicia...Yo declaro que en un país conmovido por profundas luchas civiles, no es posible llegar á la inamovilidad por el camino que indicaba el Sr. Herrera: habría profunda injusticia en tomar como prueba de inamovilidad los años de servicio; y cuando han pasado larguísimos períodos de tiempo sin que haya habido más que el favor para la provisión de los cargos, sin que haya habido más que un criterio estrecho, y todavía ese criterio estrecho unido con otras consideraciones, conceder la inamovilidad á personas que no tienen en su apoyo más que el favor y la antigüedad del dominio exclusivo de un partido, yo no puedo aceptarlo...."<sup>34</sup>.

Tal orientación ya fue expuesta en 1869 en las Cortes Constituyentes, al discutir el art. 94 del proyecto de Constitución<sup>35</sup> en las que por OLÓZAGA<sup>36</sup> se defendió que se entre en la carrera judicial por oposición, que el Rey ha de ejercer una inspección suprema para que se administre pronto y cumplida-

<sup>34</sup> Defiende en esta línea el Proyecto de Ley que impone la capacidad para el acceso, pero sin olvidar la responsabilidad de los funcionarios del "orden judicial". DSSCC, núm.312 de 22 de junio de 1870, p.9055

<sup>35</sup> "El Rey nombra á los magistrados y jueces á propuesta del Consejo de Estado y con arreglo á la ley orgánica de tribunales", presentándose por CHACON, CAPDEPON, ALCALA ZAMORA, FERRATGES y VAZQUEZ DE PUGA la siguiente enmienda: "El rey nombra á los magistrados y jueces con arreglo á la ley orgánica de tribunales"

<sup>36</sup> DSSCC núm.81 de 24 de mayo de 1869, pp.2257 y 2259.

mente Justicia, que debe evitarse un cuerpo inamovible que se reproduce á sí mismo interviniendo en la propuesta de los que ingresen y en la de los ascensos de los que han entrado por “rigorosa oposicion” “un alto cuerpo, compuesto de los hombres que están al fin de su carrera y pueden juzgar bien de los otros que tienen una independencia natural, más que no tengan la inamovilidad absoluta por la ley”; por RIOS ROSAS (Presidente del Consejo del Estado) al afirmar del Rey su prerrogativa de nombrar a los empleados públicos, entre ellos a los de la misma magistratura, aunque con cortapisas formales para eludir las perjudiciales consecuencias de una libérrima facultad, agregándose por el mencionado RIOS ROSAS que “...con una magistratura inamovible, que al fin no es más que una hijuela del poder ejecutivo ó el poder supremo, el rey o el presidente queda anulado en presencia de la magistratura. Esto aparte de que es obvio, es de sentido común, que una corporación que se renueva á sí misma no puede ser tan imparcial como el poder ejecutivo, el rey ó el presidente, ayudado ó no ayudado, ilustrado ó no ilustrado por un cuerpo consultivo. Por consiguiente, para que se respeten los principios, para que el Poder ejecutivo esté razonablemente limitado, no hay más medio que interponer la intervencion de un cuerpo extraño; pero que este cuerpo no sea del órden judicial; y esto es lo que se ha hecho, interviniendo el Consejo de Estado en el nombramiento de los miembros del órden judicial”<sup>37</sup>.

Asimismo fue debatido el sistema de acceso, ascensos, traslados, etc., surgiendo la polémica en torno a la participación alternativa Consejo de Estado o Tribunal Supremo, resuelta en pro del primero.

Acaso pudieren ejemplificarse las dos posiciones, que con mayores o menores variantes se arrastran durante el siglo XIX, en las expuestas en las Cortes Constituyentes en 1869 por SILVELA y SERRACLARA, respectivamente.

Según SILVELA “... hemos visto prácticamente que no bastaba escribir en la Constitución ‘inamovilidad judicial’ para conservar á la magistratura á la altura que corresponde, y por eso hemos planteado un sistema que se resume de esta manera: regla general, que ha dado escelentes resultados en el profesorado, ingreso por oposición: ascenso en virtud de informe del Consejo de Estado, fijando una cuarta parte de las vacantes para que pueda recaer en hombres de reconocida práctica, que por su edad y demás circunstancias no pueden presentarse á una oposición, en cuyo caso la intervención del Consejo de Estado es una garantía, porque no ha de proponer á personas que no sean dignas, así como tampoco las academias han hecho propuestas inaceptables...”<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> DSSCC, núm.81 de de 24 de mayo de 1869, p.2262

<sup>38</sup> Francisco SILVELA, DSSCC, núm.81 de 24 de mayo de 1869, p.2287

Para SERRACLARA "Todos los tratadistas, así teóricos como prácticos, han dicho que esa realización de la Justicia no puede conseguirse sino siendo los funcionarios judiciales enteramente independientes, de tal manera que ni sus propias pasiones, ni las pasiones de algunos que estén colocados en jerarquía superior puedan obrar sobre sus fallos, sino que ellos deben dictarlos según su criterio les marque en cumplimiento de la Ley. Para conseguir, Señores Diputados, esta independencia, se ha convenido, es una tendencia universal, y en este sentido se ha pronunciado la opinión con repetidísimas quejas, que se necesita la inamovilidad de los funcionarios judiciales; porque, efectivamente...en manera alguna puede imparcialmente fallar el Juez que sabe que su separación depende del capricho del Ministro, de una influencia cualquiera, de la queja de una persona perjudicada por él o de tener éste o otro color político. El Juez, en todo lo posible, ha de venir a parecerse a una abstracción; debe representar la estatua fría de la ley; debe ser como un operador matemático que aplique los preceptos del derecho al hecho que se somete a su dictamen"<sup>39</sup>. En semejante orientación, y disintiendo de SILVELA y así de la redacción del art.95, FIGUERAS dijo: "...(precepto)...por el cual en caso de desacuerdo entre el rey y el Consejo de estado, se decide por el rey...(y) no sólo se concede al Consejo de estado la facultad que debiera concederse al Tribunal Supremo de Justicia de hacer las propuestas, sino que además, cuando el mismo Consejo se oponga á la separacion ó traslacion de algun magistrado, todavía se da al rey el derecho de separar y trasladar contra el parecer de ese alto cuerpo. Si esto es inamovilidad, vedlo vosotros y votadlo, que entonces verá la magistratura quién vuelve mejor por ella, si los que estamos sosteniendo su decoro ó los que quieren dejar éste á merced del Poder ejecutivo"<sup>40</sup>

La disyuntiva de independencia total del judicial respecto del ejecutivo o meramente funcional con intervención modulable de éste en la carrera judicial, enraizada profundamente en los vaivenes político-sociales, pervive con y tras la promulgación de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial en 1870. Primará, desde la afirmada supremacía del ejecutivo, la concepción del sometimiento orgánico de la Justicia al mismo, en la línea decimonónica de velar por el importantísimo papel que juega en la constitucionalización liberal de la sociedad. El diverso grado de sujeción de la magistratura al ejecutivo proviene del penoso, progresivo y costoso<sup>41</sup> proceso organizador de la

<sup>39</sup> DSSCC núm.81 de 24 de mayo de 1869, p.2280.

<sup>40</sup> FIGUERAS, en la mencionada sesión de 24 de mayo de 1869, núm.81, p.2287.

<sup>41</sup> No me resisto a transcribir las palabras del Ministro de Ultramar, en la intervención referida en la cita anterior, p.9056 : "...y ya he dicho en alguna ocasión que un país de 3000 millones de presupuesto que gasta 32 en la administración de justicia, no tiene aspecto de país civilizado", agregándose por ROMERO GIRON, quien acepta la dificultad económica denunciada por MARTIN HERRERA al oponerse a la autorización parlamentaria, "Pero su S.S reconoce como un grande obstáculo para la

Justicia que va vislumbrándose poco a poco hasta culminar una vez avanzada la restauración monárquica.

El resultado de la aprobación de la LOPJ en 1870, fue la estructuración funcional de la judicatura, con las consecuencias inmediatas de permanencia y exigencia de un determinado nivel de formación jurídica, extrañas a la anterior situación de libre designación y cese discrecional de sus miembros. Se implanta así un juez funcionario, en cuanto tal sometido a un determinado estatuto regulador, equiparable en bastantes aspectos al general del resto de la función pública ordinaria. Así se prevén las condiciones necesarias para acceder y ascender en la carrera judicial (arts.80 y ss LOPJ 1870), las del nombramiento, antigüedad, dotación, etc. (arts.165 y ss LOPJ 1870), responsabilidad (arts.245 y ss LOPJ 1870), etc.

Sin embargo se sancionan aspectos específicos de la tarea jurisdiccional que con carácter exclusivo se le atribuye (art.2 LOPJ 1870) a la vez que se articula su inamovilidad como instrumento básico de su independencia e imparcialidad.

En lo relativo a la inamovilidad la Disposición Transitoria III proclama que “Los actuales Jueces y Magistrados y los que se nombraren hasta el planteamiento de esta ley no gozarán de inamovilidad mientras no sean examinados sus respectivos expedientes y, en su virtud sean especial y nominalmente declarados inamovibles”. A tal efecto la Disposición V establece que “Los expedientes de que trata la regla anterior serán pasado á una Junta de Clasificación<sup>42</sup> a la que según previene la Disposición VII compete emitir dictamen

---

realización de este proyecto el aumento de los gastos que produce, inconveniente económico que, dada la situación del país, no es posible vencer...¿Cree S.S que las condiciones económicas de un país en que la administración de justicia es deficiente, es incompleta é inconveniente, no mejoran con una buena administración de justicia?...Lo que recibe mal el país es que se paguen obligaciones que no se deben pagar; y yo rogaría a S.S y á sus amigos que prestasen un poquito más de eficacia en que se votasen otros proyectos, como, por ejemplo, los relativos al clero, y de ahí podríamos sacar bastantes recursos para lo que se necesita en la administración de justicia, que, al fin y al cabo, el presupuesto religioso es puramente individual, y la justicia es un elemento del cual no podemos prescindir” (DSSCC, núm.312 de 22.6.1870, p.9058).

<sup>42</sup> Compuesta por las siguientes personas: Presidente del TS, un Consejero de Estado de la sección de Gracia y Justicia –elegido por la misma sección-, el Fiscal del TS, 2 diputados á Cortes nombrados por el Gobierno, un magistrado del TS nombrado por la Sala de Gobierno, de un magistrado de la Audiencia de Madrid nombrado por su Sala de gobierno, de un catedrático de Derecho de la Universidad central nombrado por el Gobierno, de dos Abogados del Colegio de Madrid nombrados por la Junta de gobierno del mismo, de un oficial del Ministerio de Gracia y Justicia que hará de secretario sin voto.



sobre la inamovilidad -individualizadamente, Disposición Transitoria VI- a cuya vista resolverá el Gobierno lo que estime procedente. Por Decreto de 3 de octubre de 1870 se limita a tres el número de los vocales designados por el gobierno y se refuerza el criterio de la Junta imponiendo al Gobierno, cuando disintiere de su criterio favorable, audiencia de la Sección de Gracia y Justicia del Consejo de Estado y, si aquél fuere desfavorable en contra del Gobierno éste, amén de oír a la citada sección del Consejo de Estado, tendría que publicar su decisión razonada en la Gaceta de Madrid. Vale ese cambio para acreditar la nueva orientación en favor de una Justicia más apartada del Ejecutivo.

Son señalables pues: la rúbrica Poder -con la que con frecuencia se pretende singularizarlo respecto de legislativo y ejecutivo<sup>43</sup> - que nominaliza la competencia estatal que constitucionalmente viene atribuida al judicial y su real carencia de significado<sup>44</sup> puesto que por definición ni social ni políticamente

<sup>43</sup> Pensemos en la vigente Constitución de 1978 en la que únicamente se califica de Poder al Judicial (Tít.VI, arts.117 y ss), pero al referirse a los los órganos jurisdiccionales emplea la locución potestad (azrt.117). Con ello sigue generalmente la línea constitucional que comienza con la Ley Fundamental de 19 de marzo de 1812 (Constitución de Cádiz) en la que se habla de potestad (tit.V y arts.242 y ss,) y no de poder; en el Proyecto Istúriz de 20.7.1836 el judicial es calificado de Poder del estado en el art.10; en la Constitución de 1837 de 18 de junio, la rúbrica del Tit.X es la "Del Poder Judicial" pero al referirse a juzgados y tribunales habla de potestad (art.63); la Constitución de 23 de mayo de 1845, nombra "De la Administración de Justicia" al Tít.X y con atinencia a los órganos jurisdiccionales se refiere a la potestad (art.66); la Constitución no promulgada de 1856 rubrica el Tit.X: Poder Judicial y al referirse a los juzgados y tribunales habla de potestad (art.67); la Constitución de 1 de junio de 1869, dedica el Tit.VII al Poder Judicial pero el art.91 se refiere a la potestad; el Proyecto Federal de Constitución de la I República Española de 17.7.1783 consagra el Tit.X al Poder judicial; la Constitución de 30 de junio de 1876 rubrica su Tit.IX "De la Administración de Justicia" y en el art.76 habla de potestad; la Constitución de La República Española de 9 de diciembre de 1931 consagra el Tít.VII a la Justicia.

<sup>44</sup> Asimismo en la Constitución de 1837 se hace uso del término potestad al hablar de los Tribunales y Juzgados -aunque según se ha dicho en la nota anterior la rúbrica del Tit.X sea "Del Poder Judicial"- . Según el diputado OLOZAGA "...si á la palabra *poder* le damos toda la extension que tiene en política, la magistratura no formará un poder, y será un abuso, aunque muy generalmente admitido, llamarle poder judicial; porque en el poder se supone una facultad, una disposicion á usar de fuerzas, cuyos límites estan fiados á la prudencia, al saber y á la rectitud de los individuos que le componen; y la magistratura los tiene mucho mas circunscritos y fijos por las leyes, porque su accion es declarar la conformidad ó no conformidad de ciertos actos con las leyes...Como que sus funciones tan limitadas á la aplicación de la ley, su responsabilidad solo puede ser para caso de infraccion de ley;...". DSSCC, núm.108 de 26 de abril de 1837, p.358. A este tenor GOMEZ ACEBO en la sesión de 27 de abril de 1837, núm.109, p.,365. dijo "...En todo el resto de la constitucion no se usa de la palabra poder hasta que se ha llegado al judicial, y es muy singular que así suceda cuando se ha hablado ya de las córtes, del poder real, del congreso de diputados y del senado sin haber usado de la palabra poder...el poder judicial no es en realidad

cabe un colectivo titular de dicho "poder", razón por la que a mi juicio con acierto la Ley Provisional sobre la Organización del Poder Judicial (de 1870) retoma de la Constitución de Cádiz de 1812 el concepto de potestad jurisdiccional<sup>45</sup>; su "doble naturaleza" de empleado público y como tal orgánicamente dependiente<sup>46</sup> y la de juez como tal funcionalmente independiente; la negación real de su plenitud funcional en el ámbito normativo, aún en sede civil y criminal, por mor de las jurisdicciones especiales (en particular en el orden criminal por la militar en determinadas materias y momentos especialmente sensibles), y por la discutida preeminencia frente a la Administración<sup>47</sup> con reflejo aun en el ámbito civil<sup>48</sup>.

un poder político del estado, sino una parte de la administración pública...". Cfr. la respuesta de Antonio GONZALEZ el mismo día, esp.p.366, manteniendo que la "la facultad de aplicar las leyes, que es inmensa, no puede menos de constituir un poder del estado independiente de los otros...".

<sup>45</sup> Acerca de todo lo que esto supone, más amplia y profundamente, vid. PEDRAZ PENALVA, "De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano", Rev.Administración Pública, 1976, enero-abril, núm.79, pp.145 y ss, y "Sobre el 'poder judicial y la Ley orgánica del poder judicial", Rev.Jca La Ley, 1985, 2, pp.1121 y ss, ambos trabajos también en *Constitución, Jurisdicción y Proceso, cit.,*.

<sup>46</sup> Consúltese la LOPJ de 1870 arts.224 y ss, en los que se sanciona la posibilidad de la destitución, suspensión, traslación y jubilación de jueces y magistrados por decisión del Gobierno amén de por los propios Tribunales (arts.731 y ss LOPJ 1870) en virtud de la denominada "jurisdicción disciplinaria", limitada a la reprensión simple, calificada, postergación para ascensos, privación de sueldo y suspensión de empleo y sueldo (art.741 LOPJ 1870)

<sup>47</sup> DÍEZ-CANSECO Y CADÓRNIGA, Isidoro, *Reformas en la Administración de Justicia*. (Folleto de actualidad), Valladolid, 1899, pp.9 y 10, Apostillaré a ese último punto que uno de los instrumentos a los que "la política" recurre para influir en la Justicia, no fue desde la organización de la la misma –a partir de la LOPJ de 1870- tanto la recomendación en los negocios "...sino empleando otros medios de más seguros y positivos resultados. Como son el suscitar competencias en materia criminal para entorpecer la marcha de un sumario ó para impedir la resolución definitiva del mismo; y el elegir la política la justicia municipal, que es la justicia de cada día y la que constantemente necesita el pequeño propietario, núcleo principal de la sociedad española".

<sup>48</sup> De este modo en las hipótesis de conflictos la prevalencia de la Administración era clara pues sólo estaban legitimados para su promoción los gobernadores de provincia, decidiendo sin ulterior recurso la autoridad administrativa (art.297), -la primacía de la Administración se mantiene en el RD de 8 de septiembre de 1887 por el que se dictan reglas para la resolución de competencias de jurisdicción entre las autoridades administrativas y los Tribunales, decidiendo las competencias de atribuciones y de jurisdicción el Rey, a propuesta del Consejo de Ministros o de su Presidente (art.26)- . Pero asimismo, y a mi juicio es importante, atendiendo a su número y calidad, la primacía de la Administración resultante de las reiteradas e injustificadas inmunidades jurisdiccionales y privilegios procesales, en muy sensible medida aún vigentes. Así en el orden civil vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Los privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil*, Madrid, 1993, passim

Acaso a tamañas ambigüedades quepa atribuir la prolongada vigencia de esta Ley *provisional*, capaz de pervivir 115 años durante los más diferentes regímenes políticos.

Califiqué antes de *penoso* el camino de organización de la Justicia en España<sup>49</sup>, en modo alguno resuelto con la LOPJ de 1870, cuya subsistencia ya se discutió a poco de su regimiento. En 1873 el Ministro de Justicia Nicolás SALMERON aceptando el incumplimiento de la LOPJ de 1870 y la subsistencia de la vieja magistratura, busca reformar la Justicia separándola al máximo del Ejecutivo, dotarla de la independencia e inamovilidad exigibles, ahondar en su profesionalización vía sistema de oposición, sustituir la audiencia del Consejo de Estado por la del Tribunal Supremo en los nombramientos y otorgándole carácter vinculante para el gobierno, etc. De este modo llegó a proponer la eliminación de referencias al Rey en pro de la Nación en un proyecto de ley presentado en 15 de febrero de 1873 (modificando los arts. 1 y 670 LOPJ)<sup>50</sup>. En 8 de mayo del mismo año, publicado el 9, se promulga un Decreto dictando reglas para la provisión de juzgados y plazas de Magistrados y del Ministerio Fiscal, en cuya exposición de motivos se justifica como “vía para

<sup>49</sup> Entre otras causas por las graves circunstancias políticas que desembocaron en la insurrección cantonal Abundaron en 1873 los pronunciamientos cantonalistas inspirados por el regionalismo y socialismo, proclamándose entre otros los de Murcia, Cartagena, Bejar, Salamanca, Valencia., etc. Tienen interés las peticiones en las Cortes de diputados solicitando la entrega de armas a “los voluntarios de la libertad de Denia”, voluntarios republicanos de Valladolid, formación de batallones de voluntarios, etc. denunciando la conducta de gobernadores de provincia en contra de los republicanos. Ampliamente vid. PI Y MARGALL, F., *La Republica de 1873. Apuntes para escribir su historia*, Prólogo y Notas de A. Jutglar, Madrid, 1970., del mismo *El reinado de Amadeo de Saboya y la Republica de 1873*, Prólogo y notas de A. Jutglar, Madrid, 1970., RAMOS OLIVEIRA, A., *Historia de España*, II Tomo., México, s..f., PUIG CAMPILLO, A., *El cantón murciano*, Cartagena, 1932., MARX / ENGELS., *Revolución en España*, Barcelona, 1960., DIAZ DEL MORAL, J., *Historia de las agitaciones campesinas andaluzas –Córdoba (Antecedentes para una reforma agraria)*, Madrid, alianza editorial, 1967, 1969, 1973, JOVER, J.M., *La conciencia obrera y conciencia burguesa en la España contemporánea*, Madrid, 1962., LACOMBA, J.A., *La I República. El trasfondo de una revolución fallida*, Madrid, 1973., VICENS VIVES, J., *Coyuntura económica y reformismo burgués*, Barcelona, 1968., HENNESY, C.A.M., *The federal Republic in Spain*, Oxford, 1962., TUÑON DE LARA, M., *La España del siglo XIX*, Paris, 1961., del mismo *El movimiento obrero en la historia de España*, 2 tomos, Madrid, 1985., MENENDEZ PIDAL, R., *Historia de España*, T.XXXIV, Madrid, 1981.etc., FERNANDEZ ALMAGRO, M., *Historia política de la España contemporánea*, I, Madrid, 1969., GORTELLA/MARTÍ, / JOVER/ GARCIA/RUIZ, *Revolución burguesa, oligarquía y constitucionalismo*, T.VIII de la *Historia de España*, dirigida por TUÑON DE LARA, Madrid, 1981, etc.,

<sup>50</sup> Así y respectivamente, “La Justicia se administrará en nombre del Rey” y “Las ejecutorias se encabezarán en nombre del Rey”.

suprimir la arbitrariedad en la designación y remoción de los funcionarios del Poder judicial...”<sup>51</sup> <sup>52</sup>.

Pero dificultades varias, entre otras las enojosas repercusiones al residenciar en el Supremo Tribunal tan discutible atribución, destacando el profundo recelo de los republicanos hacia la judicatura a la que reprochaban actitudes políticas reaccionarias<sup>53</sup>, provocaron frecuentes manifestaciones, aún en contra de la concepción ideológica defendida, en pro de un control de la magistratura. Así en 3 de octubre, publicado en 5 del mismo mes y año 1873, se dicta nuevo Decreto de Gracia y Justicia modificando los arts. 25 y 26 del de 8 de mayo, en el sentido de ampliar la propuesta razonada del Supremo Tribunal a los tres concurrentes en quienes pueda proveerse cada vacante, pudiendo el Ministro elegir a cualquiera de ellos, expresando las condiciones especiales tenidas presentes, con publicación en la Gaceta. Llega a su culminación la enemiga contra la judicatura cuando se postula revisar la inamovilidad respecto de una parte de los magistrados en activo, para lo cual se presentó una proposición de ley por el Sr. PLÁ Y HUIDOBRO con un único artículo: “Se declara en suspenso la ley orgánica de tribunales por lo que se refiere á la inamovilidad de los actuales empleados de la administracion de justicia ínterin no se discuta y apruebe la Constitución federal”<sup>54</sup>. Fue aprobada por 63

<sup>51</sup> Y sigue diciendo la Exposición de Motivos de ese Decreto de 8.5.1873: “...(constituyendo)...hoy, por dicha unánime sentir de los más opuestos pensadores...que en ningun caso debe restaurarse la antigua involucracion del Poder judicial con el Ejecutivo, de cuya tutela urge por completo emanciparlo, no sólo en el ejercicio de su autoridad, sino tambien en el nombramiento é investidura de sus representantes...La falta de congruencia entre las prescripciones de la Ley provisional vigente y la organización antigua de los tribunales en su mayor parte subsistente todavía, es la causa que obliga á dictar el presente decreto, cuyo fin, por lo demas, es hacer que la ley se cumpla en lo relativo al nombramiento, ascenso, traslacion y separacion de los funcionarios del Poder judicial, sin el dañoso arbitrio del Ministro, y deshacer las ilegalidades que en este punto hayan podido cometer las administraciones anteriores...”

<sup>52</sup> En su art.19, se declara cesante a todo funcionario del poder judicial o del ministerio fiscal, que hubiese ingresado o ascendido sin las condiciones legales vigentes a la sazón, aunque esté declarado inamovible, a menos que haya servido en el puesto respectivo doble tiempo del necesario para ingresar o ascender, reuniendo todos los demás requisitos exigidos en cada caso y no resultando de su expediente notas desfavorables que le hagan desmerecer

<sup>53</sup> En la sesión de 27 de agosto de 1873, DSSCC de la República Española, núm.77, p.1843, se dijo por el Diputado González Cherma: “...Conmo por desgracia los jueces de primera instancia son acérrimos enemigos del partido republicano, he sabido con disgusto que contra los republicanos que constan en las Juntas revolucionarias cantonales se han dictado autos de prision, sin tener aquellos en cuenta si esos ciudadanos han aceptado ó no los cargos, así como tampoco si en la imprenta constaban sus firmas autorizadas...”

<sup>54</sup> Proposición de ley obrante al apéndice primero al núm.65 del DSSCC de la República Española

votos contra 47, esgrimiendo en su defensa el proponente que siendo hoy inamovibles los empleados de la administración de justicia con lo que está perfectamente conforme, empero solicita ante la entrada de una parte de esos empleados "...por la puerta falsa", sean declarados amovibles pues hay individuos sin merecimientos de ningún género, y muchas veces sin los conocimientos necesarios para desempeñar dignamente sus cargos, nombrados escandalosamente contra los principios que para el ingreso y ascenso en la carrera regían antes de su promulgación, sujetos que no siendo ni siquiera bachilleres en artes hace tres años, son hoy jueces de primera instancia. "Yo quiero, dice PLÁ DE HUIDOBRO, que la justicia se administre en nombre de la Nación, y nunca en nombre de un partido político. Yo quiero que los que la administren se inspiren solo en los eternos principios del derecho, y nunca en la voluntad ó en el deseo, pocas veces honrado, injusto siempre, del Diputado ó Ministro que les ha elevado...á un puesto que muchos, por honra de sí mismos, nunca debieran haber ocupado"<sup>55</sup>. Esta iniciativa no fue la única como se evidencia v.gr. en la pregunta que en la sesión de 26.7.1873 formula al Ministro de Gracia y Justicia el Sr.PINEDO: "¿Está dispuesto S.S. á revocar, que bien lo merece, ó á reformar conforme á la necesidad apremiante y urgente, el proyecto de organización del poder judicial?. Yo bien sé que este proyecto se autorizó por las Córtes en 15 de setiembre, si mal no recuerdo de 1870; pero...lo fué con el carácter de provisional, y sabe su S.S...que ese decreto no fué más que un indulto, y permítaseme esta frase, para robustecer, ya que no para justificar, porque los abusos no se justifican nunca, los nombramientos hechos de personas extrañas á la carrera judicial, que empezaban sentando plaza de magistrados y á los seis meses se encontraban de presidentes ó magistrados de la Audiencia de Madrid"<sup>56</sup>.

La caída de la República tras el golpe del general Pavía en 3 de enero de 1874<sup>57</sup> provocó la inmediata supresión de las normas republicanas. Así el D (de Gobernación) de 11 de enero, publicado el 12, derogó el de 22 de octubre de 1873, sobre la organización del Cuerpo de policía gubernativa y judicial, y restableciendo provisionalmente el de 28 de marzo de 1871, el de D. (de Gracia y Justicia) de 12 de enero, publicado en 13, rescató con toda su fuerza y vigor la ley de 24 de mayo de 1870 para el ejercicio de la gracia de indulto, derogando, en su consecuencia la de 9 de agosto de 1873; el de 14 de enero publicado en 15, derogó los de 8 de mayo y 3 de octubre sobre ingreso, traslación y ascenso de los funcionarios del Poder Judicial y Ministerio fiscal, quedando restablecidas en toda su fuerza y vigor las disposiciones

<sup>55</sup> DSSCC de la República Española, núm.65, de 13 de agosto de 1873, p.1417

<sup>56</sup> PINEDO, DSSCC, núm.50, de 26 de julio de 1873, p.955.

<sup>57</sup> Explicado en el Decreto de la Presidencia del Poder Ejecutivo de la República, de 8 de enero publicado en 9, "Exponiendo á la Nación el origen, actitud y propósito del Poder Ejecutivo de la República y declarando disueltas las Córtes constituyentes de 1873"

de la ley orgánica; el de D. (de Gobernación) de 16 de enero, publicado en 17, dejó sin efecto el de 20 de diciembre último, atañente al personal de los establecimientos penales, y rehabilita la legislación anterior; etc.

El camino hacia el moderado régimen liberal, propiciado con la restauración monárquica y reforzado con la "nueva" política judicial, implicó desde el rechazo a lo anterior el control gubernamental de la carrera judicial. Muestra de ello encontramos en los decretos citados y especialmente en el de 14 de enero sobre ingreso, traslación y ascenso de los funcionarios del Poder Judicial y Ministerio fiscal restableciendo, desde una crítica radical de los decretos de 8 de mayo y 3 de octubre de 1873<sup>58</sup>, en toda su fuerza y vigor las disposiciones de la ley orgánica. En virtud de tal norma se reclaman del Tri-

---

<sup>58</sup> En su Exposición de Motivos se arguye la inaceptabilidad de "...atribuir directa ni indirectamente funciones administrativas o de gobierno á los Tribunales...consagrar una confusion lamentable de facultades, rebasando los límites naturales y propios del Poder Judicial para inmiscuirlo en los actos que corresponden al Poder Ejecutivo...Inútil es que...se preconice la necesidad imprescindible de constituir el Poder judicial como un órgano sustantivo y libre, como si tal sustantividad y tal libertad dependieran del procedimiento para constituir los Tribunales y no del libérrimo uso de sus propias funciones y de la independencia absoluta con que obran en el desempeño de su cometido...La arbitrariedad del Gobierno estaría, en la acción directa ó indirecta que pretendiese ejercer sobre los Tribunales para impulsarlos por tal ó cual derrotero en la aplicación de las leyes, ó para exigirles determinada resolución en sus decisiones. Pero suponer una vez subsistente la ley orgánica, siquiera sea con el carácter de provisional, que en el nombramiento ascenso ó traslación de los funcionarios del Poder judicial no impera otro criterio que el de la arbitrariedad, es tan aventurado como desprovisto de exactitud...Menos todavía puede aceptarse la insinuación que con aparato de argumento se ha empleado también para fundar la medida de atribuir al Tribunal Supremo facultades que ni científica ni constitucionalmente deben corresponderle, enderezada á dar carta de naturaleza á una sospecha que toda conciencia honrada debe rechazar abiertamente. Porque presumir ó hacer entrever que un nombramiento hecho con sujeción á prescripciones legales por el Ministro liga á sus caprichos ó exigencias al funcionario agraciado, es inferir notoria ofensa á cuantos hacen de la administración de justicia su vocación y fin de vida...Aparte de estas consideraciones fundamentales que muestran la necesidad de dejar sin efecto el decreto de 8 de mayo de 1873, que infringe la Constitución y desconoce principios universalmente reconocidos, y admitiendo el supuesto de que las facultades que tal disposición otorga al Tribunal Supremo sobre nombramiento, ascenso y traslación de funcionarios del Poder judicial debieran corresponderle, todavía surge otra dificultad de carácter práctico, pero cuyas deplorables consecuencias afectan quizá á la administración de justicia...le confiere (el D de 8 de mayo) graves y pesadas atribuciones que de seguro, aunque ejercidas con la rectitud de tan elevado Cuerpo, podrían á la larga ceder en menoscabo de la más pronta y cabal administración de justicia...Finalmente...los principios que inspiran el mencionado decreto...nacen de otro pensamiento político que el dominante en la Constitución de 1869, y se refieren a otro organismo constitucional, cuya tendencia manifiesta es la de aflojar los vínculos de la unidad nacional y del Estado, que el Poder Ejecutivo de la República está firmemente dispuesto á mantener"

bunal Supremo los expedientes relativos al ingreso, traslación y ascenso de los funcionarios del Poder judicial y Ministerio fiscal, y se reimplantan las prescripciones de la LOPJ.

Del sometimiento al ejecutivo derivó nueva controversia acerca de la inamovilidad judicial, acordándose en sendos decretos de 23 de enero de 1875 “reglas para la provisión de cargos del orden judicial y Ministerio fiscal” y “nuevas bases para las declaraciones de inamovilidad de los magistrados y jueces”. So pretexto de moralizar la judicatura y ordenar *pausadamente* el recorrido de sus diversos escalones, proclama el nuevo legislador la necesidad de reexaminar la inamovilidad de los magistrados, excluyendo a los no merecedores de ella. A este fin en su art.1º «se deroga la sexta disposición transitoria del título 23 de la Ley provisional sobre organización del poder judicial<sup>59</sup>, y se dejan sin efecto las declaraciones de inamovilidad otorgadas en virtud de ella á los Magistrados y Jueces» y en el 7º:» Lo dispuesto en el art.820 Ley provisional sobre organización del poder judicial, respecto á la libre separacion del Fiscal del Tribunal supremo y de los Fiscales de las Audiencias, será aplicable á los Tenientes, Abogados y Promotores fiscales; quedando por tanto en suspenso la aplicacion de las disposiciones contenidas en los arts 821, 822, 823 y 824 de la misma Ley. No procederá el recurso contencioso contra las disposiciones del Gobierno relativas á la separacion, suspension, ascenso ó traslacion de los funcionarios del Ministerio Fiscal» (importa resaltar que uno de los criterios legales contenidos en el art.2 del presente decreto, a utilizar por la Junta de clasificación para la declaración de inamovilidad de Jueces y Fiscales fué, número cuarto, «...si en su vida pública ó en la privada se nota alguna falta ó vicio que haga desmerecer en el concepto público, para lo cual deberá la Junta pedir directamente informes reservados á las Autoridades locales, y aún á los particulares cuando lo juzgue conveniente»).

El segundo decreto de 23 de enero declaró sin valor todo lo que se opusiera al mismo en la LOPJ y reguló la reposición discrecional para el gobierno de los jueces y magistrados cesantes, de acuerdo con determinados criterios de antigüedad.

En 13 de mayo de 1875 se decreta la renovación de todos los jueces municipales de la península e islas adyacentes.

---

<sup>59</sup> Disposición Transitoria VI LOPJ de 1870: “Se considerará á todos los jueces y magistrados en la categoría que hubiesen llegado á obtener en la carrera judicial. El examen de sus condiciones se limitara: a su conducta moral por actos públicos...etc. La Junta manifestara al gobierno su opinion sobre si concurren en ellos las cirucnstancias necesarias para gozar desde luego de las garantías que esta ley establece.

En 12 de abril de 1876 envió el Gobierno a la Comisión de codificación un proyecto de Ley Orgánica provisional de las Carreras judicial y fiscal, señalando como finalidad del mismo «...el establecer garantías de estabilidad para los funcionarios de Justicia, 'sin que la inamovilidad degenera en irresponsabilidad ni en impunidad', y cuyas bases somete al estudio y consideración de la Comisión» El presidente de la Sección primera justificó el proyecto «en la necesidad que tienen los Ministros de normas claras para los nombramientos judiciales, bastante complicados por la fragmentaria legislación vigente, máxime después del Decreto de 23 de enero de 1875 ...Los restantes Vocales se mostraron favorables siempre que se regulara por un reglamento que se reservase al Gobierno depurar la moralidad y otras dotes necesarias en los aspirantes, que deben ser sometidos después de su aprobación a un rígido noviciado para poder ser nombrado funcionarios'»

La discusión parlamentaria, en 22 de mayo de 1878, de los propuestos arts.74 a 77 de la nueva Constitución, comenzando por el 74: "La justicia se administra por el Poder judicial en nombre del Rey"<sup>60</sup> suscitaron un debate de interés para mejor entender la idea vigente en ese momento de la Justicia<sup>61</sup>.

ALVAREZ BUGALLAL, miembro de la comisión y Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, se opuso reiteradamente al empleo del término Poder judicial en el art.74, en cuanto supondría la existencia de más de un poder ("administrar la justicia en nombre de un Poder por otro Poder, es una implicación de Poderes" -p.1636-, agregando en respuesta a ULLOA -p.1652- que no es concebible "el Poder en plural; podrán dividirse sus funciones delegándolas, pero el Poder es uno; y si frente al Poder público se levantaran otros Poderes, no habría más que perturbaciones...De tal manera es exacto, que la escuela que consideraba el orden judicial como Poder, buscaba su organización dentro de sí mismo, sin tomar participación el Poder público, que consignaba el principio de que á la magistratura correspondía la elección de sus miembros y sus ascensos. La lógica entraña esta clase de consecuencias; el día que el orden judicial sea verdadero Poder, tendrá que buscar en su propio seno su constitución, su renovación, sus ascensos...").

Seguidamente fue debatida la enmienda de RUIZ CAPDEPON al art.77 del proyecto de Constitución, y que fue rechazada, en la que postulaba suprimir

<sup>60</sup> Como se sabe, la redacción aprobada del art.74 de la Constitución de la Monarquía española de 30 de junio de 1876, fue: "La Justicia se administra en nombre del Rey". y la del art.77: "Una ley especial determinará los casos en que haya de exigirse autorización previa para procesar, ante los tribunales ordinarios, á las autoridades y sus agentes" (enmendando el proyecto: "No será necesaria la prévia autorizacion para procesar ante los tribunales ordinarios á los funcionarios públicos, cualquiera que sea el delito que cometieren").

<sup>61</sup> DSSCC, núm.66 de 22 de mayo de 1876, esp.pp.1636 y ss.



la autorización previa administrativa para procesar manifestando: "...Yo con-vengo en que el Poder es uno; pero este Poder se manifiesta bajo formas distintas...desde el momento en que a la Administración le concedéis la facultad de entrometerse en los actos de un tribunal de justicia, de juzgar dentro de ese tribunal, y hasta de declarar sobre el fondo de lo que se trata en los sumarios instruidos por el mismo tribunal, aparece una invasión de un Poder dentro de otro Poder; aparece un privilegio en favor de la Administración y un perjuicio en contra de los tribunales de justicia...la Administración, al decidir si procede o no el procesamiento de un funcionario público no solo detiene las funciones del Poder judicial en este caso, sino que invade sus atribuciones; penetra, puede decirse en el corazón del asunto, y viene á dictar una sentencia que significa la culpabilidad ó inculpabilidad del funcionario público..."<sup>62</sup>.

SILVELA, defendiendo el mantenimiento de la autorización administrativa para procesar a las autoridades y sus agentes dijo "...el día que el Poder judicial esté perfectamente establecido, y que las condiciones de su inamovilidad estén armonizadas con las condiciones que debe tener; ...el día en que sin contradicción estén marcados los límites, y tenga fijadas las condiciones necesarias el Poder judicial para que sea respetado de todo el mundo en su organización, en su personal, en sus facultades propias; el día que esto suceda, podrá pensarse seriamente en privar de toda garantía al Poder administrativo frente á frente del Poder judicial...¿no le parece...que es de alguna prudencia conservar...la garantía de la autorización para procesar á determinados funcionarios, evitándose así conflictos que ya se han conocido en la práctica, por no estar el Poder judicial perfectamente organizado todavía, y no tener concretadas en la práctica todas sus funciones de imparcialidad y de independencia, y por no estar completamente aislado de todo género de pasiones pequeñas..."<sup>63</sup>.

Al socaire del debate de las enmiendas al art.80 de GARCIA CAMBA y de ULLOA, se suscitó la inamovilidad judicial, manteniéndose por GARCIA CAMBA su imprescindible consideración y el peligro de supeditar la de la magistratura del momento a una ley aún por hacer, proponiendo que sólo pudieren ser separados, trasladados, etc., por las causas establecidas en la ley orgánica. Seguidamente ALVAREZ BUGALL recordó su afirmación constante en el siglo, seguida de "separaciones en masa, y (que) á las separaciones en masa han sucedido los conatos de inamovilidad, heridos de un vicio capital, cual es el de querer declarar inamovibles á magistraturas de partido recientemente creadas. Mientras no llegue un período en el cual los partidos, manteniendo la obra de sus adversarios y tomándola como punto de partida para la

---

<sup>62</sup> DSSCC, cit., p.1638

<sup>63</sup> DSSCC, núm.66 cit., p.1641.

organización del Poder judicial respeten, no las hechuras de sus adversarios, porque en el orden judicial no las debe haber, *sino los que cada agrupacion política coloca en esos puestos*; mientras que eso no suceda...renuncien...á que sea un hecho la inamovilidad judicial<sup>64</sup>

Sin levantar mano se procede al debate de la enmienda al art.80 del diputado ULLOA. Mantiene que el judicial es un Poder independiente (“garantía de la libertad política”) y que por tanto “el juez debe ser respetado en su cargo (y) no debe haber Poder ninguno bastante fuerte para lanzarle de él...a condición de que juez y magistrado se conduzcan bien..., principio fundamental, no solo del pueblo inglés, sino tambien del de los Estados Unidos,....*quandiu se bene gesserint*,...Yo quiero que la magistratura sea inamovible; pero quiero tambien que sea responsable...principio necesario para la independencia judicial (es) el de asegurar á los magistrados y jueces de los rigores y amenazas del Poder ejecutivo...”; pero también es menester para este Diputado ponerle al abrigo de los halagos y la seducción. Propone para sustraerle a la influencia del ejecutivo el sistema de oposición para el ingreso en la carrera, el ascenso por antigüedad y la realización de los escalafones con dictamen vinculante del Tribunal Supremo<sup>65</sup>. La respuesta de MARTIN DE HERRERA, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia, es profundamente reveladora. Tras coincidir en que es indispensable la inamovilidad judicial, advierte que se precisa una buena ley orgánica que arregle el ingreso y los ascensos porque “... no se puede estar seguro de que la merecen aquellos que no han ingresado y ascendido con sujecion á reglas de justicia, *de razon y de conveniencia social*”<sup>66</sup>. Requiere tambien la inamovilidad judicial...que haya á su lado un sistema de correcciones disciplinarias, severas...para conseguir que no sean inamovibles...sino mientras merezcan serlo...para esto considero indispensable que al lado de la inamovilidad judicial, además de una ley de ingreso por oposicion y ascensos, haya un conjunto de reglas severas de correccion disciplinaria...(respondiendo a la enmienda para acoger en la Constitución la inamovilidad judicial)... no se puede establecer la inamovilidad judicial en la Constitución diciendo sencillamente, como la mayor parte de los Códigos políticos han dicho, que los jueces y magistrados no podrán ser separados sino por justa causa declarada en sentencia ejecutoria; y no basta, porque no puede haber sentencia ejecutoria de los Tribunales sino por hechos procesables, *y hay otros hechos que sin constituir delito empañan el brillo de la toga, afectan á la honra del magistrado, arguyen su incapacidad ó su falta de moralidad*, y esos hechos deben caer bajo un sistema de correcciones disciplinarias, ya de destitucion, ya de separacion, ya de suspension, ya de traslacion...(a continuación afirma que pese a su acogida en las Leyes Fun-

<sup>64</sup> DSSCC, núm.66, 22 de mayo 1876, p.1646. Naturalmente el subrayado es mio.

<sup>65</sup> ULLOA, DSSCC, cit., pp.1648-1650.

<sup>66</sup> El subrayado es mío.

damentales precedentes sólo desde la de 1869 fue real, al aceptar) "...la traslación y la suspensión fuera de la comisión de delitos de hechos procesables...Ponía la garantía de que además de que pudiesen ser separados los jueces y magistrados por causa de delito, pudieran serlo igualmente siempre que la separación se acordase en Consejo de Ministros con audiencia del Consejo de Estado...(seguidamente defiende junto a la oposición el acceso a la cuarta parte de vacantes en Audiencias y Tribunal Supremo según previeron la Constitución de 1869 y la LOPJ de 1870<sup>67</sup> como también que la oposición no debe otorgar automáticamente la inamovilidad, requiriendo)...una especie de noviciado, durante el cual se les observe si han adquirido la práctica necesaria...y mejor aún sería que el ingreso se hiciera por la carrera fiscal, cuyas analogías con la judicial son tan grandes, habiendo la ventaja de que siendo los funcionarios de la carrera fiscal de libre elección y separación del Gobierno, podría observarse si los que ingresasen en ella merecían ó no al cabo de cierto tiempo, por sus especiales condiciones, pasar á la carrera judicial"<sup>68 69</sup>

Los debates parlamentarios de las cortes constituyentes, de la sesión de 22 de mayo de 1876<sup>70</sup> en que se discutió el Tit.9º "De la administración de justicia", permiten apuntar:

- Que prevalece el entendimiento de la división de poderes como fruto de "una abstracción constitucional...(pero)...en realidad no hay más que uno" (ALVAREZ BUGALLAL, cit., p.1636), lo que es meramente matizado por RUIZ CAPDEPON al admitir que el Poder público es uno aunque con "diversas atribuciones, y siquiera por esa diversidad de atribuciones, siquiera por esa forma distinta con que se manifiesta, ha sido dividido en este país, como en casi todos los países, en Poder legislativo, Poder ejecutivo y Poder judicial"<sup>71</sup>; sí es contradicha aquella noción por ULLOA para quien

---

<sup>67</sup> Vid.así los arts.179 y concordantes de la LOPJ de 1870 y arts.95 y ss Constitución de 1869.

<sup>68</sup> MARTIN DE HERRERA, DSSCC, núm. 66 cit., pp.1650 y 1651. El subrayado es mío.

<sup>69</sup> La rectificación de ULLOA, a mi juicio no muy coherente y excesivamente conformista, se ciñe a su adhesión a las palabras de Martín de Herrera, disintiendo en la oposición como único medio de ingreso en la carrera; sobre la especie de noviciado que propone éste, aunque desconociendo en qué país puede existir, dice que es una cuestión accidental subsumible en la oposición haciendo que ésta sea también práctica.

<sup>70</sup> DSSCC, núm.66 cit., esp.pp.1636 y ss., Apéndice primero a ese núm.66 comprensivo de la enmienda de ULLOA al art.80: "Los magistrados y jueces serán inamovibles y no podrán ser depuestos, suspendidos ni trasladados sino en los casos y en la forma que prescriba la ley orgánica de tribunales".

<sup>71</sup> Nótese que casi inmediatamente al oponerse a la autorización administrativa para procesar habla de "una invasión de un Poder dentro de otro Poder" (DSSCC, cit, p.1638).

“...la administracion de justicia es un Poder independiente”<sup>72</sup>. Se entiende así la rúbrica del Tit.IX aprobado “De la administración de justicia” ignorando la tradicional “Del Poder Judicial” propuesta por LINARES.

- Que la Justicia no debe interferirse en la Administración al menos mientras no esté perfectamente organizada, debiendo requerirse la autorización de ésta para procesar a determinadas autoridades y a sus agentes.
- Que, admitida la garantía de la inamovilidad, era imprescindible para su real mantenimiento asegurar la bondad de la magistratura beneficiada. Reproduciendo en esencia lo defendido en las Cortes constituyentes de 1869 se postula la oposición como vía de acceso junto a un cuarto turno. En modo alguno se limita a los propios órganos jurisdiccionales el control del ingreso, ascenso, traslados, responsabilidad, etc., restaurándose el intervencionismo del ejecutivo.

Concreción de la política judicial transcrita en las constituyentes fue el proyecto de ley sobre bases para la organización de los tribunales que el Ministro de Gracia y Justicia presentó a las Cortes en 17 de mayo de 1880, afirmando en él la necesidad de reorganizar los tribunales, incumplida por la imposible aplicación de la Ley de 1870 algunas de cuyas disposiciones habían sido ya prácticamente suspendidas ya modificadas<sup>73</sup>. En pretendido acatamiento del art.80 de la Constitución, que establecía y consagraba el principio de la inamovilidad para los magistrados y jueces, mantuvo: «...principio cuyo desenvolvimiento no se ha organizado de manera que responda sin peligros á su elevado espíritu y asegure como resultado la independencia de la magistratura, que necesita aparecer ante la opinion imparcialmente depurada de toda sombra de defecto...prometiéndose conciliar el derecho que el magistrado y el juez dignos tienen á ser siempre respetados en su puesto, con el deber que á todo Gobierno incumbe, en bien de la administracion de justicia, de no permitir que la inamovilidad se convierta en escudo de malos funcionarios». De este modo, la base octava fue redactada del modo siguiente: «Reconocer á los actuales magistrados y jueces la inamovilidad que les

<sup>72</sup> DSSCC, núm. 66 cit, p.1647, en la p.1649 continúa diciendo ULLOA: “... si en nombre del rey se administra la justicia, la verdad es que no la administra el Rey, que tiene dada en todos los países modernos una delegacion perpétua á los tribunales de justicia, los cuales bajo este punto de vista constituyen un Poder independiente de la Monarquía...Lo que constituye la independencia de un poder, es lo siguiente: la potestad que tiene una institución cualquiera para realizar su fin social sin ingerencia de otro poder extraño...”. Cfr.mi concepción, irrelevante aquí y ahora, expuesta en PEDRAZ PENALVA, “De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano”, “De la jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu” y “Sobre el «poder» judicial y la ley orgánica del poder judicial”, cits, todos ellos en *Constitución, Jurisdicción y proceso*, pp.43 y ss, 9 y ss y 141 y ss.

<sup>73</sup> Publicado este proyecto de ley en el DIARIO DE LAS SESIONES DE CORTES, Congreso de los Diputados, apéndice segundo al núm.168.

otorga el art.80 de la Constitución, pero regulándola por medio de las disposiciones convenientes, a fin de que, si bien no puedan ser destituidos, suspensos, trasladados ni jubilados, sino en los casos y con las condiciones que la ley determine, no continúen al amparo de ella los que no merezcan disfru-tarla; organizando al efecto, con las debidas garantías de acierto, la inspeccion constante y eficaz de todo el servicio judicial».

Se profundiza tal orientación en la Ley adicional a la orgánica de 14 de octubre de 1882 (subsanción de errores en 18 de noviembre) que fija las condiciones para ingresar y ascender en la Judicatura, Magistratura y Ministerio Fiscal<sup>74</sup>, amén de establecer Tribunales colegiados para enjuiciar y así decidir en los procesos por delito<sup>75</sup>. Con ella el Gobierno podía nombrar a quienes le pluguiera a través del cuarto turno pero también en los restantes «turnos» en los que se le permitía elegir de entre los de la carrera a los que, habiendo desempeñado su cargo durante dos años, ocuparan la mitad superior del escalafon; agrégase a todo esto el control de las oposiciones al Cuerpo de aspirantes a la judicatura -habida cuenta la composición de la Junta de calificación-, como además el que podía cubrir determinados puestos -de presidente ó fiscal de Audiencia de lo Criminal, magistrado de Audiencia territorial ó juez de Madrid, presidente de Sala de Audiencia Territorial de fuera de Madrid ó fiscal de Audiencia territorial (arts.44 y 45); - sin sujetarse ni siquiera a los turnos previstos en los arts.40 y ss de la Ley adicional, llegándose a prescribir en el art.46 que : “Las presidencias de las Audiencias territoriales, á excepcion de la de Madrid, y las presidencias de sala de la de Madrid se proveerán por elección libre del Gobierno”.

El descontento existente en algunos sectores parlamentarios sobre la situación de la Justicia, especialmente en los republicanos es de nuevo expresivo de sus discrepancias; verbigracia, en la sesión de 23 de mayo de 1882, por el republicano MORENO RODRÍGUEZ se reiteran las críticas contra la *domesticación* de la judicatura, denunciando “...la manera discrecional y arbitraria

---

<sup>74</sup> Esta Ley Adicional a la LOPJ tenía sentido, entre otras razones, por la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 14 de septiembre de 1882, disponiendo su art.1º “Para conocer en única instancia y en juicio oral y público de las causas por delitos que se cometan en la Península é islas adyacentes, se establecen 95 Tribunales colegiados que residirán y ejercerán su jurisdicción en los pueblos y territorios que determina el siguiente cuadro...”. De las 15 Salas de lo criminal de las Audiencias territoriales y 80 de las de las Audiencias provinciales, se ordenó la supresión de 20 de estas últimas por el art.25 de la ley de presupuestos de 29.6.1890, pero tal reducción no se llevó a cabo hasta el 16 de julio de 1892 ( en virtud del art.35 de la ley de presupuestos de 1892) en que se suprimieron las 46 Audiencias que no radicaban en capitales de provincia.

<sup>75</sup> Convendría plantearse si la solución colegial en la decisión de los juicios penales no es respuesta al dilema juez unipersonal u órgano colegiado que en 1872 formuló BARREDA, recogido en la cita 26 de este trabajo.

como todos los partidos, á excepción del nuestro, la han nombrado, trasladado, ascendido y depuesto; el principio, audazmente sentado por la Restauracion, de que la magistratura es funcion reservada a los afiliados del partido dominante; la exigüidad angustiosa de los sueldos, que la coloca entre la miseria y el cohecho; el triste ejemplo de los ascensos inmerecidos é instantáneos, contrastando con estancamientos eternos; el tristísimo espectáculo del continuo mudar de jueces y magistrados, al compás de las pasiones y de los intereses contrapuestos de los caciques en auge; la participacion que a la judicatura se ha impuesto en todo el linaje de arterias electorales; la caída desde las altas funciones de Poder del Estado a las funciones subordinadas de una rama flexible del poder ministerial; todo esto ha sido parte para que la confianza general haya venido decayendo, a punto de anularse casi por completo<sup>76</sup>

Estimo muy ilustrativas las palabras pronunciadas en las Cortes, en 17 de marzo de 1883, por Alonso Martinez: «Yo tengo el convencimiento de que la inamovilidad judicial no se implanta en un país con sólo escribirla en la portada de la Constitución. Escrita está en todas nuestras Constituciones, pero no se ha observado jamás. A la inamovilidad judicial se llegará por los hechos, por los precedentes, por el ejemplo que vayan dando los partidos que estén en el poder, y se llegará, sucesiva y progresivamente, no de golpe. Yo creo que este Gobierno ó el partido dominante tendrá el derecho de exigir á cualquier otro partido que le suceda que le imite en su conducta respecto de la judicatura y la magistratura. A la raíz de un cambio radical ha respetado á todos los que estaban en sus puestos. Dos años lleva en ese banco, y en este tiempo, que yo sepa (de mí estoy seguro), no ha decretado una sola cesantía, ni siquiera una traslacion de magistrados, como no haya sido á instancia suya ó por causa perfectamente legal<sup>77</sup>.

Pero la indeterminación orgánica e inseguridad personal judicial sigue, como es comprobable con las disposiciones siguientes: - RD 6.2.1888, por el que se crea una Junta encargada de proponer el desarrollo que haya de darse á las bases para la organizacion de Tribunales, é informar sobre la aptitud de los individuos que ingresen en la carrera judicial y en la fiscal de la Península ó vuelvan á ella.

Merece la pena apuntar que tal Junta se instaura para preparar urgentemente cuantos elementos deban aportar á esta ley (ley que por cierto, en el momento de la publicación de este RD estaba en discusión en el Congreso, y

---

<sup>76</sup> DSSC (Diario de las sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados), núm.133, de 23 de mayo de 1882, p.3678.

<sup>77</sup> DSSC, sesión de 17 de marzo de 1883, pp.1525-6

que como es sabido no llegó nunca a promulgarse puesto que hasta la L.6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, ha permanecido en vigor la de 1870).

En su art.1º. Se crea una Junta compuesta del Presidente del Tribunal Supremo, de un Presidente de Sala, del Fiscal y de dos Magistrados del mismo Tribunal, del Subsecretario del Ministerio de Gracia y Justicia y del Decano del Colegio de Abogados de esta Corte, con las atribuciones siguientes<sup>78</sup>...Segunda. Informar al Ministro de Gracia y Justicia acerca de las condiciones de aptitud legal, científica y moral de cuantos individuos ingresen en la carrera judicial y en la fiscal de la Península, ó vuelvan á ellas. Tercera. Examinar los expedientes de los funcionarios actuales de la administracion de justicia y del Ministerio fiscal en las Audiencias y Juzgados, exponiendo en su vista, y en la de cuantas noticias adquiriera, lo que considere procedente.

Art.2º.La Junta podrá pedir á todas las Autoridades, Corporaciones y funcionarios del Estado, y con carácter público ó reservado, los datos ó informes que aconseje el mas acertado desempeño de su cargo».

- RD.24.9.1889, dictando reglas sobre la inamovilidad judicial. Comienza diciendo esta disposición: «Señora: las garantías de inamovilidad consignadas en la ley orgánica del Poder judicial amparan tan sólo á los funcionarios que ingresaron en la carrera mediante oposición, con lo que más de las cuatro quintas partes de nuestros Jueces y Magistrados pueden ser destituidos, suspensos y trasladados sin alegación siquiera de causa. Y si á esto se añade que los ascensos en los turnos segundo, tercero y cuarto permiten, sin justificacion pública ni informaciones previas, disponer con la elevacion rápida ó la postergacion constante del porvenir de los funcionarios, bien se alcanza el fundamento de tantas quejas como sin éxito vienen produciéndose en el Parlamento y en la prensa...No defiende, Señora, el Ministro que suscribe el principio absoluto de antigüedad, sobre todo por tratarse de un personal heterogéneo á causa de sus variadas procedencias: no ignora que la inamovilidad absoluta puede sancionar á veces la más inicua de las tiranías, rebajando al par toda disciplina judicial...la inamovilidad de todos los Jueces y Magistrados mientras una nueva ley no pronuncie la última palabra acerca de los que ingresaron sin oposición, serían expansiones peligrosas de un romanticismo pasado de moda si el organismo judicial careciese de aquellas energías necesarias para servir de freno á las injusticias de arriba y á las iniquidades de abajo...

Art.1º.Mientras que una nueva ley no establezca definitivamente las garantías de la inamovilidad judicial y determine las condiciones que para gozar de

---

<sup>78</sup> Estimo innecesario, como en los muchos de los textos citados, apostilla alguna. Resalta claramente que es el ejecutivo el que en último extremo controla tal Junta.

ella han de reunir los funcionarios que no ingresaron en la carrera mediante oposición, ningún Juez o Magistrado podrá ser declarado cesante ni suspenso, sino por las causas y con los requisitos establecidos en la vigente ley orgánica del Poder judicial de 15 de septiembre de 1870.

Art.10º. Las disposiciones sobre inamovilidad de los funcionarios de la carrera judicial contenidas en los precedentes artículos se aplicarán desde la publicación del presente decreto, sin perjuicio del resultado que ofrezca el informe de la Junta calificadora del Poder judicial, que continuará con toda actividad el examen de los expedientes personales á que se refiere la regla 3ª, art.1º del Real Decreto de 6 de febrero de 1888".

Respetando la orgánica judicial básicamente debatida, respecto a cuyos integrantes se discutía la inamovilidad, soy consciente del coyuntural olvido de otros órganos, jurisdiccionales por obra de la LOPJ de 1870 que en sus arts.12, 31, 32, 65 a 73, 96, 97, 109 a 116 y ss, 121, 122, 147 a 164, 206, 212, 270, 273.4º y 5º, 276.3º, 300, 301, 306, 352.1º, 358, 359, 364, 366, 368, 461 a 472, 632, 635, 636, 748, entre otros, los acoge expresamente. Quizá sea explicable su escaso tratamiento por la asunción de algunas de sus tareas hasta la LOPJ por los Alcaldes –con el breve interregno del bienio liberal en que se escindieron Alcaldes y Jueces de Paz con esenciales tareas conciliadoras<sup>79</sup> -, pese a que desde esa LOPJ hayan ostentado cualitativa y cuantitativamente una significativa competencia objetiva, como también por el hecho de su nombramiento temporal (bianualmente art.31 LOPJ) por los Presidentes de Audiencias y la posibilidad de que pudieren desempeñar el cargo personas que no reunían la condición de letrados<sup>80</sup>.

La cuestionada y condicionada inamovilidad judicial que reflejan el conjunto de normas citadas se inserta en un Estado en cambio, permitiendo reiterar el íntimo nexo entre constitucionalización del Estado y consolidación orgánica de la Justicia. Tan inestable e instrumentalizada Justicia es lógico que provoque, en los ciudadanos en general y en los diferentes grupos con variable posición en el aparato del Estado en particular, un fundado recelo hacia ella

<sup>79</sup> Sobre los Jueces de Paz, vid.DAMIAN MORENO, Juan, *Los Jueces de Paz. Antecedentes históricos y perspectivas actuales*, UNED, Madrid, 1987, COBOS DAVILA, Rosa, *El Juez de Paz en la ordenación jurisdiccional española*, Madrid, 1989, además *Il giudice di pace*, Il dibattito attuale e le iniziative di legge a cura di Raffaello Sestini, con diversos trabajos de CHIARLONI, BORRÈ, PIVETTI, ROSSI, SMURAGLIA, GROSSO, PIGNATELLI, PORCELLA, TARUFFO, PROTO PISANI, MANNUZZU, en *Materiali e atti*, 14, suplemento al numero 3 maggio-giugno 1989 di *Democrazia e diritto*.

<sup>80</sup> Los arts.121 y 122 LOPJ de 1870 prevenían que los jueces municipales y sus suplentes, además de las exigencias del art.109, habrían de saber leer y escribir, y donde hubiere letrados serán preferidos á los que no lo fueren, á no mediar motivos que aconsejen lo contrario.



que explicaría la búsqueda de mecanismos de control tanto del Ministerio Fiscal de turno como del órgano juzgador; es decir, las dudas sobre la falta de objetividad que resultaba más temida en determinados asuntos criminalmente enjuiciables, apoyarían un complemento ciudadano, al menos de los grupos sociales más susceptibles de verse afectados por la impunidad, falta de celo o excesivo rigor en la persecución y castigo de determinadas conductas u omisiones. ¿Resulta pues tan extraña tanto la pervivencia en España del viejo instituto de la acusación popular como las vicisitudes sufridas por el Tribunal del Jurado<sup>81</sup>?

## II. La participación popular en la acusación por delitos públicos<sup>82</sup>

1. Diacrónica y diatópicamente son observables múltiples y variadas soluciones a los inconvenientes de un sistema regido por un monopolio acusatorio estatal. Todos los Ordenamientos Jurídicos se vienen dotando de mecanismos de verificación de las decisiones que adopta el MF, bien a través de un control interno de la propia fiscalía (sujeción *in abstracto* a la legalidad, sometimiento a unos criterios más o menos detallados, más o menos rígidos, más o menos explícitos), bien por medio de mecanismos de carácter externo en los que adquieren un papel relevante la intervención de particulares, al menos teóricamente también la de los medios de comunicación y, en todo caso la del Parlamento, en especial en determinados países<sup>83</sup>.

Centrándome en el papel ciudadano activo destacaré que el mismo es muestra de un constante y extendido de garantizar la correcta utilización del poder estatal de acusación, ligado a su entendimiento como vía para compensar tanto su falta de ejercicio como un uso discriminatorio o defectuoso del *ius perseguendi*. En verdad, la vigencia del ejercicio ciudadano de la acusación

---

<sup>81</sup> Sobre ellas consúltese a ALEJANDRE GARCIA, J.A., *La Justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: Los Tribunales de Jurados*, Madrid, 1981, *passim*.

<sup>82</sup> Para este apartado consúltese el amplio, muy completo y reciente trabajo de PEREZ GIL, Julio, *La acusación popular*, Granada, 1998, que hemos tenido presente en todo su desarrollo al tratar de la acusación popular.

<sup>83</sup> Así lo destaca, entre otros controles externos ajenos al reconocimiento de facultades acusatorias a los particulares, el parlamentario de la responsabilidad política del Ministro al que se adscribiere el MF. Vid. JOUTSEN, en WILLIAMS, J.E., *The role of the prosecutor*, Londres 1987, pp. 82 y ss., Es también importante, según HETHERINGTON, T., *Prosecution and the Public Interest*, Waterlow, London, 1989, p. 162 para el respeto social y así eficacia del CPS, la tarea difusora por él emprendida de los criterios determinantes de sus actuaciones en cada caso, anualmente aprobados que se presentan ante el Legislativo (art.9 POA) dados a conocer a la población en un lenguaje sencillo, que no empecen el uso de otros medios permisivos que en cuanto posibilitadores de una legal actuación del CPS quitarían sentido a la acusación privada (HETHERINGTON, cit.p.204)

en sede criminal supuso, y en España aún se sigue afirmando así por un sector doctrinal, un singular modo participativo popular en la Justicia con plurales significados, objetivos y consecuencias, lo que en diverso grado, según su distinta intensidad, es predicable de los demás países que examinaré y en los que prácticamente es desconocida la acusación “quivis ex populo”.

En esencia viene entendiéndose mayoritariamente en España la acusación popular como expresión del derecho público subjetivo a la Jurisdicción, y como tal prevalente, no susceptible de limitación sino a través de ley y con sometimiento al imperativo de proporcionalidad<sup>84</sup>; asimismo es visto como cauce de control popular de la Justicia, favorecedor de su legitimación democrática, al aportar la sensibilidad social ciudadana en la persecución de determinadas infracciones delictivas.

Nótese cómo, en un “totum revolutum”, se configura erróneamente como “derecho público subjetivo”; cómo que subyace la creencia de que el sistema de acusación por el órgano público institucionalizado será insuficiente y/o no objetivo en la ineludible persecución, con todos los medios, de esas infracciones consideradas especialmente ofensivas para la comunidad; cómo la participación ciudadana permitirá una aplicación histórica, es decir, de consuno con la sensibilidad social del momento, lo que sugiere que Fiscal y Juez están a espaldas de la realidad y/o que lo está la ley por la que han de regirse, etc. El propio TC ha contribuido decisivamente<sup>85</sup>, a la confusa lectura de ese texto del art.125 CE<sup>86</sup>. Huyendo de un exhaustivo estudio jurisprudencial, apuntaré

---

<sup>84</sup> Sobre el principio de proporcionalidad vid. PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, y “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, ambos en mi libro citado *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, pp.313 y ss y 277 y ss.

<sup>85</sup> Entre otras hipótesis acreditativas de mi aseveración, y prescindiendo de *orientaciones generales* como la de fundir en el derecho a la jurisdicción el de al debido proceso (STC 24/1981 de 14 de julio, FJ 3, 133/1988 de 4 de julio FJ 1), pueden verse la STC 110/1989 de 8 de junio, en la que entendió el TC, en su “lectura” del art.240 LOPJ, que la sentencia definitiva no es la que pone fin a la instancia sino aquélla que ha sido definitivamente ejecutada; STC 185/1990 de 15 de noviembre y 130/1992 de 20 de septiembre, en las que pulveriza conceptualmente la configuración del “Recurso” de revisión “sustituyéndolo” por el de amparo, a tenor siempre del art.240 LOPJ; en otros órdenes jurisdiccionales pensemos en sus afirmaciones reiteradas de que el proceso busca la “verdad material”, (STC 93/1996 de 21 de junio), de la existencia en el proceso penal de la “prueba preconstituída” y su diferencia con la “anticipada”, de que el juez de instrucción está dotado de la suficiente independencia para generar actos de prueba, etc., *perlas* ya destacadas por mí en el trabajo “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituída”, en *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1998, pp.13 y ss, en esp.pp.53-54 nota 88.

<sup>86</sup> Art.125 CE “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”

que el TC ha entendido la acusación popular: a) como derecho a promover la actividad jurisdiccional, es decir como un “ius ut procedatur” (entre otras muchas, SSTC 111/1995 de 4 de julio, 199/1996 de 3 de diciembre), b) reconduciéndola al art.24.1 CE identificando “...el derecho procesal en que la acción pública o popular consiste con los derechos o intereses legítimos de carácter sustantivo para los que, en el entendimiento común, se garantiza la tutela judicial efectiva”( STC 147/1985 de 29 de octubre), y, c) que la acusación popular que comporta el desempeño privado de la función pública de acusar, no es identificable sin más con el derecho del art.24.1 CE, siendo el del art.125 un derecho específico y distinto que permite el acceso al proceso de los ciudadanos que no tiene alcance universal y sí restricciones ya que “...por una parte, se trata de un derecho de configuración legal y por otra, dentro del ámbito que la ley le otorgue, no puede negársele algún modo de acceso al proceso de amparo, no limitado a los citados supuestos de arbitrariedad en su tutela judicial”; es desde aquí desde donde se llega por la STC 50/1998 a exigir que la defensa del interés común sirva a un interés legítimo y personal reconocible como interés subjetivo.

Consagraré un pequeño espacio a la STC 50/1998 de 2 de marzo que, siguiendo a las SSTC 34/1994,, 160/1997, etc., se autoproclama en el FJ3 como conciliadora en los dos caminos de reconocimiento de acceso al amparo constitucional con fundamento en que es una institución constitucionalmente reconocida que supone el “desempeño privado de la función pública de acusar”.

La STC 50/1998 califica (FJ 2) al “derecho a mostrarse parte en un proceso penal mediante el ejercicio de la acción popular, (de) manifestación de la participación ciudadana en la Administración de Justicia...”. En sus FFJJ 3 y 4 examina si es incardinable en el art.24.1 CE, en su manifestación de acceso a la jurisdicción, manteniendo que no ha sido unívoca la respuesta del TC. De este modo la Sentencia 62/1983 mantuvo que podía constituir derecho de acceso a la jurisdicción ex art.24.1 CE pero exigiendo al ciudadano que la ejercite la titularidad de “un interés legítimo y personal”; por contra en la STC 147/1985 se partía -dice la STC 50/1998- de que la acción popular puede ser objeto o fin de la tutela dispensada mediante el recurso de amparo “no como manifestación del derecho de acceder a la jurisdicción sino como uno más de los derechos o intereses legítimos que deben ser tutelados por los Jueces y tribunales; sería pues un derecho para el cual el ciudadano puede recabar la tutela judicial efectiva que ahora ya como derecho fundamental garantiza el art.24.1 CE; considerándolo, pues como un derecho de naturaleza procesal «entre los derechos e intereses legítimos para los que, como un derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva ». De suerte, sigue la STC 50/1998, que, al considerarlo como un derecho subjetivo más, tendría el de su derecho a la tutela por la jurisdicción ordinaria que única-

mente le abriría el acceso al amparo por vulneración del art.24.1 en los casos de manifiesta arbitrariedad o error patente. En su FJ4 la STC 50/1998 proclama, tras defender con la STC 34/1994 la diferencia entre acusación popular y particular, que no existe duda acerca de que ambas integran el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, con un fundamento constitucional distinto: el acusador popular tiene una legitimación derivada del art.125 CE y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, mientras que la del acusador particular deriva directamente del 24.1 CE en cuanto que perjudicado por la infracción penal. Según la STC 50/1998 para que el derecho a la acción popular pueda ser protegido también por el art.24.1 CE, *en su dimensión procesal y para que las resoluciones recurridas puedan examinarse desde el canon más favorable que protege el acceso al proceso, es necesario que la defensa del interés común sirva además para sostener un interés legítimo y personal, obviamente más concreto que el requerido para constituirse en acusación particular y que, razonablemente, pueda ser reconocido como tal interés subjetivo. El cual, en muchos casos, podrá resultar del que como bien subjetivo se encuentra subsumido en el interés general que se defiende, siempre que ello sea apreciable y subjetivamente defendible*<sup>87</sup>.

Como broche a las divergentes lecturas del art.125 mantenidas por nuestro TC, aludiré a dos recientes sentencias de ese órgano cuales son la 64/1999 de 26 de abril y 81/1999 de 10 de mayo, ambas concernientes a la aplicabilidad del 125 CE al ámbito judicial militar, que a mi juicio introducen otro criterio dispar.

En la STC 64/1999 FJ 2 tras plantearse la existencia de un imperativo discernible *ex art.24.1 CE*, referido a la necesaria existencia de la acción popular, responde negativamente ante la falta "... de referencia alguna en ese precepto constitucional a dicha concreta acción, sin perjuicio de que, en su caso, pudiera buscarse éste en otro emplazamiento constitucional. Al respecto conviene precisar que una cosa es que una concreta ley dé entrada a la acción popular y que una vez consagrada por la ley la existencia de tal acción pueda relacionarse con el derecho de tutela judicial efectiva, integrarse en su contenido, y beneficiarse de sus medios constitucionales de garantía (recurso de amparo); y otra diferente, que exista un imperativo constitucional en virtud del cual toda ley procesal penal deba dar entrada a dicha acción, como exigencia del contenido esencial del derecho fundamental de tutela judicial efectiva. Es preciso diferenciar, pues, en un plano conceptual entre el problema de la existencia legal de la acción popular y el de su ejercicio una vez existente". En Su FJ3 declara que "la referencia constitucional explícita a la acción popular se encuentra no en el art.24 sino en el 125CE.

---

<sup>87</sup> El subrayado es mío y el texto es literal.

En él, además de consagrarla...se concreta de inmediato su existencia y régimen, remitiendo una y otro a la regulación de la ley (“...en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine...”). Debe observarse pues que el propio título constitucional de la acción popular (art.125 CE) introduce como elemento de su supuesto, el de que sea la ley la que haya de determinar los procesos penales en que deba existir...”. Para el TC en esta Sentencia 64/1999 al igual que en la 81/1999 de 10 de mayo, el problema es mucho más sencillo, declarando que no hay exigencia constitucional derivada del art.24.1 CE sobre el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos y que por obra del art.125 CE sólo es constitucionalmente exigible en sede procesal penal y cuando la ley ordinaria la establezca, *ergo* la ley procesal militar no la prevé por tanto no es exigible.

A mi juicio parecería innecesario apostillar la mezcla/desvirtuación conceptual al uso cuando se habla de la acusación popular. Pensemos en los conceptos de acción como derecho a la tutela judicial efectiva(24.1 CE) y como acción penal (y dentro de ella acción pública, arts.124.1 CE, 435 LOPJ, 3º.4 L.50/1981 EstMF, 101 I y 105 LECrim) y acción popular, arts. 125 CE, 101.II), pretensión, derecho a la tutela judicial, derecho a acusar, interés legítimo y personal en defender intereses comunes, etc., y todo ello en una mezcolanza constitucional, constitucional/procesal y procesal. Creo más sencillo y breve esquematizar lo expuesto por PEREZ GIL en su rigurosa monografía ya aquí citada sobre el tema.

Sobre la afirmada configuración jurídico fundamental unida estrechamente a su inserción, aparentemente matizada, en el art.24.1 CE nos dice ese autor: “El acusador no ofendido ejercita la ‘acción penal’ para posibilitar una resolución jurisdiccional del *ius puniendi* a espaldas de cualquier interés personal que no sea el general en posibilitar la eventual satisfacción del deber estatal de garantizar la solución pacífica de los conflictos. De ahí que incluir su activación por los ciudadanos en el ‘ejercicio de sus derechos e intereses legítimos’ a que se refiere el art.24.1 sería tanto como hablar de un derecho a la tutela jurisdiccional de una facultad procesal conceptualmente derivativa, dirigida a la defensa de un interés que no se puede afirmar propio. Puesto que no parece que fuera esa la voluntad del constituyente, que evidentemente pensaba en la tutela por los Jueces y tribunales de derechos e intereses materiales, la equiparación de éstos al ejercicio de la acusación popular ha de considerarse inaceptable...La tutela jurisdiccional no puede ser invocada en abstracto o para la defensa genérica de un interés no específicamente propio<sup>88</sup>, por lo que negar el acceso a la Jurisdicción penal sólo constituiría vulneración de la tutela judicial efectiva si tal acceso se dirigiera a la conse-

---

<sup>88</sup> Como erróneamente mantuvo la STC 62/1983 de 11 de julio, sentando además una equívoca, peligrosa y reiterativa jurisprudencia.

cución de un fin tuitivo en relación con un interés material legítimo cuya titularidad se habría de afirmar. En el proceso penal la existencia de un derecho propio, personal e individualizable de un sujeto no ofendido debe quedar radicalmente excluida, en la medida en que el objetivo del juicio criminal se dirige a determinar la concurrencia o no de presupuestos necesarios para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional. Afirmar que la titularidad de este interés corresponde a todos y cada uno de los ciudadanos supondría pasar por alto dos hechos: 1) que nos encontramos ante una única e indivisible realidad, cuya defensa es una obligación asumida por el Estado actuando jurisdiccionalmente, y 2) que ni siquiera la facultad procesal reconocida a los no ofendidos que pervive en nuestro ordenamiento tendría sentido desde la objetividad e imparcialidad constitucionalmente asignadas a la tarea procesal desempeñada por el MF, difícilmente predicables del particular e inútiles en su duplicidad...A tenor de lo expuesto entendemos, en contra de la doctrina sustentada por el TC, que la acusación popular no puede ser vista como interés tutelable *per se*, sino sólo como la satisfacción de una exigencia necesaria para activar la defensa del interés público.

La acción popular del proceso penal, que en el siglo pasado iba de lo individual a lo colectivo (un derecho subjetivo de los ciudadanos que contribuye al bien común), debe ser contemplada hoy siguiendo un camino inverso (algunos ciudadanos podrían contribuir a la realización del interés general). No nos encontramos por tanto en el ámbito de las libertades como meta y objetivo de la Constitución, sino en una esfera diferente: la de los criterios de utilidad para la mejor satisfacción del interés público a través de la persecución penal<sup>89</sup>.

No es de recibo pues mantener que la acusación popular integra el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional atendiendo a la diversa *titularidad* (corresponde sólo a los ciudadanos españoles la acusación y no a todas las personas como en el caso de la tutela judicial efectiva, según rezan respectivamente los arts.125 y 24.1 CE), al *fundamento* ( respectivamente arts.125 y 24.1 CE, con lo que estaríamos ante una mera valoración del legislador quien puede optar por reconocerlo en los ámbitos que estime adecuados, mientras que el art.24.1 acoge indudablemente un derecho fundamental con todas las características inherentes al mismo de prevalencia, irrenunciabilidad, expansividad o irradiación<sup>90</sup>, etc.), al *contenido* ("el derecho constitucional de acción existe antes de su ejercicio y su contenido es el de poder provocar una actividad jurisdiccional en relación con una pretensión deducida. Por el contrario la 'acción penal' no reúne las características de un derecho, sino

<sup>89</sup> PEREZ GIL,J., *La acusación popular*, op.,cit., pp.273-275

<sup>90</sup> Así BÖCKENFÖRDE, E-W, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, 1993, pp.110 y ss.,vid.

que designa una actividad, un conjunto de actos que en sí mismos son ya pretensión: la afirmación de los presupuestos necesarios para el enjuiciamiento, objetiva y subjetivamente delimitado, que ha de culminar con una resolución en la que eventualmente se aplicará la norma penal<sup>91</sup> )

A mi juicio la tendencia a defender el sistema de acusación ciudadana, debería sustituirse por la de procurar que Juez y Fiscal disfruten de las exigencias orgánicas y funcionales para actuar independientemente y así sometidos a la ley, como otrosí que ésta, la ley, exprese esa conciencia general, lo que es tarea del legislador y no tarea coyuntural ni general fruto del entender de una minoría ciudadana que considera inadecuada u obsoleta la legislación vigente. Parece además que subyace un anfibológico entendimiento del juez profesional a la vez exégeta/intérprete/creador de la ley, completada su equívoca y complejísima tarea con la reinstauración del caduco jurado popular como expresión parcial (en cuanto visión singular y dado que sólo interviene en muy contadas infracciones) de la "criterología social" exigente de una corrección aplicativa de la ley<sup>92</sup> .

Con mucha brevedad expondré lo que sucede en España, Gran Bretaña, Austria, Alemania, Portugal y Francia<sup>93</sup> .

2. Acusación por delitos públicos en España. En España el MP es el titular de la acusación pública pudiendo coexistir con otras acusaciones: popular y particular.

El sistema procesal penal español permite la coexistencia de la pretensión penal y civil y además que el particular pueda intervenir en sede criminal bien mediante el ejercicio de la acusación, si es víctima u ofendido por el delito, en

<sup>91</sup> PEREZ GIL, cit., pp.273 a 275 y 279-280.

<sup>92</sup> Cfr. Desde muchas y diversas posiciones esa lectura de la actividad jurisdiccional reducida a una estricta aplicación normativa de una ley que ya no es la liberal y por ende ni siquiera teóricamente es "verdadera socialmente", completa, igual a Derecho, etc. Entre casi una multitud de trabajos pueden consultarse los de GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin, 1925., SCHMIDT, E., "La ley y los jueces. Valores positivos y negativos del positivismo", En *Derecho injusto y derecho nulo*, con trabajos de RADBRUCH y WELZEL, Madrid, 1971, TRIEPEL, H., *Derecho Público y política*, Madrid, 1974., BARCELLONA, P., *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, 2ª ed., Napoli 1971., BERMAN, Harold.J., *Law und Revolution. The formation of the Western Legal tradition*, Cambridge, 1983., FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1991, ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, 1995., etc., etc.

<sup>93</sup> Más extensa y profundamente puede verse en PEREZ GIL, J., *La Acusación popular*, cit., Prescindo por su singularidad de lo que sucede en los EEUU de Norteamérica, me remito al trabajo de CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Granada, 1996, passim

calidad de acusador particular (arts.109 y 110 LECrim) deduciendo además la acción civil –salvo renuncia o reserva expresas-; bien en calidad de acusador popular (art.101 II LECrim) si, siendo ciudadano español, no ha sido ofendido por el delito o bien simplemente como actor civil reclamando la restitución de la cosa, la reparación del daño y/o la indemnización de los perjuicios (arts.100 LECrim y 109 a 113 cód.pen.) a resultas del hecho ilícito por el que se procede penalmente.

En estos momentos en que se cuestiona fuertemente la configuración del MF como institución regida por los principios de legalidad, imparcialidad y jerarquía, empieza a discutirse también la subsistencia del sistema de acusación ciudadana simultáneo a una reforma orientada a separar al MF del Ejecutivo a fin de lograr desde su sujeción a la ley su aislamiento respecto a los criterios de oportunidad que rigen la actividad del Ejecutivo. Se mantiene que las teóricas virtudes de la acusación ciudadana, señaladamente de la popular, se desvanecen al enfrentarlas con su aptitud real para interferir en el sistema. Su empleo ha sido mas bien escaso históricamente, pero la trascendencia de los supuestos en los que de manera selectiva e interesada se ha hecho uso de la acusación popular en el pasado y en la mayoría de los en que aflora en la actualidad, la convierte en tema de ineluctable estudio por los procesalistas y meditada consideración por el legislador. Piénsese además que su uso no está realmente al alcance de todos los ciudadanos, sino sólo al de aquéllos legitimados que, sabedores de su existencia y posibilidades, estén dispuestos a realizar, más o menos altruístamente un considerable esfuerzo en tiempo y dinero. Asimismo, como vía de propaganda, que no de publicidad, puede contribuir eventualmente a provocar perniciosas influencias en la imparcialidad del juzgador y crear un caldo de cultivo propicio para los juicios paralelos y la instalación de los sujetos imputados en una simbólica picota. La denominada politización de la Justicia y consecuente judicialización de la política, desvela también la potencialidad de este instituto como arma arrojadiza pseudo política, desvirtuadora de los naturales cauces participativos de reconocimiento y defensa de intereses afirmados como generales. Estas son algunas de las razones de las que se sigue que, hoy en día, la acusación ciudadana carezca del aura de desinteresado desempeño de una actividad en interés público y que constituya también, y desgraciadamente, un instituto que se subordina a permitir el acceso de elementos extraños a un ámbito singularmente sensible política, social e individualmente, como es el de la aplicación del *lus puniendi*.

El abusivo y así fraudulento uso de la acusación popular ha llegado en España a plasmarse en su papel de medio para acceder a actuaciones jurisdiccionales ya para su solapada difusión por determinada prensa ya para obstaculizar las propias investigaciones sumariales con el conocimiento de las mismas en pro de una buscada impunidad o, aún, para hacer valer en este



“foro” concepciones particulares “per se” insuficientes o indiferentes socialmente y también como venganza por determinadas medidas persecutorias sufridas contra aquéllos a los que se estima responsables mediatos o inmediatos de su adopción.

Debo destacar, antes de cerrar este apunte sobre España, que por primera vez se ha implantado la investigación por el MF, al que además se atribuye en exclusiva la iniciativa procesal, en el art. 2.II, la LO 4/1992 de 5 de junio, Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores.

3. Acusación Popular o acusación por el Ministerio Público en Gran Bretaña. La acusación *quivis ex populo* sigue siendo teóricamente el sistema en vigor en el Ordenamiento jurídico inglés, aun a la vista de la profunda reestructuración operada por la Prosecution of Offences Act de 1985. El denominado Crown Prosecution Service (CPS), en la Constitución desde abril de 1986 y básicamente equiparable en sus funciones al MF de cualquier otro país, es el órgano competente para llevar ante los Tribunales las acusaciones por delitos investigados por la policía, lo que le convierte en “el brazo forense” de ésta<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> Aun cuando quepa la posibilidad de que el CPS asuma también la responsabilidad de acusar por delitos no investigados por la policía, dicha tarea - dice PEREZ GIL, p.711 n.95-, permanece en estas hipótesis generalmente en manos de los órganos administrativos en cuyo ámbito sectorial se sitúen las conductas delictivas. En este caso se trata de Departamentos administrativos con potestad para imponer una serie de posibles sanciones alternativas (amonestación, multas, decomiso de bienes, suspensión de licencias, etc.) junto con la de instar la acusación en el proceso penal, la cual utilizan como último resorte para el cumplimiento de las normas de la materia propia de su competencia. Representan así una excepción al principio del sistema inglés de separación entre las funciones de investigación y acusación del delito basada en la particularidad de los delitos de que se trate. Con motivo de la revisión del sistema de acusación en Inglaterra y Gales, las recomendaciones de la ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE se manifestaron en favor de mantener la acusación de agencias gubernamentales justificada por motivos de especialidad y de conocimientos en los diferentes ámbitos. Tal observación fue respetada, por lo que no cabe hablar hoy en Inglaterra de un monopolio de las acusaciones oficiales, en tanto el CPS no es el único órgano oficial encargado de llevar a cabo en nombre de la Corona la persecución de todos los delitos. En la actualidad, esta función viene atribuida principalmente al Serious Fraud Office, creado específicamente por la Criminal Justice Act de 1987 para la represión de los grandes fraudes y que no sólo incluye a juristas sino también a personal cualificado en labores de auditoría, contabilidad, etc. Este organismo cuenta con facultades directivas de la investigación previa, de decisión sobre los imputados y sobre los cargos, de selección del material, preparación del juicio, etc. Junto con el CPS es el único Departamento que existe principalmente para la acusación de los delitos. Ostentan un papel relevante en el mismo sentido, sin que en estos casos la función de acusación sea exclusiva, otras instancias gubernamentales como el Inland Revenue (delitos fiscales o de tráfico de drogas), la Seguridad Social (fraudes en

El ejercicio privado de la acusación aparece en Inglaterra como un derecho fundamental de naturaleza constitucional que, herencia del pasado, vendría a actuar como cortapisa al monopolio acusatorio del Estado frente a la posible inercia, inactividad, arbitrariedad, incompetencia, parcialidad o corrupción de la autoridad pública. Su pervivencia normativa responde, en verdad, a su tradicional lectura como técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía, a diferencia del modelo francés, en el que según apunté al comienzo, desde su preeminente estatismo filosófico, la Constitución y los poderes públicos han de garantizar a los ciudadanos un espacio suficiente para que puedan crear y desarrollar su vida privada.

En la actualidad su vigencia responde más a un intento de conservar un derecho histórico otrora útil para la defensa de intereses privados, que a su efectividad práctica para la tutela del interés general. La garantía que proporcionaría sería la de transformar al ciudadano en último baluarte que habilita y legitima el que se le den facultades discrecionales a la policía y al CPS, posibilitando que quien sienta cercana la ofensa pueda perseguir el delito. Se trata pues de una facultad poco más que simbólica<sup>95</sup>, pero fuertemente

---

esta materia), o diversos Departamentos de comercio e industria, salud, medio ambiente, correos, etc., siempre dentro del ámbito de sus respectivas competencias. Vid. EMMINS, C.J., *A practical approach to Criminal Procedure*, 4ª ed., Londres, 1990, p. 10, Blackstone's on Criminal Procedure, 1993, p. 937. El art. 145.1 de la Customs and Excise Management Act de 1979 prevé también que las infracciones contra ella sólo puedan ser perseguidas por los oficiales encargados de ello.

<sup>95</sup> Así HUBER, B., "The office of the State Prosecutor. It's legal status, function, and control", en *International Review of penal Law*, 1992, 63. En términos porcentuales según la Royal Commission on Criminal Procedure, presidida por C. Philips (*The Investigation and Prosecution of Criminal Offences in England and Wales: the Law and the Procedure*, London 1981, pp. 15 y ss. y 60 y ss., en 1977, únicamente el 27% de las acusaciones no fueron realizadas por la Policía, y de entre las ajenas a la policía sólo el 24% (o sea el 0'7 % del total) correspondieron a particulares. Recoge PEREZ GIL, op.,cit., que en 1981, con motivo del estudio desarrollado al respecto por la llamada "Comisión Philips", se percibió que muchas de las acusaciones privadas eran ejercitadas no por individuos, sino por establecimientos comerciales que empleaban sus propios detectives. También era relativamente frecuente la acusación realizada por organizaciones altruistas tales como las Sociedades de protección de la infancia o de los animales. El resto fueron deducidas por las Administraciones de correos, transportes y protección del Medio Ambiente. En un interesante trabajo realizado también con anterioridad a la existencia de un órgano de acusación público, citado por PEREZ GIL, de LIDSTONE, K. W. / HOGG, R. / SUTCLIFFE, F. in collaboration with A.E. Bottoms and Monica A. Walker, *Prosecutions by private individuals and non police agencies*, London 1980, se demuestra la vinculación entre los criterios de persecución públicos y la utilización de la acusación privada. Así, por ejemplo, es significativo que todas las acusaciones privadas por robo en Londres se produjeran en los Tribunales sitos en la zona de competencia de la Metropolitan Police, cuya política se orientaba en el sentido de que fueran los dueños de las tiendas los que se ocuparan de la acusación de los robos de éstas (p. 99). El incremento en la

arraigada en la conciencia constitucional del país y defendida a ultranza cada vez que ha sido cuestionada<sup>96</sup>.

No obstante, ha de advertirse *a limine* que la posición del acusador no deja de ser única, individual y singular y, así, la idea de intercambiabilidad entre acusación pública y privada o de subsidiariedad entre ambas está presente, pero nunca la compatibilidad de las dos al tiempo: no cabe que acusador oficial y acusador privado compartan simultáneamente la misma posición, sino sólo que la ocupe uno u otro.

Obviando sus elevados costes y los obstáculos opuestos, “las acusaciones privadas se han convertido en un remedio para personas que se sienten frustradas y molestas con las decisiones que resuelven en sentido negativo el planteamiento de la acusación. Tratándose de un ámbito fronterizo entre lo que social y legalmente se consideran delitos leves o simples injustos civiles, sólo susceptibles de ser sometidos a consideración de un tribunal penal por razones de conveniencia, la “private prosecution” inglesa cumple una función

---

utilización de la acusación privada es, por tanto, directamente proporcional a la dejación de funciones que hagan los órganos públicos a los que se confiere la persecución penal. El resto de los casos son de acusaciones por delitos de agresiones comunes y los autores del estudio reconocían no haber encontrado ningún caso en que la acusación privada hubiera sido usada como necesaria salvaguarda para los ciudadanos contra la inactividad por parte de los funcionarios públicos (p. 110).

<sup>96</sup> La ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE llegó a recomendar la abolición de la acusación privada considerando las siguientes razones: 1) se utilizaba muy pocas veces; 2) las acusaciones rutinarias deberían ser responsabilidad del CPS; 3) eran inconsistentes; 4) las agresiones leves, ámbito principal de la acusación popular, son un híbrido con el derecho civil que deben desaparecer de las normas penales; 5) el abono de las costas suponen una dificultad añadida; 6) personas con intenciones maliciosas podrían iniciar una acusación y no continuar con ella; 7) no hay posibilidad de obtener justicia gratuita para los acusadores; 8) el derecho es inadecuado y en la práctica no se usa; 9) no hay demanda pública para incrementar la oportunidad o facilidad de uso de tal derecho. Posteriormente la Comisión legislativa se pronunció por mantener las acusaciones privadas, pero con un mero papel subsidiario. Sólo se podría instar un procedimiento penal por particulares tras el rechazo por el órgano público acusatorio de sus razonamientos y, en opinión de los integrantes de la Comisión, una vez que se aceptara la acusación por los Magistrados, los costes deberían ser asumidos por el Estado. Sin embargo, el Gobierno no vio suficiente justificación para imponer tal restricción a lo que se consideró como un importante derecho, y tampoco encontró apropiado este incremento de gastos, por lo que el resultado fue el mantenimiento de la acusación privada sin necesidad de desembolsos procedentes del erario público (en PEREZ GIL, La acusación popular, op., cit., p.712 nota 97) Vid. ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE, op. cit. marg. 7.46 a 7.51 y HOME OFFICE LAW OFFICE'S DEPARTMENT, An independent Prosecution Service for England and Wales. Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department and the AG, Londres 1983, p. 9. Un resumen puede verse en SAMUELS, A., “Non-Crown Prosecutions: Prosecutions by Non-Police Agencies and by Private Individuals”, CrimLR. enero 1986, pp. 33 y ss.

supletoria de la del órgano público allí donde éste no ve interés público en acusar. Hoy la práctica de la acusación privada en Gran Bretaña se orienta hacia un papel similar al que en los sistemas continentales europeos ostenta la querrela por delitos privados, con la particularidad de que la iniciativa se atribuye al *quivis de populo* (aun cuando, evidentemente, sea la víctima la más interesada en su persecución). La acusación privada se utiliza así en escasas ocasiones y opera sobre todo como freno a la discrecionalidad en delitos de bagatela, en los que el interés preponderante es el puramente privado<sup>97</sup>.

Es destacable también en la actualidad la difusión de la actividad acusadora de asociaciones especializadas en la tutela del medio de ambiente, salud, vivienda, persecución de delitos de tráfico relacionados con la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas a la vez que apoyan a las familias de víctimas fallecidas o heridas en accidentes de circulación ocurridos por esas causas.

La acusación privada inglesa se ve objetivamente limitada por una serie de prevenciones legales, prácticas forenses y, sobre todo, por la necesidad de un considerable desembolso económico, que de consuno impiden identificar la acusación privada inglesa con lo que en verdad es la *actio popularis*:

a) Por un lado se establecen una serie de prevenciones con carácter anterior a su posible formulación relacionadas directamente con las conductas a perseguir.

Así, exclusiones objetivas de carácter absoluto (p.ej., delitos en que puedan estar implicados intereses nacionales) y supuestos en los que es menester la previa autorización del *Attorney-General*<sup>98</sup> o del *Director of Public Prosecutions*. En estas hipótesis, la acusación privada puede ser impedi-

---

<sup>97</sup> PEREZ GIL, cit, p.713

<sup>98</sup> El *Attorney-General* es el principal agente de la ley (*Law Officer*) de la Corona y normalmente es un miembro del Parlamento perteneciente al partido mayoritario que goza de la confianza del Primer Ministro. Aunque no es parte del Gabinete, ostenta un cargo ministerial y, por tanto, forma parte del Gobierno, es el encargado de la asistencia jurídica a éste y responde ante la Cámara de los Comunes de las cuestiones relativas a asuntos legales. Es también responsable de la supervisión de las tareas del *Director of Public Prosecutions*, políticamente responsable del *Crown Prosecution Service* y preside la "English Bar". El *Solicitor General* es el segundo "Law Officer of the Crown" y está subordinado inmediatamente al *Attorney General*. Normalmente se trata de un parlamentario también perteneciente al partido mayoritario. Actúa como representante del AG y puede ejercitar cualquier potestad que éste tenga reconocida si el cargo de AG está vacante, no puede éste actuar por enfermedad o si se le ha autorizado para ello. Vid. *Law Officers Act 1944*, sección 1. El *Director of Public Prosecutions*, a través precisamente del *Crown Prosecution Service* es el responsable de la dirección de todas las persecuciones penales instituidas por la Policía (PEREZ GIL, op.,cit, p.721, n.124).

da con carácter previo por los oficiales encargados de la persecución y éstos siempre podrían intervenir en cualquier proceso penal cuando lo estimasen necesario. El consentimiento de dichos oficiales es necesario para poner en marcha un gran número de acusaciones, que en origen se referían a crímenes contra el Estado, el orden público o de corrupción, pero que abarcan hoy un amplio abanico.

Uno de los argumentos más extendidos para justificar esta intervención es el de que impide intromisiones en circunstancias donde la acusación no es apropiada. El control por los oficiales públicos hace así que las posibilidades de acusación privada hayan quedado relegadas a un restringido ámbito objetivo del que se sustraen materias que pudieren incidir en importantes intereses políticos o sociales y originar conflictos más graves que los que viene a resolver. Tal disposición sobre las decisiones de acusar está sujeta sólo a un control de naturaleza política en la responsabilidad de los *Law Officers of the Crown* ante el Parlamento, "...pero en ningún caso se podrá ver sometido a una revisión judicial posterior. Adquiere así unos niveles limitados en la práctica por la admisibilidad en el terreno político de las decisiones adoptadas. La primitiva garantía de la acusación privada como contrapeso a la inactividad o mala voluntad de las autoridades públicas queda de esta forma en entredicho precisamente en áreas abiertamente expuestas a la intervención política del Ejecutivo"<sup>99</sup>.

b) Por otro lado existen otra serie de trabas en el propio ejercicio de la acusación por particulares:

b.1) Que en plenitud, sin condición ni limitación alguna por su origen, sea ejercida por los órganos públicos de acusación la pretensión penal iniciada por un particular (art. 6.2 POA), lo que es posible en cualquier momento procesal subrogándose en la acusación privada con miras a su mantenimiento o a su abandono; en este último supuesto esgrimiendo razones de interés público, y con apoyo en el art.23 POA, no aportando elementos probatorios de cargo con lo que se condiciona la sentencia absolutoria.

b.2) Mediante el uso de la discrecional<sup>100</sup> facultad del Attorney-General, de poner término a cualquier proceso penal mediante el denominado "nolle prosequi". Hoy suele reservarse a supuestos de incapacidad física o mental del acusado sobrevenida durante el juicio, de entidad bastante para no permitirle su participación en el proceso, no concurriendo ninguna otra causa que posibilitara su interrupción. Aunque el AG puede acudir a razones como la de que no interese públicamente la acusación excluyendo de este modo la facultad ciudadana de mantener, con asunción de sus costes, una acusación privada. No obstante se ve suavizada esta facultad al no impedir la reapertura de la causa "sobreséida así provisionalmente"<sup>101</sup>

<sup>99</sup> PEREZ GIL, cit., p.724

<sup>100</sup> En cuanto es discrecional no cabe su control judicial, con lo que sólo resta el político, mediante su responsabilidad ante la Cámara de los Comunes.

<sup>101</sup> En terminología de la LECrim española.

b.3) Limitaciones en la investigación. Prohibición de acceso a las pruebas: Reconocido a los ciudadanos el derecho a una acusación privada ello no implica su acceso al material en poder del CPS, con lo que su desconocimiento del atestado policial, informes etc., dificulta el cumplimiento de los objetivos a lograr con la acusación privada..

b.4) Los costes del procedimiento: La mayoría de la literatura especializada señala al capítulo económico como uno de los más relevantes obstáculos a la acusación por particulares y causa primera de su caída en desuso. El acusador no tiene derecho a la "legal aid" con lo que ha de afrontar por sí mismo todos los costes de la investigación y mantenimiento de la acusación. El art.107 POA prevé el posterior abono de los que pedidos expresamente, sean estimados razonables en las causas por delitos graves ("indictables offences") o leves ("summary offences") ante la *Divisional Court* o la Cámara de los Loes, cuando hubiere recaído sentencia condenatoria; desestimada la acusación, el particular corre el riesgo de asumir además de los gastos propios los del querellado.

b.5) Limitación de las acusaciones maliciosas o vejatorias: Aunque más teórica que real, el art.24 POA concede a la High Court la facultad de condicionar el derecho del particular a promover una acusación al previo logro de su autorización sólo otorgable cuando no suponga utilización procesal abusiva y concurren motivos bastantes justificativos de la acusación

4. Acusación privada subsidiaria (sistema austríaco): Privatbeteiligte. Indica PEREZ GIL<sup>102</sup> que la defensa de la acusación privada subsidiaria encontró respaldo entre algunos sectores de la doctrina continental europea del siglo XIX y principios del XX, y fue conectada a menudo con la vigencia del principio de oportunidad. Sus defensores en general la estimaron innecesaria por reiterativa y distorsionante de la acusación estatal, únicamente justificada en ausencia de ésta a fin de suplir la inacción del órgano público.

La acusación subsidiaria ciudadana rigió a comienzos del siglo XIX en Austria junto al monopolio del MF en la persecución de los delitos públicos, para afrontar las hipótesis en que el MP desconociere las exigencias de la legalidad o recurriese impropriamente a la oportunidad, sin que por ello resultare alterada la naturaleza pública de las correspondientes infracciones. Sin embargo, según se ha venido reconociendo por los estudiosos jurídicos, la frágil posición procesal del particular que sostiene la acusación pública evidencia su escasa operatividad y práctica inanidad en el cumplimiento de tal función. Resaltan en su mantenimiento "privado" circunstancias relevantes como son la dispensa de hacer valer los elementos favorables al acusado (deber que afecta siempre al MF), la posibilidad de que goza siempre el acusador público

---

<sup>102</sup> PEREZ GIL, J., La acusación popular, cit, p. 730

de “vigilar” la marcha del procedimiento y en singular, de reasumir la acusación cuando lo considerare conveniente (art.49.1 ÖStPO)

A tenor del art. 48 de la vigente ÖstPO los que ostenten la calidad de “Interviniente Privado” (“Privatbeteiligte”) podrán formular subsidiariamente acusación: 1) En caso de archivo de la denuncia o de las diligencias previas de averiguación (art. 90 ÖStPO); 2) Cuando se archive la investigación preliminar (art. 109 ÖStPO); 3) En la retirada de la acusación “firme” (rechtskräftige) antes del juicio oral y 4) En los de retirada de la acusación en el curso de la vista oral. El ejercicio subsidiario de la acusación pública por los particulares se verá condicionado al previo examen judicial de la procedencia del archivo y, en todo caso, de la actuación supletoria de los intervinientes.

5. Procedimiento para compeler al ejercicio de la acusación (El klageerzwingungsverfahren alemán) . El coacusador o la “Nebenklage”. En Italia al igual que en Portugal existen controles judiciales de la actividad acusatoria pública, a solicitud de los particulares, pero por su larga vigencia y por la influencia que ha ejercido sobre aquéllos otros, acaso sea el más interesante el alemán “Klageerzwingungsverfahren”, regulado en los §§ 172 a 177 StPO. Es un procedimiento que puede instarse antes del período intermedio (“Zwischenverfahren”), orientado a controlar judicialmente la legalidad de la decisión fiscal de no perseguir una concreta infracción Se trata de un instrumento de control de la legalidad de la actuación del MF que puede ser instado con carácter previo a la fase intermedia del procedimiento. Mediante él se configura una facultad de control judicial de la decisión del MP de no acusar, a instancia del particular ofendido pidiendo al órgano jurisdiccional que compela al MF, aún contra su criterio, a investigar un hecho. No altera por ende el monopolio de la acusación estatal al no incidir inmediatamente en el ejercicio directo de la pretensión punitiva. El Klageerzwingungsverfahren habilita al particular para rogar al juez que exija del MP la investigación de un supuesto fáctico determinado que se afirma constitutivo de delito pero sin que su calificación penal sirva más que para fundar la solicitud particular; el MP empleará los medios que estime más adecuados al objeto de la instrucción sin que pueda imponérseles judicialmente.

Constitucionalmente se ubicaría en los arts. 19.IV (“Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seine Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen...”) y 103.1 GG (“Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör”)<sup>103</sup>. De este modo está legitimado el ofendido<sup>104</sup> por el delito, y no

<sup>103</sup> MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, IV, 22a

<sup>104</sup> No cabe olvidar los debates aún no cerrados en torno a la distinción entre ofendido y víctima del delito, inmediatamente provocados por la no acogida de concepto alguno del mismo en la StPO ni en el StGB, de manera que se viene acometiendo desde

cualquier sujeto extraño a los hechos cuya persecución se pretende, ostentando un derecho público subjetivo (SCHULZ, PETERS, ROXIN<sup>105</sup>) a la actuación jurisdiccional del Estado<sup>106</sup>, satisfecho con la persecución punitiva por el titular único que es el MF<sup>107</sup>.

No reconoce la legitimación ciudadana el Ordenamiento alemán en aquellas hipótesis delictivas carentes de un ofendido directamente, cual acaece en los delitos contra la seguridad del Estado o en aquéllos lesivos de bienes jurídicos de titulares no claramente individualizables y, de modo especial importa destacar, en caso de vulneración de la ley de extranjería<sup>108</sup>.

Otro problema que suscita el "Klageerzwingungsverfahren" es el de la positivación del principio de oportunidad reglada<sup>109</sup>, de conformidad con lo prescrito en los §§172 2 en relación con 153 1, 153 a, 153 b, 153 c, 154 1, 154b y 154 c de la StPO, con lo que resultan difícilmente controlables aquellas decisiones de la fiscalía tomadas en virtud del margen de apreciación que le confieren esos preceptos, en no pocas ocasiones desconocedoras, pues, de una legalidad y que raramente son revocadas por los Tribunales<sup>110</sup>.

la práctica concreta. Cabría entender por ofendido a aquél inmediatamente afectado por el hecho que se dice lesivo de un bien penalmente tutelado. Esta es la postura generalmente mantenida en la literatura alemana, por todos vid. KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozeßordnung*. 38<sup>a</sup> ed., art. 172, 9. Asimismo coincide con la defendida por la jurisprudencia del TEDH, quien no obstante usa el término "víctima" que no sería estrictamente coincidente con ofendido. El ejemplo más claro sería el del sujeto pasivo del delito: el fallecido o lesionado y ofendido aquellos parientes de la víctima legitimados para solicitar o mantener la persecución penal. Empero vid. Entre otras muchas las SSTEDH en relación a los diversos derechos y libertades acogidos en el CEDH, de 27.4.1989 Neves e Silva c.Portugal, de 28.3.1990 Groppera Radio AG y otras c. Suiza, de 15.6.1990 Lüdi c.Suiza, de 27.8.1990 Vijayanathan y Pusparajah c.Francia, de 27.8.1992 Tomasi c.Francia, de 29.10.1992 Open Door y Dublin Well Woman c.Irlanda, de 22.2.1994 Burghartz c.Suiza, de 20.9.1994 Otto-Preminger-Institut c.Austria, de 24.10.1995 Agrotexim y otros c.Grecia, etc.

<sup>105</sup> SCHULZ, J., *Beiträge zur Nebenklage*, Berlin, 1982, p.174, PETERS, K., *Strafprozessrecht*, 4 Aufl., p.536, ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, 22 Aufl. München 1991, p.261,

<sup>106</sup> Así SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, I, Göttingen, 1964, pp.37 y ss, II, núms.6 y ss.

<sup>107</sup> A virtud de los principios de oficialidad y obligatoriedad de la acusación que por mor de la Reforma de la StPO por la ley de 1964 (Gesetz zur Änderung der Strafprozess und des Gerichtsverfassungsgesetz de 19.12.1964) § 152.II

<sup>108</sup> ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, cit., p.261

<sup>109</sup> Vid. PEDRAZ PENALVA, E., "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad", en *Constitución, Jurisdicción y proceso*, cit., pp.313 y ss, esp.pp. 347 y ss, en donde analizo significativos aspectos de la oportunidad.

<sup>110</sup> Vid. TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, con C.Roxin y G.ART, Barcelona, 1989, esp.pp.169 y ss.



Precisamente por autores como WEIGEND se ha suscitado la máxima utilidad del "Klageerzwingungsverfahren" para disminuir un abusivo uso de la oportunidad en la no persecución de los delitos y la conveniencia aún de extender este procedimiento a los sobreseimientos a solicitud del MF, siempre que por su vinculación a criterios normativos resultare constatable una hermenéusis jurídicamente discutible<sup>111</sup>.

La conveniencia del Klageerzwingungsverfahren viene apoyándose en dos razones vinculadas a un doble objetivo, sitos en una perspectiva concreta y en otra general. Suscitado en una causa criminal concreta, parece claro que lo que se busca es la tutela del ofendido por el delito pero, abstractamente y desde la globalidad del sistema, se fundamenta en la exigencia de la legalidad susceptible de verse cuestionada por mor del monopolio de la acusación pública. "Es más, en tanto el interés individual de satisfacción del ofendido por el delito se erigiría en motivación para el control de la Justicia, el Klageerzwingungsverfahren vendría a reforzar la unificación de criterios y la igualdad entre todas las persecuciones"<sup>112</sup>. En verdad su eficacia, desde el infrecuente uso y desde el rechazo mayoritario por los Tribunales de las peticiones deducidas, es más teórica que real, pudiendo calificarla en expresión de JANS<sup>113</sup> de psicológica en cuanto su mera existencia supondría una prevención frente a posibles decisiones infundadas de archivo por el MF a la vez que una garantía para los ciudadanos de tener a su disposición una vía para un legal funcionamiento de la fiscalía, lo que redundaría así en una mejor imagen de la Justicia criminal. La práctica forense alemana ha evidenciado su reducido papel en la persecución de los delitos, acreditándose por BISCHOFF<sup>114</sup> en un estudio de 1982 que de las 1792 solicitudes particulares de incoación, únicamente 8 obtuvieron del Tribunal el mandato al MF de investigación del afirmado hecho punible, y sólo una concluyó con sentencia condenatoria.

Pero en Alemania no sólo está previsto a favor de los ciudadanos la posibilidad del citado trámite para compeler judicialmente al MP a acometer la investigación de hechos que se estimen punibles, sino que también se prevé el supuesto de coacusación o *Nebenklage*. Está regulada en los §§ 395 a 402 StPO, facultando a determinados sujetos ofendidos por el delito para intervenir junto al fiscal en el juicio oral gozando de específicas posibilidades procesales. De este modo el "coadyuvante" podrá formular las alegaciones que le convinieren, proponer la práctica de los medios probatorios que considerare

<sup>111</sup> WEIGEND, T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin, 1989, pp.520 y 547

<sup>112</sup> PEREZ GIL, op.,cit., pp.734-5

<sup>113</sup> JANS, S., *Die Aushöhlung des...*, cit.p.16

<sup>114</sup> BISCHOFF, G., *Das Klageerzwingungsverfahren. Eine empirische Analyse mit Vorschlägen zur Reform*, Dissertation, Gelsenkirchen 1987., cfr. También PETERS, *Strafprozeßrecht*, op.,cit., admite su escaso valor real.

oportunos y aún impugnar resoluciones con independencia del MP. Es evidente que su participación persigue un interés propio, aunque de la misma pueda resultar un mayor esclarecimiento de los hechos y así constituir un cierto control del acusador público. Está exento pues de la objetividad que ha de presidir la actuación del MP.

El acusador adhesivo ha de gozar en plenitud de su capacidad de obrar, y así procesal, y solicitarlo por escrito en cualquier etapa del proceso, aunque únicamente participará durante las sesiones del juicio oral, en las que, por otra parte, puede intervenir simultáneamente como testigo. El acusador "particular" podrá pedir asistencia jurídica gratuita (§ 397 a) StPO).

No es frecuente el coacusador adhesivo en la práctica forense, entre otras razones por los gastos que acarrea, subsistiendo en su papel de obtener personalmente judicial venganza y, en otro orden de cosas, como vía para el logro de elementos de convicción a utilizar en un posterior proceso civil de reparación y/o indemnización del daño o perjuicio.

Soslayando lo defendido por el liberalismo decimonónico "...y ante la evidencia de que el acusador adhesivo no hace valer un interés público sino un mero interés privado, en opinión de la doctrina mayoritaria actual tal instituto jurídico produce mas disfuncionalidades en el sistema de persecución penal que provechos"<sup>115</sup>. De ahí que sea frecuentemente propugnado que el legítimo interés en la reparación, merecedor de protección por el Ordenamiento Jurídico, se vea satisfecho de otras maneras que no incluyan en ningún caso el ejercicio de funciones acusatorias por particulares"<sup>116</sup>.

6. El asistente portugués. El proceso penal portugués, reforzado acusatoriamente por su configuración en el nuevo Código de 1987, acoge sin fisuras el monopolio acusatorio del MF. Empero, el art. 68.1 del Código de Processo Penal de 1987 admite la participación del que denomina "asistente"; es decir, del mayor de 16 años ofendido, en cuanto tal afectado pues en sus intereses legalmente protegidos –o en los de su cónyuge, ascendientes o descendientes- por la infracción enjuiciada, como asimismo de las personas a las que una ley otorgue tal posibilidad en defensa de intereses generales.

El art. 69.1 CPPP otorga a los asistentes "...a posição de colaboradores do Ministério Público, a cuja actividade subordinam a sua intervenção no processo,

---

<sup>115</sup> Dado que ni la idea de retribución ni el incremento de los gastos de la acusación, que correrán siempre a cargo del imputado cuando sea condenado, se corresponden con la idea de resocialización, en opinión de un nutrido sector de la bibliografía se ha propuesto *lege ferendae* su transformación en un proceso de restitución que sitúe el interés por la reparación del daño del perjudicado en un claro primer plano

<sup>116</sup> PEREZ GIL, op., cit., pp.744-5.

salva as exceções da lei". Evidentemente carecen de iniciativa propia supeditándola a la del MP, quien habrá comenzado las actuaciones procesales. Ello no empece al conjunto de posibilidades de que gozan "per se" en el proceso, cuales son las de ofrecer las pruebas y requerir la práctica de las diligencias que estimen necesarias en la investigación; deducir acusación independientemente de la del MF (art.69.2 b); impugnar las decisiones que les pudieren afectar aunque no lo hayan sido por el MP (art.69.2 c); requerir la apertura de la instrucción, en procedimientos no dependientes de acusador particular, en relación con hechos respecto de los que el MP no hubiere deducido acusación (art.287.1 b) CPPP). En ningún caso puede creerse en la autonomía del "assistente", como se deduce del texto del art.284.2, que acota el papel del "assistente" a la adhesión a la acusación pública, y del núm.1 del mismo 284 que impone la previa acusación por el MP para que, dentro de 5 días, pueda el "assistente" deducir acusación por el mismo hecho justiciable del MF o por cualesquiera otro que no suponga alteración sustancial de aquél. Sólo en total defecto de acusación fiscal entraría pues en juego lo previsto en el mencionado art. 287.1 c) CPPP. o, como alternativa, provocar una intervención del superior jerárquico de aquél (art. 278 CPPP).

7. El ejercicio de la acción civil como forma de impulso del proceso penal (modelo francés). Propia del sistema francés es la pretensión civil atribuida al perjudicado que, en su ejercicio individual o colectivo, ha logrado importancia como medio de control del exclusivo titular de la acusación pública.

La pretensión civil derivada del hecho ilícito constitutivo de delito, dirigida a la reparación del daño ocasionado por el mismo, se puede plantear ante la Jurisdicción civil o Penal, pero de forma excluyente. En sede procesal penal cabe su ejercicio con carácter previo a la acusación pública (*action*) o también después de ésta (*intervention*), llegando a suponer una especie de acusación paralela a la del MF, perdiendo su naturaleza civil para adquirir las características de una acusación adhesiva que contribuye a mantener de manera conjunta la pretensión penal desde una posición diferente<sup>117</sup>.

El art.2 del CPPFr legitima su ejercicio a las personas inmediatamente lesionados por la infracción, quienes pueden deducir la pretensión en cualquier momento del proceso, constituyéndose en parte civil previa solicitud al Juez de Instrucción competente (arts. 85 y ss. CPPFr), ofreciendo la prestación de la fianza que por éste se estimare bastante para hacer frente a las responsabilidades civiles en que pudiere incurrir por abuso. El importe de la fianza será proporcionado a los recursos del sujeto quien no obstante podrá ser relevado de su constitución si así lo hubiere pedido y estimado el Juez o si se le hubiere otorgado asistencia jurídica gratuita (arts.88 y 88-1 CPPFr).

<sup>117</sup> PEREZ GIL,J., op.,cit., p.748

Interpuesta la pretensión civil antes de la incoación de las actuaciones, podrá servir eventualmente, al transmitir la "notitia criminis", para "poner en movimiento a la acusación", provocando de este modo la actividad del MP.

Según se ha indicado más arriba, la acción civil se contrae a la pretensión indemnizatoria/resarcitoria que lógicamente conlleva la búsqueda de una declaración de existencia de un hecho punible y de la atribución del mismo a un determinado sujeto, con lo que cabría pensar en su uso indirecto por los lesionados por el delito para controlar al MP.

### III. El jurado como vía de participación popular<sup>118</sup>

1. Otra modalidad de participación popular<sup>119</sup> activa en la Justicia es a través de la integración en el órgano decisor; estoy refiriéndome pues al jurado<sup>120</sup> y

<sup>118</sup> Más ampliamente PEDRAZ PENALVA, en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, ed. Silva Sanchez, Barcelona, 1997, pp.425 y ss.

<sup>119</sup> Explícitamente acoge tal funcionalidad del jurado, entre otros muchos, PEREZ-CRUZ MARTIN, A., *La participación popular en la Administración de Justicia*, Madrid, 1992, complicada en su afirmación -esp.p.260- como «garante de la efectividad de la participación popular en la Administración de Justicia»

<sup>120</sup> En estas reflexiones prescindo totalmente del denominado jurado de acusación, que como es sabido subsiste aún en el proceso penal en determinados Estados de los Estados Unidos de Norteamérica. Muy esquemáticamente recordaré, a este respecto que en los que aún se mantiene, superada la vista preliminar ("preliminary hearing") ante el Magistrado, la ley prevé, la eventualidad de un nuevo trámite ante un órgano integrado por legos (el Gran jurado, extrayéndose sus miembros del censo), cuya función es verificar si las pruebas de la acusación son suficientes para lograr la condena del inculpado, caso en el que dictará el "indictment" o acusación formal. Naturalmente el «standard» probatorio no será el "guilty beyond any reasonable doubt" vigente en juicio sino más bien el de "probable cause" al igual que en la vista preliminar, y en algunos Estados un "prima facie cause". En el circuito federal [rule 6 (a) (1) de las F.R.Crim.Pr.] estará compuesto de 16 a 23 personas, siendo obligatoria su actuación en delitos sancionados con pena de muerte, constituyendo la regla -salvo renuncia del imputado- en aquellas infracciones cuya pena exceda de un año de privación de libertad o trabajos forzados; en los demás delitos sólo a petición del inculpado se constituye el gran jurado. El procedimiento es como norma general secreto [rule 6 (e)(2) de las FRCrim.Proc]. Este órgano ha sido muy criticado, principalmente: por su carácter inquisitorial; por no reconocerse al imputado derecho a comparecer salvo que renuncie al derecho a no autoincriminarse consintiendo en prestar declaración; por su control por el MF, siendo infrecuente que se oponga a la solicitud del MP o que le fuerce a acusar cuando además, como ocurre en el marco federal, el "indictment" debe llevar la firma del MF (los Tribunales se han mostrado reacios a obligarle a hacerlo). De aquí el intento de suprimirlo, desapareciendo ya su necesidad para el enjuiciamiento por cualquier tipo de infracción penal en 26 Estados, permitiéndose por 4 Estados más que la acusación se lleve a cabo a través de "information" salvo en los delitos sancionados con cadena perpetua o muerte. Se tiende (así MOLEY, MILLER, PUTTKAMER, GILBOY, ARENELLA, CAMPBELL, NOLL) ya a su eliminación ya a reconvertirlo en órgano de investigación.

a su derivación en el escabinado<sup>121</sup>. Desgraciadamente en España y por motivos calificables de espurios, se ha restaurado moduladamente el viejo y caduco jurado francés a espaldas de la realidad circundante.

En Estados como Francia, Italia, Alemania, Austria<sup>122</sup> etc., se abandonó el jurado puro subsistiendo residualmente el mixto o escabinado. Comienza esta evolución en Alemania en 1924 con la "Emmingersche Reform"<sup>123</sup>, sigue en Francia en 1941, en Italia en 1951, etc., y en otras naciones de dilatada tradición juradista, dentro del sistema jurídico que profesan, este viejo instituto procesal viene siendo objeto de una larga, profunda y extensa crítica. Aludo así a los EEUU de Norteamérica donde es manifiesta la tendencia regresiva en pro del «bench trial»<sup>124</sup> o justicia profesional (menos de un 10% de acusados opta hoy por el jurado) según acredita -ya desde los años 60- la práctica seguida en Pittsburg y Philadelphia, y asimismo se defiende por la

<sup>121</sup> Como palmaria expresión del retroceso en la Justicia penal de la magistratura honoraria. Asi PETERS, K, *Der neue Strafprozess. Darstellung und Würdigung*, Karlsruhe, 1975, p.77

<sup>122</sup> En Austria está prescrita la participación popular en la Justicia en el art.91 BVG, decidiendo junto con los jueces profesionales tanto sobre el hecho como sobre la determinación de la pena. El escabinado («Schöffengericht») aparece en Austria en 1920, reintroduciéndose en 1950 no sin críticas sobre su necesidad y eficiencia. Así, vid.KADECKA, «Zur geplanten Wiedereinführung der Geschworenengerichte», en «Oesterreichische Juristenzeitung, 1950, pp.514 y ss, RITTLER, «Zur Regierungsvorlage hrung der Geschworenengerichte», en oesterreichische Juristenzeitung, 1950, pp.514 y ss, RITTLER, «Zur Regierungsvorlager die Wiedereinführung der Geschworenengerichte», en Juristische Blätter, 1950, pp.517 y ss, etc. En Francia se introduce el escabinado a virtud de la Ley de 25 de noviembre de 1941. En Alemania por la Emmingersche Reform de 4.1.1924. En Italia por la Ley de 10.4.1951 completada con la del mismo año de 24 de noviembre y con la Ley de 5 de mayo de 1952.

<sup>123</sup> Al entender desaparecidos los argumentos que lo aconsejaban. Vid. ZACHARIAE, H.A., *Das moderne Schöffengericht*, Berlin, 1872., SCWINGE, Erich., "Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung", en *Strafrechtliche Abhandlungen*, heft.213, Breslau 1926.

<sup>124</sup> Sobre los «bench trials» vid. ALSCHULER, A.W., «The charging plea bargaining debate», en 69 California Law Review, 1981, esp.pp.725-6, y del mismo «Implementing the criminal defendant's right to trial: Alternatives to plea bargaining system», 50 The University of Chicago Law Review, 1983 esp.pp.1024 a 1048., SCHULHOFER, S.J., «Is plea bargaining inevitable?», en 97 Harvard Law Review, 1984, esp. pp.1062-1107., WHITE, W.S.,»A proposal for reform of the plea bargaining Process», en 119 University of Pennsylvania Law Review 1971, esp. pp.441-2., EISENSTEIN/JACOB, *Felony Justice: An organizational analysis of criminal courts*, Boston, 1977, esp.pp.67 y ss., COMMENT, «Constitutional alternatives to plea bargaining: a new wave», en 132 University of Pennsylvania Law Review, 1984, pp.345 y ss. Entre nosotros le dedica un muy valioso análisis CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, op.,cit.,.

literatura mas significativa para fundar la máxima generalización de la justicia negociada: «Plea bargaining system»<sup>125</sup>.

2. El argumento básico para su, a mi juicio, inapropiada restauración en España es el de su condición de vehículo participativo popular, olvidando que tuvo sentido con el juez autómatas, reducido a la mera exégesis de la ley y fruto de la particular actitud de los constituyentes revolucionarios franceses, contrarios a las diversas connotaciones de los viejos «Parlements». Se entroncaba en el momento del «Estado tránsito liberal» en el que la identidad de Derecho y Ley y, por ende, la verdad aún intemporal de ésta radicaba formalmente en su exclusiva generalidad objetiva, como basamento de los intereses políticos sectoriales, de raíz natural y pretendidos en la constitucionalización revolucionaria de la sociedad. Precisamente aquí encajan los jueces honorados, el jurado<sup>126</sup>, como salvaguarda complementaria de esa presumida verdad política de la ley, fruto de los mismos que primero como legisladores y después como juzgadores buscan la liberalización social y la perpetuación de sus intereses en verdad particulares. Es a este tenor significativa la coincidencia sufragio censitario y jurado censitario: los mismos que podían ser electores y elegibles eran los que podían juzgar, es decir, aplicar la ley, o si se quiere, la interesada concreción pública de sus intereses sociales y su entendimiento en el momento concreto<sup>127</sup>. El nuevo público de la revolución de febrero frena, como el anterior desde el sufragio y jurado censitarios, otra comprensión de la ley, especialmente en su momento dinámico o procesal; o sea, busca evitar que jueces profesionales puedan alterar su directo entendimiento y aplicación con elementos extraños residuales, a espaldas de la nueva socialidad que inevitablemente ha de crear política-

---

<sup>125</sup> Por todos, ALSCHULER, A. W., «Plea bargaining and its history», en 79 *Columbia Law Review*, 1979, pp.1 y ss y, esp.,42, en la que justifica el abandono del complejo juicio por jurados, en ese como en otros países, arguyendo: «...The lessons of our own history and that the other nations, therefore, are essentially the same: the more formal and elaborate the trial process, the more likely it is that this process will subverted though pressures for self-incrimination. The simpler and more straightforward the trial process, the more likely it is that the process will be used...»

<sup>126</sup> Esta participación popular en el poder judicial puede comprenderse si se recuerda que la concepción del Régimen Parlamentario en cuya consecución juegan fuerzas constitucionalmente ambivalentes, no se distingue hasta el último tercio del XIX del de Asamblea (revolucionariamente organizada en comisiones), con independencia de la limitación burguesa de la ciudadanía representativa utópica de la sociedad total y defensora de su filosofía liberal, cuyo contractualismo privado renovó individualizadamente la idea tradicional del pacto constituyente y del compromiso político parlamentario de representantes.

<sup>127</sup> Por poner un ejemplo, la Ley de Imprenta de 17 de octubre de 1837, fue modificada por el Decreto de 10 de abril de 1844 excluyéndose del jurado aquella parte de la ciudadanía integrada por los "proletarios e ignorantes", reduciéndose la lista de los elegibles a profesionales y contribuyentes.

mente esta ley. Sigue, pues, el jurado como medio para soslayar el cambio judicial de tal ley<sup>128</sup> ya explícitamente abstracta. Según expresión de Montesquieu, ha de evitarse que el juez sea al mismo tiempo legislador y pueda así alterar las leyes caprichosamente en el momento de aplicarlas: "Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparé de la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté, des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur".

Históricamente responde así el jurado a un «Estado en cambio» -a caballo del parlamentarismo dualista de la época<sup>129</sup> - en el que la política se planteaba ilustrada y consecuente con una clase social<sup>130</sup> representante utópica de la sociedad entera<sup>131</sup> y con la creciente sucesión de su sentido progresista al conservador.

3. La matizada<sup>132</sup> reimplantación en España del viejo jurado puro francés<sup>133</sup> se dice que es la respuesta actual a la denominada por algunos «criterología social sobre la materia en discusión»<sup>134</sup> que impide cualquier subrepticia introducción de criterios ideológicos del juez de turno, que no debe representarse a sí mismo sino a la sociedad. Esta idea parece traducir aún el sentido de una «sociedad civil» como «sociedad-Estado», comprensiva de «societas» y «civitas», en realidad ya distanciada de su acertada acepción vigente. El viejo jurado no descansaba realmente en la utópica igualdad social sino en la

---

<sup>128</sup> Mientras que ahora se busca que un grupo social heterogéneo y seleccionado artificialmente pueda modificar la ley en el momento de su individualización. Son netamente indicativos de los frutos de las selecciones de sus miembros trabajos como los de HASTIE/PENDRON/PENNINGTON, La institución del jurado en los Estados Unidos. Sus intimidades, Madrid, 1987, esp.pp.193 y ss., también DE PAUL VELASCO, Pilar, «Estudios psicosociales sobre la toma de decisión de los miembros del jurado», pp.82 y ss., «Factores extralegales que influyen en la toma de decisión de los miembros del jurado» en Cuadernos de Política criminal, 1993, núm.50, pp.657 y ss., asimismo de DE PAÚL, *El Tribunal del jurado desde la psicología social*, Madrid, 1995.

<sup>129</sup> Régimen que como puente mantiene aún el principio monárquico de «rey en consejo»

<sup>130</sup> Explícitamente frente a la nobleza y progresivamente frente a la clase social (cuarto estado) cuya denominación y carácter se mantienen.

<sup>131</sup> Ello desde la inicial ausencia de una cuarta clase cuya pronta aparición va a traslucir la concurrencia de otros intereses, calificados de sociales, pero en verdad tan políticos como los liberales, y que entre otras muchas consecuencias va a provocar la pérdida de legitimación de tal jurado cuya negativa instrumentalidad decae ya en el 30, y sobre todo en 1848.

<sup>132</sup> La califico de matizada en cuanto no se ha llevado a cabo por el "legislador" una trasposición automática del de 1888 sino que se han acogido afirmadas "esencias" del anglosajón, "modernizadas" y "actualizadas" al correr de estos tiempos.

<sup>133</sup> Vid. PEREZ-CRUZ MARTIN, A.J., op., cit.

<sup>134</sup> Por todos, SORIANO, R., *El nuevo jurado español*, Barcelona, 1985, p.17

igualdad estamental burguesa<sup>135</sup>. Ahora, desde la afirmada criterología social, este jurado sólo podría evitar las contradicciones de la ley, por razón de autenticidad o interpretación, si gozara de la comprensible legitimidad su-puestamente representativa, y eventualmente, si la dimensión jurídico-básica de la sociedad posibilitare una sólida idoneidad para prestar el sentido del interés general a la ley. En todo caso pues un sentido jurídico parcial extraña-do del complementario particularizado, existente o en tránsito político, inte-grado con el general en el interés común perceptible únicamente en Parla-mento<sup>136</sup>. Y ello, por definición, dado que el sentido de la ley ha de ser jurídi-co, con lo que se alude a la libertad concreta de su contenido dentro del orden jurídico de libertades. Dicho de otro modo, si la ley lo es en cuanto general, o sea, como fruto de la experiencia mayoritaria social, su reforma requiere el mismo procedimiento democrático de selección de los intereses legales siempre, naturalmente, que se pretenda la legitimidad que caracte-riza al órgano encargado de su sanción: el parlamento. Pero además una ley es comprensible en un contexto normativo, careciendo obviamente el jurado en todo caso de la legitimación precisa para suscitar una interpretación legal suficientemente concreta. Y, democráticamente, sólo cabe modificar el alcan-ce de la ley a través del cauce de la ordenada articulación de los poderes constitucionales.

Argüir de este modo que nueve ó doce sujetos aleatoriamente escogidos, en modo alguno representativos de la voluntad general, sean aptos por sí para modificar el sentido presente de la ley, actualizándola, amén de comportar "in origine" un rechazo del procedimiento constitucional previsto para la altera-ción de la ley, conlleva el suponerles un conocimiento jurídico general desde el que verificar la concreción de la norma específica. Por definición esto es imposible cuando asimismo se busca en el jurado la participación de perso-nas legas en derecho<sup>137</sup>.

No debe olvidarse tampoco que el juez, al resolver, ha de ajustarse ya a cláusulas interpretativas constitucionalmente incontestables, condicionantes de la verdad posible de la recta ley. Únicamente el juez profesional está den-

---

<sup>135</sup> Igualdad social -así clasista en sus dos sucesivos sentidos- de hecho pues marxistamente aún «política» y todavía no «democrática», resultado al fin percibido pesimistamente por los mismos revolucionarios.

<sup>136</sup> El jurado habría de percibir el sentido afecto al caso en el contexto del Ordenamiento Jurídico como un todo y conforme al sedimento resultante de la actividad constitu-cional pasada.

<sup>137</sup> No parece aceptable tampoco pensar que nueve ó doce ciudadanos seleccionados de modo aleatorio pueden contribuir tan decisivamente a la "Rechtsverwicklungung".



tro del mundo jurídico vivo<sup>138 139</sup>. Con independencia de la imposible representación de toda la sociedad coetánea, pretender que el jurado -como tal ocasional parte- pueda expresar una sensibilidad social directa graciosamente valorativa acerca del contenido jurídico singular de una ley, frente a su posible sentido extraño o injurioso, implicaría vicariar la política popular falseando su tiempo, la canalización y elaboración constitucionales, como también exteriorizar inoportunamente una desconfianza frente a la tarea del juez profesional cuyo defecto habría de rectificarse institucionalmente, sin mas aval que el de la ciudadanía de sus miembros<sup>140</sup>.

Mantener el imperativo del juez honorario como medio de introducir «el sentido social»<sup>141</sup> corrector de la ley y de la actividad jurisdiccional y de defensa frente al «parecer individualizado» del juez técnico, comporta prescindir de su configuración continental<sup>142</sup>, ajena a cualquier pretensión de ostentar representación «popular» alguna, pese a su condición de ciudadano, en su calidad de titular único de una potestad estatal que exclusivamente se legitima desde su sometimiento a la ley en su rogado desarrollo procesal<sup>143</sup>. El

<sup>138</sup> Sin olvidar la mayor capacidad de manipulación de que puede ser objeto el juez bisoño. Así el análisis crítico en PEDRAZ PENALVA, E., *Privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil*, Madrid, 1993, esp.pp.20 y ss.

<sup>139</sup> Coincido en esencia con la tesis de Lon.L. FULLER, *The morality of Law*, 2ª de., New Haven, Conn., 1964, p.106, según la cual el derecho aparecería como “tarea de someter la conducta humana al gobierno de las reglas”, y más ampliamente con BERMAN, Harol J., *Law and Revolution. The formation of the Western legal tradition*, Cambridge, Mass. (Harvard University PRESS), 1983, para quien debe optarse por una noción de derecho no como cuerpo de reglas sino como proceso en el que las normas únicamente tienen sentido dentro de la globalidad de instituciones, procedimientos, y modos de pensar.

<sup>140</sup> Aparte está el requisito legitimador de la vecindad que, desde sus múltiples y no siempre armónicos objetivos, se ve diluido en la LO 5/1995 de 22 de mayo, Del Tribunal del Jurado, en cuyo art.8.4, dentro de los requisitos para ser jurado, se exige el de “ser vecino, al tiempo de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido”

<sup>141</sup> Juez honorario que se pretende reflejo de toda la sociedad precisamente desde la heterogeneidad representativa del jurado, que por eso mismo le incapacita para aprehender la total realidad discutida

<sup>142</sup> Y no supondría tampoco aproximarse al juez anglosajon, dado que, de una parte, se ha venido suscitando, entre otros por el juez Stone en su voto particular -United States v.Butler, 1936, 297,U.S.-, que la vía propia para anular leyes imprudentes («unwise») es la electoral, en adecuación al procedimiento democrático de gobierno, y, de otra parte, que la revisión constitucional de las leyes en el sistema norteamericano que se lleva a cabo desde los preceptos, y aún desde los principios, constitucionales viene exclusivamente reservada al juez profesional (ni siquiera pues aludo al control concentrado o difuso).

<sup>143</sup> Es innegable que la Potestad jurisdiccional se atribuye de modo exclusivo a los jueces y magistrados, que habrán de desarrollarla sólo rogadoamente (a instancia de parte -derecho de acción: nemo iudex sine actore ó ne procedat iudex sine officio)

Juez aplica la supremacía política de la ley de acuerdo con la ordenación funcional de los poderes acogidos en la Constitución consagrada democráticamente en el pacto constituyente, del mismo modo que el parlamento sólo en su comprensión constitucional representa la soberanía de la voluntad política popular.

No parece de recibo suscitar un debate acerca de la superior legitimidad del juez o del jurado. La actividad jurisdiccional, en tanto que jurídicamente estructurada y delimitada, fundamenta su origen y ejercicio en la Constitución que, en cuanto tal, es racionalmente adecuada al fin que la ocasionó. La imperativa imparcialidad del juez, asegurada objetivamente por la señalada negatividad de su independencia -de la que es traducción funcional-, connota, no que deba moral o salomónicamente resolver la contienda, sino que, desde el saber jurídico experimentado y la responsabilizada ética profesional, ha de decidir razonadamente el conflicto que se le somete, actuando el mandato de la ley.

De hecho el jurado es una entidad de composición personal puntualmente diversa, que en absoluto es expresión media de la sociedad total, del mismo modo que tampoco es ni debe serlo precisamente del ámbito cercano al caso. Este principio representativo tan originalmente renovado «del todo por la parte»<sup>144</sup>, implica una conservadora y arcaica confusión corporativa del ámbito político y social, con la que tendría que corregir el defecto constitucional que hubiera podido enajenar el contenido concreto de la ley a aplicar.

No son pues admisibles afirmaciones como las que aluden al jurado como «instrumento de control social y de valoración representativa y contrastada de la aplicación de las normas», con el argumento doblemente incomprensible de que «El jurado es un elemento de democratización del Judicial como el Parlamento lo es del legislativo»<sup>145</sup>, o con el del crudo «werde was du bist» de la Justicia que «... será independiente siempre y cuando se acomode a las

---

con sujeción a todo lo que el proceso connota. Adviértase que repelo cualquier planteamiento instrumental del proceso, en cuanto exigencia constitucional indispensable, sólo separable a efectos analíticos, de ese entramado conceptual equivalentemente compuesto además por la jurisdicción y la acción. Es por ello por lo que lo defino como imperativo constitucional para el rogado desarrollo funcional de la jurisdicción.

<sup>144</sup> Propio del carácter representativo de los consejos estamentales de las corporaciones medievales, capaces de decisión por mayoría renovable y asumida su «sanioritas» por su electiva autoridad magistral.

<sup>145</sup> Recuérdese que la sensibilidad social frente a la ausencia de la ley se manifiesta políticamente, reconociéndose su interés general a través de su representación en el parlamento. No parece razonable invertir su curso atendiendo a la escasa fluidez y representatividad del proceso político-constitucional.

determinaciones sociales de lo justo, en una constante adaptación a los patrones histórico-relativos de justicia, rehuyendo concretarse en arquetipos ideales...La independencia del poder judicial lleva, consecuentemente, a la necesidad de un control social de la función judicial»<sup>146</sup>. Inmediatamente cabe advertir que de algún modo, tal incomprensible razón, en vez de convalidar el poder fáctico de la norma, convalidaría el poder normativo de lo fáctico, esto es, como si en lugar de que la libertad política constituyera la social, fuera la social la que constituyera la política; con el olvido de la dualidad político-social de una moderna sociedad cuyo carácter histórico es mediado por la Ley Primera. Sin perjuicio, asimismo, de que conceptos tales como el del «sano sentimiento del pueblo», nos traigan aromas «rousseauianos» o, peor aún, de unas ideologías políticas más recientes, parece hoy muy discutible hablar sin mediación constitucional del sentido de la independencia de la «participación popular» relativa al jurado. Defender su mayor independencia (si es que cabe graduación) paradójicamente por la ausencia de profesionalidad y falta de permanencia de sus componentes, sobrelleva al menos el anacronismo histórico de utilizar un argumento decimonónico de transición, comprensible entonces frente al viejo sistema de nombramiento o promoción de la magistratura por el Ejecutivo<sup>147</sup>. Aparte está el olvido de que el juez lo es en la medida en que su independencia conlleva su exclusivo sometimiento a la ley, desde su comprobada capacidad profesional.

Carece literalmente de sentido sustentar que el jurado sea «vía de democratización de la Justicia» y que «formando parte integrante de la soberanía popular está el derecho a juzgar y a ser juzgado por sus iguales», o mantener que «...el sistema de jueces legos (sea)...junto con el sufragio universal, una de las piedras angulares del sistema democrático». La democratización de la sociedad deriva de la bondad técnica de la Constitución que la realiza exclusivamente; o sea, de la adecuada fluidez de la igual libertad política activa de sus miembros y de la debida representación de sus intereses, encauzados en su proceso de renovación y desarrollo socializante. La vía pues de democratización de la Justicia, de la Legislación y de la Administración es el perfeccionamiento de su regulación en la Norma Primera conforme a sus valores y principios y en armonía con los fines de ésta. El derecho a juzgar y a ser juzgado, a legislar y ser legislado, y a administrar y ser administrado es de todos, pero constitucionalmente acorde con el objetivo proceso de articulación funcional de los respectivos poderes y con una división de trabajo especializado personal, tan arraigada ya precisamente en la concepción constitu-

<sup>146</sup> SORIANO, op.,cit., pp. 17, 54 y 24-25.

<sup>147</sup> KERN/ROXIN, *Gerichtsverfassungsrecht*, München, 1975, p.15. Sigue siendo de gran utilidad el manejo de la obra de BIENER, F.A., *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1827, Scientia Verlag Aalen 1965., ya anteriormente PISANELLI, G., *De'Giurati*, 2ª ed., Napoli, 1868, pp.195 y ss y 201 y ss.

yente revolucionaria<sup>148</sup>. Como garantía -que tendría que ser institucionalmente reglada- importaría, más que esta comprensión del jurado como «vía de democratización de la Justicia», en cuanto representante de la «soberanía popular», el control del ejecutivo por su mayor envergadura aplicativa de la ley y todavía más respecto del gobierno como concepto constitucionalmente opaco, dada su fluida realidad actual, amén del control de la función representativa popular de los parlamentarios dudosamente asumible sin responsabilización, paralelamente ausente en el propio jurado. Pero si la democracia constitucional preceptivamente establece la igualdad política, calificar a esta exigua y ocasional intervención popular en la Justicia de piedra angular democrática responde a un incongruente criterio representativo carente de la razón cooperativa desde la que sólo la sociedad se realiza autónomamente. El pilar directamente democrático, popular y concreto, después del teórico constituyente, es el exclusivo de la estricta igualdad política ciudadana activamente dependiente a su vez de la selección electiva del representante idóneo por la garantía de su rectitud y capacidad personal. De aquí que el juez, que es también ciudadano, profesionalmente está sometido a la ley -siendo además controlable en sus decisiones por otro juez-, conforme a sus conocimientos y experiencia del decurso del derecho vivo, de la vida jurídica, por lo cual está habilitado para juzgar, con gran ventaja, frente a un heterogéneo y reducido colectivo ocasional sin mayor calificación y aval que la de su ciudadanía.

Pretender hoy, desde la eventual atomización social que incorpora el jurado, una legitimadora razón social, implica desconocer también la etapa histórica en que vivimos<sup>149</sup>, en la que la intercomunicación personal decae en veloces homologías vivenciales yuxtapuestas (FOUCAULT)<sup>150</sup>. Por el contrario, el juez profesional puede constitucionalmente acometer con ventaja el sentido finalista de la integración jurídica del caso (KRIELE) con el exigible recurso al sentido jurisprudencial previsto por el propio Ordenamiento<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> Recordemos así al Abate Sieyès.

<sup>149</sup> Ampliamente, entre otros, en SCHULZE, Gerhard, «Metamorphosen der Sozialwelt seit den fünfziger Jahren», Mitteilungen, Institute für Sozialforschung, Frankfurt a.M. Heft 2, Februar 1993, pp.80 y ss.

<sup>150</sup> Es evidente que la tendencia modernista de la postguerra iniciada por una integración técnico-industrial, pasando por su comprensión contestataria y culminando en la composición de grupos yuxtapuestos de «homologías» vivenciales de creciente velocidad de renovación, invierten históricamente la cultura hacia el futuro trayendo su razón histórica básica. Sobre ello, más ampliamente vid. SCHULZE, op., cit., passim.

<sup>151</sup> No se olvide, como dice nuestro TC en su Sentencia 246/93 de 19 de julio FJ 3: «la función que la Constitución reserva a los jueces y tribunales (art.117.3 CE) de interpretar y aplicar la legalidad ordinaria...(la) función de unificación de la doctrina legal corresponde a los órganos superiores de la Jurisdicción ordinaria, a través de los recursos de casación o revisión, siendo pues sus criterios los que resultan vinculantes como fuente complementaria del derecho (art.3.6 Cód.civ) sin perjuicio de la evolución de

Tratándose de libertades y derechos básicos (en la práctica totalidad de los delitos graves, en mayor o menor grado lesionados), la renovación de la ley ha de buscar su sentido general teleológico en el contexto del orden jurídico. En modo alguno puede depender su percepción de un puñado de coyunturales y diversas sensibilidades existenciales de índole personal.

Suponer la necesidad de actualizar, desde una representación existencial de la sociedad, dicha concepción jurídico-fundamental, exigiría la legitimación comprensible de la razón de juicio o de la sensibilidad que garantizase la autenticidad de tal función del jurado. No ha de olvidarse que los distintos planteamientos de selección de sus miembros suelen coincidir en sus exigencias con las contempladas electoralmente, sin perjuicio de mediatizaciones ideológicas o abstencionistas<sup>152</sup>, amen de que de una inflexible aplicación del procedimiento censal de distrito surja un jurado ideológicamente desequilibrado y diverso en cada caso, y ajeno a su pretendida representatividad social<sup>153</sup>, como ya se denunciaba a fines del siglo pasado<sup>154</sup> y a principios de éste<sup>155</sup>.

La vigente bondad del jurado resulta menos aceptable desde la progresiva complejidad de las infracciones punitivas. Las infracciones delictivas, adecuándose al tiempo, se realizan y encubren no con la simplicidad de antaño sino frecuentemente -al menos en la delincuencia más lesiva socialmente- con uso de medios sofisticadísimos cuya apreciación/valoración no está a la

---

la propia doctrina originada en los órganos superiores o en la confirmación de resoluciones suficientemente fundadas de los inferiores». A ello se une, singularmente, la tarea creadora del TC (argumento en arts.164.1 CE y 5.3 LOPJ.

<sup>152</sup> Vid.así a LÖWE/ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und der Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar*, Berlin-N.York, 1979, p.244., KERN/WOLF, *Gerichtsverfassungsgesetz*, cit.,p.152

<sup>153</sup> de este modo el § 36.2 GVG prevé que las listas de propuestas habrá de tener en cuenta, proporcionalmente, todos los grupos de la población según sexo, edad, profesión y posición social.

<sup>154</sup> Así PACHECO, Francisco de Asis, *La Ley del Jurado comentada*, Madrid, 1888, p.309 y 310 dijo que ha de procurarse que «el Jurado no se forme de una sola clase, que el Jurado sea una verdadera representación de la sociedad y que en él tomen asientos personas de distinta posición y fortuna, que provengan de diferentes clases sociales...(es menester) que vayamos á todas las clases sociales, á todas las categorías y elementos que constituyen el pueblo, la generalidad de los ciudadanos que, por venir de aquí y allá, sin tener entre sí vínculos estrechos, puedan representar y significar lo que se piensa y lo que se cree, lo que pueda pensarse y creerse acerca de un hecho entre varias colectividades á que ese hecho afecta.»

<sup>155</sup> DE CASTRO Y ALBURQUERQUE,E., *Funcionamiento del jurado en España.Necesidad de su reforma*, Salamanca, 1914, p.9. «El jurado, para representar la opinión y conciencia públicas, ha de constituirse con ciudadanos pertenecientes á las distintas clases sociales, ...»

altura del hombre de la calle o bien, del hombre masa -en el genuino sentido de ORTEGA Y GASSET-.

Aún en delitos aparentemente de todos los tiempos (homicidios, robos, etc.) se requiere un apoyo técnico para precisar la culpabilidad desde una objetividad que proporciona la experiencia de juzgar unida al concurso pericial.

Creo pues factible afirmar que la pretendida participación popular ciudadana en el órgano juzgador no armoniza ni con el histórico sentido del jurado popular francés, ni con su evolución que residualmente ha conducido al escabinado, ni con la configuración constitucional de los diversos poderes y del papel que la Ley Fundamental asigna al juez, del que es exigible una mayor preparación jurídica, dotándole orgánicamente de los medios imprescindibles para mantener su independencia —en esencia de carácter negativo- y su procesal imparcialidad. La participación popular ciudadana en el órgano sentenciador responde más a un demagógico intento populista que a un auténtico propósito personalizante de creación de libertad<sup>156</sup>.

---

<sup>156</sup> Finalmente y para terminar este punto, recordaré que con independencia de la función del precedente de los doce testigos normandos del lugar del inculpado, la garantía que caracteriza al jurado, tanto en su primera aparición inglesa como después francesa, radica en la de un juicio entre iguales -miembros integrantes del jurado e inculpado-, en la primera, con orientación conservadora estamental frente al nuevo comportamiento judicial ajeno al viejo derecho de la tierra, y, en la segunda, revolucionaria, frente al derivado del Viejo Régimen. En ambos casos nace, como ya se ha dicho, en época de transición constitucional, en Inglaterra desde el temprano absolutismo normando del siglo XI, y en Francia con la revolución liberal. Parece evidente que el jurado inglés es índice del conservadurismo desde el cual la organizada sociedad asume su evolución constitucional fortaleciéndose, diversamente al jurado del ámbito carolingio francés que lo es revolucionario pero desde el que se renueva el denominado protagonismo del Estado, respectivamente, en Inglaterra, a causa de la moderna representación que posibilitó la pronta aparición del parlamento, y en Francia, a la de la vieja representación que intenta Rousseau sustituir por la delegación, matiz que parece antes perceptible, p.ej cuando Locke habla también de delegaciones y en Hobbes se distingue entre la tradicional representación del monarca con la caracterización absortiva que él la presta y la mandataria del parlamentario. Es claro que el mantenimiento liberal de esta vieja representación, provoca en consecuencia el concreto problema «social» que ha de sustituir al abstracto «político», como ya profetizó von Stein tempranamente. De aquí que la culminación jurídica fundamental inglesa se manifieste en la generalización del privilegio y la continental en la concreción de su abstracción. Remitiéndonos en este contexto al área continental respecto a la noción moderna del jurado de procedencia francesa, su evolución histórica acarrea su deslegitimación. Se trata de un Tribunal entre iguales, con un carácter constituyentemente negativo antes que político y con una homogeneidad revolucionaria limitadamente burguesa. Lógicamente este carácter constituyente se transforma en algún modo y límite en el negativo y ambivalente civil cuando se consuma al fin la Constitución liberal en la revolución de julio, pero ya con la consecuente orientación de la de febrero, dando paso a una moral pequeño bur-

- a) Sobre el reinstalado jurado en España. Aunque en la española Constitución de 1812 se alude al jurado en su art.307<sup>157</sup>, no aparece sancionado en norma procesal alguna hasta la Ley de imprenta de 22 de octubre de 1820, intentándose su generalización en sede procesal penal, con el Proyecto de Código de procedimiento criminal de 1821<sup>158</sup>, posteriormente en

guesa resultante de la legitimación nacionalista anterior. De hecho, esta fugaz realidad ofrece el modelo de la supuestamente subsistente legitimación social del jurado. Es indudable que la legitimación «constituyente» ha de entenderse implícita en el reformismo político socialista como una estética pretensión mas de subsanar la inutilidad del silenciado y aceptado defecto representativo de una Constitución liberal, hipotéticamente así cerrada, por el intensivo cambio de orientación. Es decir, desde la generalizada culminación jurídica básica del constitucionalismo occidental de la 2ª postguerra, carece pues de justificación una legitimación directa del jurado. De otra parte, la negativa sensibilidad social legitimadora del jurado que habría de encauzarse políticamente por comprometidos representantes y convalidarse en el Parlamento, parece pues problemática ya que no demagógica. Su ya confusa función judicial, a la vez participativa y controladora, presenta asimismo, en cuanto a su representatividad positiva social, otras dificultades para su comprensión. En principio no tiene obviamente el carácter representativo de una sociedad, ya contraída - conforme a la malversación del viejo y aquí ocioso precedente testimonial normando de vecindad- al ámbito provincial, cuya percepción existencial afín a la del inculpado en todo caso hubiera sido mejor buscarla en la sectorialidad profesional, estamentalidad económica y nivel cultural, que conjuntamente pudieran ser a su vez proporcionados índices de una concreta sociedad globalmente representada. De otra parte, la aleatoria y diversa procedencia del jurado le incapacita para un conocimiento receptor del sentido jurídico general de la sociedad relativo al caso. En segundo lugar el problema del carácter judicial del jurado no deriva propiamente de la ya reconocida indivisión del hecho y del derecho en la apreciación de la «Tatsache» juzgada implícita en la decisión de culpabilidad, sino en la desposesión del juez de su propia función, sustituida por la de la aplicación de la pena prescrita, mientras que el veredicto carece de legitimación judicial al no ofrecer las ineludibles garantías procesales, como de manera sobrada se ha puesto y sigue poniéndose en evidencia en sistemas como el de los EEUU. Finalmente, tampoco es posible considerar al jurado enraizado o como exponente representativo de una sociedad civil, porque la característica de su versión actual no es constituyente ni política ni social, antes bien esta sociedad civil nace con la conciencia de la pertinente pretensión particular de exigir constitucionalmente el recto ejercicio de la actividad pública que en particular afecte a sus intereses propios.

<sup>157</sup> Art.307 Const.de Cádiz de 1812: "Si con el tiempo creyeren las Cortes que conviene haya distinción entre los jueces del hecho y del derecho, la establecerán en la forma que juzguen conducente".

<sup>158</sup> En la Exposición de Motivos del Proyecto de código de procedimiento criminal presentado a las Cortes por la Comisión especial nombrada al efecto, impreso de orden de las mismas en la Imprenta Nacional el año de 1821, se dice: «...La principal novedad que se nota en este proyecto es la distinción de jueces de hecho y de jueces de derecho. El artículo 307 de la Constitución encarga, que si con el tiempo creyeren las Cortes que conviene haya distinción entre los jueces del hecho y del derecho, lo establecerán en la forma que juzguen conducente". "Es conveniente esta distinción?"Ha llegado el tiempo de establecerla? ¿Cuál es la forma mas conducente? Tanto es lo que se ha escrito á favor de la conveniencia de este estableci-

la Ley de imprenta de 17 de octubre de 1837 -derogada en 1845-; se restableció el jurado por Decreto de 2 de abril de 1852 (para determinados delitos de imprenta), más tarde en el art.276 LOPJ de 1870 pero sin

---

miento, y tanto y tan bueno lo que las Córtes han oído y leído, ya en la discusión de la ley de libertad de imprenta, ya en el proyecto de ley sobre abreviación de causas en razón de la oportunidad y disposición en que se halla la Nación para admitirlo, que la comisión apenas tiene nada que añadir cosa alguna, ni otra necesidad que la de sentar algunas axiomas como bases de este edificio. El origen del jurado, establecimiento amigo del hombre y de su libertad, se pierde en el caos del tiempo. Quizá nació con la sociedad civil, y fue anterior á las leyes escritas. La historia nos le ofrece como inseparable de los pueblos libres y del sistema representativo. Grecia y Roma, y todos los pueblos que han tenido algún respeto á sus libertades, lo han reconocido, y le han conservado mas ó menos puro en razón del mejor ó peor estado de su libertad política. Degenera y se vicia con el poder absoluto; se perfecciona y fructifica con la fuerza é independencia del poder judicial. En Inglaterra es un árbol frondoso, que arraigado en el espíritu público, no tiene que temer la fuerza y violencia de los huracanes, y acaso su jurado es el mejor sosten del equilibrio de sus poderes y de la robustez de sus costumbres. La Francia lo estableció en medio de su revolución; pero no dió fruto alguno, porque la agitación es un aire abrasador que acaba con la fuerza de las leyes, y consume y aniquila el orden y la justicia. La tranquilidad y una administración fuerte y vigorosa por lá ley es el terreno en que crece derechamente esta planta. Si el jardinero se empeña en dirigirla á su fantasía, se resiente y enerva. Tal es la consecuencia que produce actualmente en Francia el sistema de jurados modificado á gusto de Napoleón. La comisión, convencida de la utilidad de semejante establecimiento, de que es esencialmente necesario y compañero inseparable del sistema representativo; de que se resiente de toda influencia que no sea la de la opinión pública y del orden, y de que solo puede plantearse en el estado de tranquilidad, pasa á manifestar los motivos que la han dirigido para el establecimiento del jurado que propone. La primera dificultad con que se halló fue la planta actual de nuestros tribunales del crimen, y la necesidad de darles una nueva forma con arreglo á los procedimientos de que se trata...(p.VI)...La propuesta y elección de los jueces de hecho es uno de los mas importantes en concepto de la comisión, y por desgracia ha encontrado á los publicistas divididos en esta materia. Unos quieren la intervención del poder judicial en ellas : otros se la niegan. La experiencia de las naciones antiguas y modernas ofrece iguales alternativas, unas haciéndolo de un modo enteramente popular, y otras por medio de los agentes del gobierno. La comisión, que no cree hallar lo bueno en los extremos, ha opinado por una parte que la propuesta y elección es negocio puramente político, y solo considera como parte del poder judicial á los jueces de hecho despues que han sido elegidos para su convocación, instalación y dirección. Por otra ha tenido en consideración que los gefes políticos, que son responsables de la tranquilidad de su provincia, no debían estar privados de tener una parte en la elección de aquellos hombres de mas tino y prudencia, que en cierta manera fuesen como garantes de la averiguación y persecución del crimen; mas para prevenir el extremo contrario, esto es, la demasiada influencia del gobierno, solo se les concede la mitad del jurado de acusación, dejando la otra mitad y todo el de calificación á la diputación provincial. Por este medio, y dejando al cargo de los ayuntamientos las propuestas, se reduce á su justo equilibrio el ejercicio de la autoridad con la libertad del pueblo, y se compromete á unos y otros á competir en la mejor elección, y á estimular en los elegidos el buen desempeño en las latas funciones que se le confían... (p VIII)»



llegar a regir en España con plenitud en el enjuiciamiento criminal hasta la Ley de 20 de abril de 1888 –con el desastroso precedente de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 que desembocó en su suspensión en 3 de enero de 1875-. Puesto en marcha de nuevo, fue ampliada su competencia por L. de 10 de julio de 1894, progresivamente limitada hasta que fue suspendido por Decreto de 21 de septiembre de 1923 -con el precedente para algunas provincias catalanas de su suspensión por DD de 4 de febrero de 1907 y de 7 de agosto de 1920-. Por Decreto de 27 de abril de 1931 se restableció la Ley de 1888, con algunas reformas en especial concernientes a su ámbito competencial y al número de jurados reducido de 12 a ocho, incrementadas las modificaciones en D. de 22 de septiembre de 1931. Tras la rebelión de 1936 que dio lugar a la guerra civil, en el sector nacionalista se promulgó el Decreto de 9 de septiembre de 1936 del Presidente de la Junta de Defensa Nacional Española por el que fue de nuevo suspendido<sup>159</sup>. Por LO 5/1995 de 22 de mayo, se restaura con ciertas modificaciones<sup>160</sup> en España el viejo y caduco jurado popular estimándose errónea e infundadamente que venía exigido por el art.125 CE<sup>161</sup>.

Brevemente debo matizar que el precepto constitucional citado habla de la posibilidad de que los ciudadanos participen en la administración de la Justicia, lo mismo que el renglón precedente reza que podrán ejercer la acción popular.

Se ha dicho por algun autor que “Desde un punto de vista subjetivo, el Derecho fundamental sancionado por el art.125 CE no es más que la manifestación del derecho en el Poder Judicial que todos los ciudadanos tienen a participar en los asuntos públicos (art.23 CE). Se trata de un derecho perteneciente a la esfera del ‘status active civitatis’, mucho más perfecto que los que contemplan igual participación en otros Poderes del Estado...Pero al propio tiempo, el Jurado no es sólo un derecho, sino que entraña también el ejercicio de un deber...pertenece a la categoría acuñada por CARNELUTTI de los ‘derechos-deberes’...”<sup>162</sup>. Articular sobre esa

---

<sup>159</sup> A mi entender carece de sentido si tal Decreto suspendió o derogó la Ley de 1888, lo que ha sido debatido por ALCALA-ZAMORA,N., “A propósito del jurado”, en *Ensayos diversos de Derecho procesal*, barcelona, 1985, p.73, y FAIREN GUILLEN,V., *Los Tribunales de Jurado en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1979, pp.16-7

<sup>160</sup> Por ejemplo en cuanto a la exigencia de motivar el veredicto (art.61.1.d) LOTJ, posibilidad a través del Magistrado-Presidente de formular preguntas a los acusados, testigos y peritos (art.46.1 LOTJ, etc.

<sup>161</sup> Art.125 CE “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

<sup>162</sup> GIMENO SENDRA,V., “El art.125 de la Constitución española”, en *I Jornadas sobre el Jurado*, Dir-Coord.Burgos Ladrón de Guevara, Univ.de Sevilla 1995,pp.154-5

redacción un derecho/deber público subjetivo comporta desconocer, de una parte, la opinión de autores como LALLA para quien esa categoría jurídica del “derecho-deber” es un verdadero sinsentido desde el punto de vista dogmático”, tras la que se disfraza la fidelidad dogmática a la potestad “para no tener que reconocer enteramente su encuadre en la categoría de las obligaciones”<sup>163</sup>; de otro lado que CARNELUTTI<sup>164</sup> trajo tal noción de JELLINEK<sup>165</sup>. Este autor formuló esa categoría jurídica, en cuyo núcleo situó el sufragio. Del «status activae civitatis» o capacidad del individuo para actuar como órgano del Estado, dimanaban competencias estatales y pretensiones<sup>166</sup>; no es factible por ende fundar en tal «status» el contenido de un derecho individual pues, como de modo explícito mantuvo JELLINEK, «ser jurado o escabino es una obligación en favor del Estado»<sup>167</sup>, un deber del individuo de actuar como órgano del Estado<sup>168</sup>, atribuyéndosele un «status» distinto del «status activae civitatis» -> Status activo» que no forma parte del «status activae civitatis» (“Es ist der Status der aktiven Zivität in Kürze der aktive Status”)<sup>169</sup>. Agrégase a lo dicho que hoy en día se ha superado la visión de JELLINEK del sufragio como “función pública” al entenderse como un derecho fundamental.

Cabría destacar además la tendencia de algunos defensores del jurado popular, acogida en la Exposición de Motivos de la LO 5/1995 de 23 de mayo, del Tribunal del Jurado, a proclamar que “Nuestra Norma Fundamental enlaza el instrumento del jurado, de forma indiscutible, con dos derechos fundamentales: la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, del art.23.1 CE, y el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley del 24.2 de nuestro texto fundamental”<sup>170</sup>. El art.23.1 CE reza “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”. Es manifiesto que este precepto constitucional está aludiendo a la participación política; acaso por ello fuerzan equivocadamente la lectura de JELLINEK, en un frustrado intento de justificar el jurado y la participación en el mismo corriendo el

<sup>163</sup> LALLA,P, *Il concetto legislativo de azione penale*, Nápoles 1966, pp.24 y ss.

<sup>164</sup> CARNELUTTI,F., “Ensayo de una teoría integral de la acción”, en *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1961, esp.pp.33 y ss.

<sup>165</sup> JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Nachdruck der 2. Aufl. Tübingen 1905, Darmstadt, 1963, esp.p.139

<sup>166</sup> Tienen interés las págs que le dedica ALEXY,R, *Teoría de los derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, esp.pp.247 y ss.

<sup>167</sup> JELLINEK,G., *System der...*, cit., p.138 :»...Wehrpflicht, Geschworenen, Schöffenpflicht verschafften dem Staate Dienstleistungen, die er als seine eigenen Handlungen sieht aneignet».

<sup>168</sup> JELLINEK, *System der...*, op.,cit., p.139:»In allen diesen Fällen entsteht und besteht eine auf den Individuum ruhende Pflicht, als Staatsorgan tätig zu werden».

<sup>169</sup> JELLINEK,cit,p.139

<sup>170</sup> Sic.Exposición de Motivos de la citada LO 5/1995, párrafo IV.

riesgo además de que pudiere pensarse que el "legislador" entiende como función política la participación en la función jurisdiccional. Creo que es innecesario destacar su contrasentido, pues según se ha dicho<sup>171</sup> ello nos conduciría a preguntarnos si formar parte del jurado es un derecho "político" -condicionado además al resultado de un sorteo-, cuando "per se" la función del jurado es (o al menos debe serlo) jurisdiccional y no política. Es menester que apunte "el acto fallido" en que se incurre al restaurar el jurado en la línea ya denunciada, de confirmar/adelgazar la escasa participación política ciudadana "compensándola" con la judicial.

Afirmar también el nexo entre los arts. 125 y el 24.2 (juez legal) de la CE implica asimismo preterir el recto sentido del art.117 CE que, con exclusividad, reserva la potestad jurisdiccional a los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la ley. Acaso para eludirlo el art.3.3 LOTC proclama que «los jurados en el ejercicio de sus funciones, actuarán con arreglo a los principios de independencia, responsabilidad y sumisión a la Ley, principios a los que se refiere el art.117 CE para los miembros del Poder Judicial»:

Desde lo dicho, ese art.3.3 LOTC es merecedor, al menos, de dos puntualizaciones. La primera radicaría en las profundas dudas acerca de la posibilidad de hablar del jurado como «juez legal, ordinario o predeterminado por la ley», pudiendo encontrar esta tesis parcial en el voto particular de GIMENO SENDRA a la STC.113/1995 de 6 de julio, con base en su discutida independencia de los Tribunales Militares, entre otros datos, según afirma en el voto particular, por su carencia de inamovilidad, jerarquización, etc.; «mutatis mutandis» sería factible cuestionar la independencia exigible al Tribunal del jurado, a la luz de preceptos como los siguientes: facultad/deber del magistrado-presidente de darle instrucciones (arts.54 y 57 LOTJ), de devolver el acta (art.63 LOTJ), de disolver el jurado anticipadamente cuando "ex officio" estime la inexistencia de prueba de cargo suficiente (art.49) o de disolverlo tras la tercera devolución del acta por el jurado en las hipótesis contempladas en el art.65, sin olvidar la posibilidad de recusar sin causa -en todo caso circunscrita bien es verdad a los candidatos a jurado-, etc., etc.

Una segunda puntualización de ese art.3.3 LOTJ alude a lo que parece que por definición es un juez lego. Si bien en teoría, como cualquier ciudadano, no desconoce la ley -en verdad «no debe ignorar la ley»-, en modo alguno puede ser obligado a llegar a conocerla para nada menos que saber aplicarla. *Item* más, en el juez honorario se busca una persona que carezca de formación jurídica. En un intento de armonizar tal extremo: «so-

<sup>171</sup> En un breve pero enjundioso trabajo ha sido denunciada tal posible asimilación entre lo político y lo jurisdiccional. VIDAL ZAPATERO/REY MARTINEZ, "La Constitución y el legislador del jurado", en Revista Abogados de Valladolid, dic.1995, núm.14, esp.p.21.

metimiento a la ley y rechazo de sus concedores», el legislador del jurado en el art.61.1.d) impone un Tribunal, razonablemente no integrado por juristas, que habrá de excluir cualquier conocimiento extraprocesal ajustándose a lo hecho y dicho ante él en juicio oral; lo que podrá comprobarse en la sucinta fundamentación del veredicto, fruto de su deber de examinar «sin odio ni afecto las pruebas» y de resolver «con imparcialidad» (art.41 LOTJ)<sup>172</sup>. Pero también la LOTJ prescribe que los jueces honorarios deben «valorar componentes normativos ínsitos en su conclusión de culpabilidad o inculpabilidad» o que «dan lugar a la exención o no de la responsabilidad penal»<sup>173</sup>. Es decir, se les selecciona porque son ciudadanos no juristas, pero se les impone un ciego sometimiento al momento procesal, sin prejuicios, sin atender a elementos o informaciones ajenas (periodísticas, televisivas, etc.), atribuyéndoseles así la sencilla capacidad de impermeabilizarse frente a lo social -que es lo que les justifica- y, a mayor abundamiento, de valorar componentes normativos.

- b) Otros aspectos a destacar de la LOTJ de 1995 son los siguientes: Se prevén dos momentos de valoración de la prueba y dos órganos distintos para la apreciación. Así el art.49 LOTJ atribuye al Magistrado-Presidente, bien *ex officio* o bien a solicitud de la defensa, decidir la existencia o inexistencia de prueba de cargo acerca de los hechos que se imputan y/o sobre su suficiencia para fundar una condena de alguno o algunos de los acusados. En la hipótesis en que valore dicha inexistencia respecto de algún hecho y/o acusado decidirá que no ha lugar a emitir veredicto en relación con los mismos, y si llegare a tal criterio de inexistencia probatoria respecto del «hecho justiciable» atribuido al acusado, disolverá el jurado dictando sentencia absolutoria *motivada*. Es decir, el Magistrado-Presidente no sólo instruye y tutela al jurado sino que además, desconfiando de su idoneidad para advertirlo, impide que delibere. Evidentemente la valoración probatoria del jurado ha de ir precedida del filtro apreciativo del Magistrado-Presidente que condiciona en los límites del art.49 su disolución y el ámbito objetivo y subjetivo de su veredicto.

Se prescinde del viejo sistema francés de la íntima convicción, en pro del de razonada libertad valorativa que supone: la existencia de actos de prueba, la sujeción exclusiva a ésta en la formación de su convicción y el razonamiento de la operación valorativa<sup>174</sup>. El jurado restaurado en España

<sup>172</sup> Fuera queda naturalmente el sentido jurídico de la imparcialidad, distinto de neutralidad, por el que el decisor está fuera del conflicto no inclinándose por posición alguna que no sea la legalmente establecida. De aquí que la imparcialidad comporte la sujeción a la ley, a la voluntad general que connota la supeditación a todos luego a nadie en especial. La neutralidad significa equidistancia provocando juicios como los salomónicos o los del cadí.

<sup>173</sup> Sic. Exposición de de Motivos LOTJ

<sup>174</sup> Recuérdese que el razonamiento probatorio viene entendiéndose que conlleva: establecer los resultados de la ponderación probatorio a fin de fijar si la

delibera sin el magistrado, siendo apto [tras el previo filtro del Magistrado-Presidente] para saber qué es prueba, cuándo concurre una mínima actividad probatoria con todas las garantías procesales exigidas para su ponderación y cuándo es de cargo; o sea, que de ella pueda deducirse la culpabilidad del acusado: trascendencia determinante a efectos de su subsunción normativa desvirtuando la presunción de inocencia. Esto parece difícil en un juez no permanente, no profesional, que habrá de ser compensable con la ayuda de un magistrado-presidente capaz de instruirle clara y exhaustivamente de las normas y orientaciones jurisprudenciales sobre la prueba: piénsese en los testimonios de referencia, en las diligencias sumariales, prueba anticipada, en la doctrina tan contradictoria del TS acerca del valor de las pruebas ilícitas y hasta dónde llega la ilicitud<sup>175</sup>, etc. Su viabilidad ha de incardinarse en un país carente además de tradición juradista y de una jurisprudencia y doctrina como la que se ha venido elaborando durante muchísimos años en las naciones anglosajonas. Ser jurado es un “deber/derecho” (art.6) conectado por un sector doctrinal al derecho de participación (?)<sup>176</sup>. Salvo en las excepciones previstas, es obligatorio ser jurado estando sancionada la incomparecencia injustificada a la primera citación del candidato a ser jurado con una multa de 25000 pts, pudiendo llegar a imponérsele la de 100.000 hasta 250.000pts (art.39.2 LOTJ), en proporción a sus recursos económicos, amén de las responsabilidades penales si persistiere en su actitud (arts. 39.II, 41.4 y 58.2 LOTJ). Se castiga la inasistencia de los candidatos a jurados designados para una causa a fin de proceder a su selección, la negativa de los designados a prestar juramento o promesa (art.41 LOTJ), el abandono del cargo o incumplimiento de las obligaciones y el no votar el veredicto (art.58.2 LOTJ). En este último supuesto, además, se prescribe expresamente (art.58.3 LOTJ) que la abstención de un jurado se entenderá voto a favor de no considerar probado el hecho perjudicial para la defensa y de la no culpabilidad del acusado.

En cuanto expresión del “derecho de participación ciudadana”, no hay en cambio “derecho” a ser juzgado por jurado sino que es una obligación en

---

convicción se ha formado segúndum allegata et probata y no con elementos extraños, aún del saber individual del juez o su traducción personal del colectivo; señalamiento de los criterios valorativos seguidos; explicación del iter formativo exponiendo pq repelió unas pruebas y primó otra u otras. Así vid. COMOGLIO, L.P., «Prove e accertamento dei fatti nel nuovo cpp», Riv.it.dir e proc.pen., 1990, p.140, tb DE LUCA, G., «Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito», Riv. it.dir e proc.pen., 1992, 4, p.1259.

<sup>175</sup> vid. PEDRAZ PENALVA, E., «Apuntes sobre la prueba pericial en el proceso penal. Particular consideración de la pericia psiquiátrica», en RiberDP, 1994, 2, pp.329 y ss y, en esp.pp.364 y ss.

<sup>176</sup> Me remito a lo ya dicho acerca de esa categoría de “derechos-deberes” y su aplicabilidad al jurado.

las hipótesis normativamente previstas, con lo que no cabe, como en los EEUU de Norteamérica, la alternativa de ser juzgado por un Tribunal profesional o por un jurado, opción que sí contemplaba la Ley española de 1888 en su art.65. He de hacer hincapié por tanto en que ha desaparecido el jurado expresivo del derecho a ser juzgado por los iguales en pro del derecho(deber) a juzgar a los "conciudadanos".

Pintoresco a la vez que trascendente es su ámbito competencial. Primero he de recordar que el jurado sólo conoce y decide, interviniendo únicamente, pues, en el juicio oral, pero no en la fase de investigación, de forma que no se pronuncia como «jurado de acusación» decidiendo la formación de la causa, según subsiste en algunos Estados de Norteamérica y rigió en España con la Ley de imprenta de 22.10.1820.

Se fija su esfera competencial en el art.1 de la Ley, reformado por LO 8/95 de 16 de noviembre y además por el nuevo código penal, aprobado por LO/1995 de 23 de noviembre, BOE del 24.

Conoce y falla el Tribunal del jurado en los procesos por delitos, no por faltas (salvo en principio de las incidentales), y siempre que se trate de algunos de las infracciones del núm.1, acotadas por el cód.penal en el núm.2, del art.1 de su ley reguladora.

Como se sabe, hay varios criterios para fijar la competencia: «ratio personae» (arts.57.1, 1º y 2º, 61.1,4º LECrim); «ratio materiae» (304 LECrim); «ratio locii» (arts.146.2,191,490,492 bis Cód.Pen, 61 CodPenMilitar). Nuestra LECrim opta en el art.14 por atender, en abstracto, a la gravedad de las penas, mientras que la LOTJ ha elegido para fijar el ámbito de enjuiciamiento el «sistema» de enumerar los delitos, acudiendo en el nº.1 a categorías (rúbricas) delictivas y en el núm.2 a específicos tipos delictivos. Es manifiesto que se busca acotar su ámbito objetivo evitando un peligroso incremento de causas -que únicamente se propiciará a medida que «la experiencia y la consolidación social de este instituto» lo permitan<sup>177</sup>-. También se pretende señalar con claridad las hipótesis de enjuiciamiento.

La parquedad del legislador en la delimitación competencial del jurado ha sido calificada por autores como GISBERT, PEREZ-CRUZ y GOMEZ COLOMER<sup>178</sup> como prudente a fin de permitir su asentamiento y posterior ampliación, agregando GOMEZ COLOMER que la relación es "numerus clausus" y que carecen de valor las afirmadas intenciones "a futuro" del

---

<sup>177</sup> Así se proclama en la Exposición de Motivos.

<sup>178</sup> GISBERT GISBERT, "La competencia del Tribunal del Jurado por razón de la materia", en *I Jornadas sobre el Jurado*, cit., pp.95 y ss. En la p.96 proclama "La idea es excelente, empezar por un mínimo y pensar en una ampliación progresiva conforme lo permita el arraigo social de la Institución...". PEREZ-CRUZ,A-J., "Las competencias del Tribunal del Jurado", en *Comentarios sistemáticos a la ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, con AAVV, Granada, 1996, p.36., GOMEZ COLOMER, *El proceso penal ante el Tribunal del Jurado*, Madrid, 1996, esp.pp.26 y ss.

mismo por cuanto "se olvida que el legislador democráticamente elegido es soberano para establecer los criterios competenciales que quiera"<sup>179</sup> En verdad la LOTJ ha reducido su esfera de actuación a extremos casi simbólicos, reuniendo para ello los más variopintos delitos sin criterio alguno. Se rompe la tradición que comenzó en España en 1820 con la ley de imprenta, que lo previó en los delitos de expresión, confirmado en 1822, asimismo en el Dictamen de la Comisión sobre el proyecto de reforma de la Constitución de 1845 - en que se afirmaba que «los publicistas de más nota andan conformes en cuanto a considerar al Jurado como el único Tribunal competente para los que cometen delitos por la vía de la imprenta"<sup>180</sup> -, en el art.1 del Acta adicional a la Constitución de la Monarquía española, RD.de 15 de septiembre de 1856<sup>181</sup> . Este ámbito objetivo en defensa de la libertad de expresión se mantiene durante el siglo XIX hasta la Constitución de 1869 en cuyo art.93 se le atribuyen los delitos políticos y los comunes que se determinen en las leyes. La LOPJ de 1870, la provisional de enjuiciamiento criminal de 1872 y la propia ley del Jurado de 1888 establecieron que correspondía al jurado conocer de los delitos contra la seguridad interior del Estado, sedición, lesa majestad,.etc., actualizándose en esta línea en la II Republica.

Nuestra actual ley del jurado carece de criterio selectivo. No atiende ni a la materia que históricamente le ha sido atribuida ni a la gravedad de las penas ni al contenido más grave social de algunas infracciones. Reúne sin criterio alguno varios delitos. Desde siempre la distinta naturaleza de tales infracciones, junto a la diversidad de las penas, ha dado lugar a la regulación de procedimientos "ad hoc" y de órganos especialmente aptos para su enjuiciamiento e imposición (arts.14, 779 y 962 LECrim y 82, 87 *b y d y* 89 bis.2 LOPJ); es decir, tratándose de delitos leves o de faltas se prevén juicios más sencillos y aún más rápidos a tenor de la concurrencia de singulares circunstancias (vid.arts.790.6 V, VI, VII y VIII en relación con arts. 789.5 V y 791.1 II y 3 LECrim), y, en paralelo, se atribuyen conocimiento y decisión a órganos unipersonales o colegiados. Todo esto es ignorado en el jurado en el que el mismo órgano, con el mismo proceso, enjuicia infracciones de tan diversa entidad como pueden ser el asesinato (art.139 cód.pen) y las amenazas (art.169 y ss cód.pen), agravándose ese desconocimiento precisamente por la intervención de elementos legos.

---

<sup>179</sup> GOMEZ COLOMER, cit., p.27

<sup>180</sup> Agregándose: «...de otro lado, (la Comisión) no pudo menos de reconocer, como un hecho evidentísimo que arguye contra ese Tribunal en nuestra España, sus inauditas absoluciones, a las cuales el olvido sólo puede libertar de la condenación de la Historia...»

<sup>181</sup> El art.1 del Acta adicional a la Constitución de la Monarquía española, RD.de 15 de septiembre de 1856, proclamaba: «La calificación de los delitos de imprenta corresponde a los jurados, salvo las excepciones que determinen las leyes».

El art.1. de la LOTJ, con las modificaciones introducidas por la disposición final segunda de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del código penal dando nueva redacción al apartado 2 de ese art. 1 LOTJ, extiende su ámbito de conocimiento y fallo a las siguientes infracciones:

Delitos contra las personas (homicidio y asesinato, arts.138-140 cód.penal).  
Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (infidelidad en la custodia de presos y de documentos, cohecho, malversación de caudales públicos, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, arts.413 y ss, 419 y ss, 428 y ss, 432 y ss, 436 y ss, 439 y ss y 471, todos del código penal).

Los delitos contra el honor se excluyen porque, estando en el núm.1, no están en la concreción del reformado núm.2 por el código penal.

Delitos de omisión del deber de socorro (arts.195 y196 cód.pen).

Delitos contra la libertad y la seguridad (allanamiento de morada y amenazas, arts.202 y 204 y 169.1º cód.pen).

Delitos de incendios (incendios forestales, arts.352 a 354 cód.penal).

Muy brevemente, tras la sumaria exposición realizada, diré:

- a) que en los delitos cometidos por funcionarios públicos la jurisprudencia ha venido entendiendo extensivamente dentro de la categoría de funcionario público a las personas revestidas de autoridad y aunque el número de procesos por estos delitos haya sido mínimo (en los últimos 100 años no habrá habido más de 400 sentencias del TS y menos de la mitad condenatorias) es claro que se trata de delitos preñados de elementos normativos: ej. las malversaciones, cuya delimitación exige conocimientos jurídicos, administrativos, financieros etc.;
- b) que los delitos de amenazas, se limitan a las condicionales y cuyo mal sea constitutivo de delito, no provocando un número excesivo de causas;
- c) que los delitos de omisión del deber de socorro no son tampoco frecuentes, salvo que se acuda a las hipótesis dimanantes del tráfico de vehículos, con lo que por conexidad podrán resultar enjuiciadas infracciones de esa naturaleza.

El peligro de la conexidad es percibido por el propio legislador de la LO 8/1995 al precisar en su art.primerº núm.11 que «No obstante lo anterior, y sin perjuicio de lo previsto en el art.1 de la presente Ley, en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación, así como aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa»<sup>182</sup>.

<sup>182</sup> El CGPJ en su Informe de 5 de mayo de 1999, también resalta entre los problemas que plantea la competencia objetiva del Jurado, el de la interpretación del art.5.2 referente a la conexidad. Mantiene que "... los Jueces de instrucción adoptan un



De la competencia expuesta interesa reseñar la menor amplitud de la que aparentemente se pretende; su indeterminación por las rúbricas utilizadas -ya reformadas en la LO 8/1995- y que lo son también a la luz del nuevo código penal aprobado; la heterogeneidad de los delitos y complejidad jurídica de algunos; que algunas de las causas a enjuiciar por jurado estaban atribuidas a los jueces de lo penal por el procedimiento abreviado y aún por el del procedimiento rápido, con lo que claramente su decisión se complica y retrasa con desconocimiento del constitucional derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art.24.2 en relación con 6.1 CEDH<sup>183</sup>) que impone adaptar nuestra organización jurisdiccional a las exigencias del Tratado de Roma (vid. SSTEDH Francesco Lombardo c.Italia de 26.11.1992 §23, Dobbertin c.Francia de 25.2.1993 §44, Bunkate c.Paises Bajos de 26.5.1993 §23, Mansur c.Turquía de 8.6.1995 §68, etc.).

- d) que las consecuencias de tal delimitación competencial no sólo pueden ser numéricamente perturbadoras sino además procesalmente injustas. Destacable en este apartado es el angosto ámbito de enjuiciamiento, puesto de manifiesto asimismo por el CGPJ en su Informe de 5.5.1999, expresivo en mi criterio de la escasa importancia real de este instituto<sup>184</sup> que, pese a la conmoción producida por su restablecimiento está resultando un elemento decorativo, en ideológica respuesta al «mandato» del art.125 CE. Acudiendo a la estadística podremos ver la mínima repercusión del TJ: Tomo el período 1980-1995, en el que el número de los delitos seleccionados para su conocimiento por el jurado y que hayan accedido a la casación ha sido de 1746 desglosado del modo siguiente:

---

criterio expansivo, procurando que los delitos conexos sean enjuiciados conjuntamente a fin de no presentar ante el Tribunal del Jurado una realidad fragmentada y, posiblemente, evitar sentencias contradictorias». Vid. Esta lectura expansiva en CERES MONTES, J.F., *Ámbito de aplicación de la Ley del Jurado. Delitos y cuestiones procesales*, Madrid, 1997, esp.pp.60 y ss. Cfr.la Circular 3/1995 de 27 de diciembre de la Fiscalía General del Estado.

<sup>183</sup> 14.1 PIDCP

<sup>184</sup> Pudiere entenderse debido tan estrecho ámbito a la creencia del legislador en las enormes dificultades procesales que acarrearía su plena implantación o a creer en la incapacidad o falta de colaboración del «pueblo» español para asumirlo con todas sus consecuencias. En el primer supuesto, si tales dificultades aluden a la ausencia de normas procesales aptas, en todo caso habría habido que promulgarlas previamente; si fuere el temor a la reacción de los -o de ciertos- operadores jurídicos, el tema no es obviaable cuantitativa sino cualitativamente, máxime por la trascendencia de algunas de las hipótesis delictivas: homicidio y asesinato. Si se teme la incapacidad o la no cooperación del «pueblo», los experimentos podrían haberse realizado en otros ámbitos. etc., etc.

Años	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	TOTAL
Homicidio	27	47	35	24	21	30	44	38	40	32	59	50	72	93	90	36	738
Asesinato	10	14	14	19	13	28	11	21	23	23	35	34	38	46	42	27	398
Amenaza	1	6	5	2	2	6	6	2	1	9	8	4	6		3	4	65
Omisión	4	9	3	6	4	5	2	5	6	5	12	4	8	2	4	2	81
Allanam	3	1	3	4	3	2		3	3	1	5	4	6	6	4		48
Incendios							2							1		1	4
Inf.Doc	1				1	1		1	1		3		5	5	4	5	27
Cohecho	2	2	1		1	3	2		1	4	7	3	3	22	15	6	72
Tráf.Infl.																	
Malvers	7	8	2	4	5	7	7	7	4	18	12	21	36	60	49	28	275
Fraudes					1			1			4	1	7	10	6	5	35
Negociación													2				2
Inf.Presos				1													1
<b>TOTAL</b>	<b>55</b>	<b>87</b>	<b>63</b>	<b>60</b>	<b>51</b>	<b>82</b>	<b>74</b>	<b>78</b>	<b>79</b>	<b>92</b>	<b>145</b>	<b>121</b>	<b>183</b>	<b>245</b>	<b>217</b>	<b>114</b>	<b>1746</b>

Si se consideran, mas amplia y recientemente, los datos de la litigiosidad penal<sup>185</sup>, que arrojan el resultado que a continuación veremos, se manifiesta acaso con mayor fuerza el mero significado ornamental del jurado.

### ACTIVIDAD JUDICIAL PENAL DEL AÑO 1998

	Pdte inicio	Ingresado	pte fin de año	sentencias	Ingresado	pte fin de año	evolución % año anterior
Jinstrucción	652.604	4.405.157*	646.702	317.143	4,67	0,90	4,67
Jmenores	4.762	17.012	6.365	19	17,84	33,66	17,84
JvigPen	7.244	169.602	7.228		-1,67	-0,22	-1,67
Jde lo Penal	77.203	110.787	66.230	115.892	-9,04	-14,21	-9,04
ANJcentr.Inst	1.346	3.179	1.089		-14,57	-19,09	-14,57
ANJuzentPenal	14	39	11	40	-35,00	-21,43	-35,00
AsPs	29.618	114.775	37.927	77.058	6,83	28,05	6,83
TTSSJJ civypen	182	601	177	94	-3,53	-2,75	-3,53
ANSala Pen	362	1.538	382	186	-0,32	5,52	-0,32
TS Sª 2ª	4.635	6.840	5.749	1.721	0,90	24,03	0,90
<b>Totales</b>	<b>777.970</b>	<b>4.829.530</b>	<b>771.860</b>	<b>512.153</b>	<b>4,14</b>	<b>-0,79</b>	<b>4,14</b>

\* De los que 701.422 corresponden a juicios de faltas.

<sup>185</sup> Ya no se supeditan pues las cifras a aquellas causas que hayan accedido a casación.

Contrastan el número de casos sometidos al jurado con las cifras de asuntos penales que se sustancian ante los órganos jurisdiccionales criminales españoles. Según datos de 1998 las causas penales incoadas en todo el territorio del Estado se elevaron a **4.405.157**, enjuiciándose por los diferentes órganos a los que hubiere correspondido también los temas reservados al jurado la cantidad de **701.422**. En los Juzgados de lo Penal y en las Audiencias Provinciales, principales destinatarios de los asuntos hoy atribuidos al jurado, ingresaron **225.562**, dictando ese mismo año un total de **192.950** sentencias. La Sala segunda del Tribunal Supremo de los **6840** recursos planteados resolvió **1721**.

Es demostrable la poca enjundia del Tribunal del Jurado basándonos en las raras ocasiones en que el TS se ha pronunciado sobre los tipos delictivos seleccionados (salvo homicidio y asesinato, como puede verse), pero asimismo poniendo en relación los **194** procesos sentenciados por el jurado que según analizaremos después constituyen el resto de los decididos tras las conformidades y la frecuente recalificación de infracciones llevada a cabo para sustraerlas de su conocimiento por el jurado, con las mencionados **192.950** sentencias dictadas por Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales (de las **225.562** causas abiertas ante ellos).

Mención aparte merece su poca trascendencia social y jurídica que se refleja en el escaso número de estudios monográficos dedicados a los tipos delictivos atribuidos al tribunal de legos.

4. Significado meramente ornamental del jurado. Se deduce ante todo de la limitada competencia objetiva y de la respuesta a su implantación por la práctica forense y la ciudadanía.

En el último Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial en 5 de mayo de 1999, a petición de las Cortes Generales, se concluye confirmando una tendencia hacia la normalización aplicativa de la Ley del Jurado; pero tal "normalización" es leída desde las siguientes aseveraciones: continuidad de hábitos procesales propios de un modelo distinto al del Tribunal del Jurado, en especial durante la fase de investigación; necesidad de reformar su competencia objetiva delimitando con claridad lo que corresponde enjuiciar al Tribunal del Jurado y lo que compete a la Audiencia Provincial; incremento de conformidades en delitos como el allanamiento de morada, la omisión del deber de socorro, las amenazas, incendios forestales y contra la Administración, eludiendo así su conocimiento por el Jurado, recurriéndose en ocasiones a otros mecanismos procesales para evitar su intervención muy especialmente en el ámbito de los delitos complejos; pervivencia de dificultades en la concreción del objeto del veredicto y en su motivación; escaso número de causas, etc.

En el Anexo I del meritado Informe se analizan las causas sometidas a ese Tribunal popular, en el período desde 1 de abril de 1997 a 31 de marzo de 1998, finalizando con sentencia 194 procesos, lo que supone un incremento respecto de los 76 del período anterior (desde su entrada en vigor hasta el 31 de marzo de 1997).

De las 195 causas examinadas (una concluyó con archivo por demencia sobreenvenida del acusado), 124 tenían por objeto un delito consumado contra la vida (63.6 %); 32 allanamientos de morada (16.4%), 15 omisiones de socorro (7.7.%), 11 amenazas (5.6%) y 7 delitos de funcionarios (3.6%), cerrando la clasificación los incendios forestales que en la anualidad estudiada originaron 6 causas (3.1%).

Resulta manifiesto el fenómeno de huída del jurado por vía de calificación delictiva –rozando la despenalización en la práctica-, según dimana de las cifras de 1992 en que se juzgaron por las Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal 337 delitos de amenazas (frente a los 11 conocidos entre 1997 y 1998 por el jurado), 179 allanamientos de morada (frente a 32), 86 omisiones del deber de socorro (frente a las 15, respondiendo 13 de ellas al esquema conocido en USA por "hit an run" ), 42 delitos de funcionarios (frente a los 7).

Se ratifica la huida del jurado mediante el uso de las conformidades. Así en delitos contra la vida se obtuvo en un 14.6 %; en las amenazas en un 45.5%; en la omisión del deber de socorro en un 93.3%; en el allanamiento de morada en un 56.2%; en incendios forestales en un 100% y en los delitos contra la Administración en un 100%, lo que arroja un resultado del 34.4% total de conformidades en estas infracciones

Prescindiendo incluso de todo el análisis histórico y conceptual realizado sobre este instituto del jurado , de su cuestionable valor resolutivo<sup>186</sup> -sin aludir en ningún momento a sus "ocasionales" "veredictos sorprendentes"-, de su discutible adecuación a exigencias constitucionales como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas e incluso al más vidrioso del juez legal, de su elevado coste económico<sup>187</sup>, de su más que objetable funcionalidad para co-

---

<sup>186</sup> Me parece a este tenor de interés el libro de GIDE, A, *No juzgueis (Apuntes sobre mis experiencias como jurado en el Tribunal de Ruán)*, Madrid, 1996

<sup>187</sup> En Cifras del propio Ministerio de Justicia e Interior contenidas en la Memoria económica al Anteproyecto de Ley del Tribunal del Jurado, elaborada en 1994, sin actualizar a 1996, su reinstauración se cuantificó, inicialmente, en 1.397.910.720 pts, cantidad que abarcaba los siguientes conceptos: gastos de designación del jurado, constitución, actuación e indemnización del Tribunal del Jurado, inversiones físicas –en edificios- precisas para ubicar al tribunal del Jurado, ingenuamente fijadas en 320 millones de pesetas-. De este modo, y admitiendo esas cifras teóricas rebasadas en más de un 70%, los 1400 millones de pesetas constituían el monto de lo que

nocer y resolver determinadas infracciones, de las gravísimas deficiencias de la ley española<sup>188</sup>, de su penosa armonización con el resto del Ordenamiento Jurídico español, del rechazo ciudadano a participar en él, etc., etc., lo cierto es que la realidad nos muestra su escasa utilización, ya condicionada desde la formulación normativa de su ámbito competencial, en gran medida expresiva de su reinstauración ideológica y utópica, fruto de una mal digerida concepción de lo democrático reconducible tal vez hacia sensaciones “progresistas”, que ni soluciona problema alguno de la Justicia ni con su extraña penetración en el entramado orgánico judicial suscita más que disfuncionalidades –aunque por su intrínseca irrelevancia y mínimo uso sean también de menor importancia-. Por el contrario, sí resulta procedente atacar su reimplantación en lo que significa de puntal desde el que pudiere oponerse al juez profesional vigente –de conformidad con la Ley Primera- un tribunal “democrático”, “legitimado” por su extracción popular, cuyas decisiones pues gozarían de mayor predicamento. Este punto creo haberlo ya pulverizado en los apartados 10 y ss; empero esquematizaré lo dicho.

Hablar del jurado como vehículo participativo popular conlleva, en nuestro sistema -adscrito al continental- sustituir/excluir al juez profesional y su personal visión. El juez automática únicamente tuvo sentido liberalmente en lógico complemento del jurado estamental y burgués (reforzado con jurado y sufragio censitarios). Restaurar el jurado como respuesta a la denominada criterología social, impidiendo la introducción de criterios ideológicos del juez que no debe representarse a sí mismo sino a la sociedad, revela una concepción de la sociedad civil como sociedad-Estado inexistente e inaplicable hoy día. La actualización de la ley por el jurado sería sólo admisible si su pretendida autenticidad interpretativa se correspondiere con una legitimidad representativa de la sociedad, lo que es dudoso tratándose de 9 sujetos aleatoriamente elegidos; y si socialmente –al ser la ley conocida por todos y fruto de las necesidades de todos- existiere un sentido general de la ley del que participare el jurado. No es soslayable que el sentido parcial de la ley que pudiere tener el jurado ha de integrarse con el general del Ordenamiento Jurídico; es decir, toda ley encaja dentro de un conjunto normativo en el que tiene significado y con el que debe armonizarse; una ley es inteligible en ese contexto normativo total, careciendo el jurado de legitimación para suscitar

---

cobran casi un 10% de los 3200 jueces y magistrados existentes en esa fecha. Con ese dinero hubiere sido factible incrementar en ese porcentaje el número de jueces profesionales y lógicamente el de las causas resolubles.

<sup>188</sup> En el Informe del CGPJ Sobre la experiencia de la aplicación de la vigente LOTJurado, de 14 de enero de 1998, emitido a petición del Gobierno instado por las Cortes Generales en su sesión de 22.4.1997, recoge como PRIMERA CONCLUSION: “Muchas disfunciones proceden de deficiencias técnicas de la ley, incluidas deficiencias semánticas de ésta (p.ej. imprecisa utilización de conceptos como ‘inculpabilidad’, ‘imputación’, o ‘hecho justiciable’).

una interpretación legal suficientemente concreta, máxime cuando precisamente se le elige atendiendo a su no profesionalidad jurídica. Democráticamente sólo cabe modificar el alcance de la ley a través del proceso constitucionalmente establecido. El juez lo es desde su sometimiento a la ley y a unas cláusulas interpretativas que lo ubican en el mundo jurídico. Mantener que 9 sujetos aleatoriamente seleccionados puedan expresar un sentido social directamente valorativo del contenido de una ley, conlleva:

- falsear lo que es la política popular;
- la canalización y elaboración constitucionales de creación de la ley, desconociendo que es fruto de la voluntad de todos y no de la de 9 personas;
- desconfianza inoportuna en el juez profesional, debilitándole personal y profesionalmente haciendo el juego a intereses bastardos y obviando el correcto camino para afrontar sus defectos.
- Omitir o al menos posponer un riguroso reexamen del muy deficiente sistema de acceso a la judicatura, en el que prima, con la oposición, un “conocimiento” memorístico/repetitivo, estando ausente una prueba bastante para comprobar la capacidad del aspirante para razonar jurídicamente y otrosí explorar al menos a grandes rasgos su “normalidad”<sup>189</sup>.

En último extremo la justificación del jurado radica en que sus miembros son ciudadanos como si los jueces profesionales fueren extraterrestres.

Como garantía, más que la comprensión del jurado como vía de “democratización de la Justicia”, en cuanto representante de la soberanía popular, importaría sobre todo el control del ejecutivo y en especial del gobierno así como de la función representativa popular de los parlamentarios, dudosamente asumible sin responsabilización, paralelamente ausente en el propio jurado.

No parece que precisamente ahora pueda hablarse de una igualdad social básica suficiente, cuya representación fuere expresiva del sentir social referido asimismo al particular caso judicial. Baste aludir a este tenor a la no atribución de naturaleza fundamental al derecho al trabajo, basamento de toda libertad social positivamente relativizada por el obligado principio de proporcionalidad.

5. Coste económico del jurado. Soy consciente de que no debe ser lo económico referente esencial para ponderar la bondad de una institución, especialmente en lo que pueda afectar a la Justicia que en modo alguno es conectable

---

<sup>189</sup> Sin querer entrar en los innumerables defectos del vigente sistema de acceso, recordaré que en estos momentos los candidatos son examinados por 10 Tribunales distintos, con criterios y rigor diversos, con un programa de materias contradictoria, obsoleto, incompleto, etc. Además, el período de “formación” en la Escuela Judicial, tampoco se ha revelado hasta ahora no siquiera adecuado para completar, comprobar o profundizar el conocimiento del futuro juez, etc.

a sus rendimientos o productividad económico-financiera, entre otras razones habida cuenta de que pese a desconceptualizadores y siempre burdos intentos contrarios en absoluto es encajable la Justicia en la categoría de los servicios públicos<sup>190</sup>. Mas cabría apuntar la excesiva parte destinada al jurado dentro de la muy escasa asignación presupuestaria de la Justicia<sup>191</sup>, desproporción que resulta agravada ante la insignificante trascendencia, discutible eficacia y casu nulo valor del jurado; quizás pudiere ser el económico otro elemento, aunque secundario, a tener presente a la hora de reflexionar sobre la permanencia del jurado.

Simplemente para su instauración, y siempre en cifras previstas en 1994 por el Ministerio de Justicia e Interior, aunque en la realidad triplicó tal importe, se previó en La Memoria económica al anteproyecto de Ley del Tribunal del Jurado elaborada en 1994, una cantidad inicial de mil trescientos noventa y siete millones, novecientos diez mil setecientas pesetas -1.397.910.720 pts.-, o sea en torno a los 1400 millones de pesetas; cantidad a desglosar del modo siguiente:

- 43.430.480 pts en concepto de gastos para designación de jurado.
- 1.035.080.240 pts en concepto de constitución, actuación e indemnización del Tribunal del Jurado.
- 319.400.000 pts en concepto de inversión necesaria para la ubicación física del Tribunal Jurado.

Repito que este presupuesto es de 1994, sin actualizar a 1996 -fecha de entrada en vigor de la LOTJ-, comprensivo de la idea de que por ej.adaptar los edificios judiciales de toda España iba a poder resolverse con sólo 320 millones de pesetas. Sin discutir la planificación económica, calificable al menos de ingenua, piénsese que según mis cálculos los 1400 millones de pese-

<sup>190</sup> A pesar de los desafortunados intentos desconceptualizadores tanto de la Justicia como de lo que es un servicio público (así por todos MEILAN GIL, J.L., "El servicio público como categoría jurídica", en Cuadernos de Derecho Público, 2, septiembre-diciembre, 1997, pp.75 y ss). Lo que ya denuncié en mi trabajo "Sobre la crisis de la Justicia", en *Constitución Jurisdicción y Proceso*, cit., esp.pp.260/1 notas 76,77 y 78. Recientemente también HOYOS SANCHO, Monserrat De, "Nuevo diseño de la secretaría judicial y agilización de la Justicia", en *Rev.Poder Judicial*, 1998, núm.50, esp.pp.17 y ss., niega agudamente la bondad de tal configuración de la Justicia como servicio público.

<sup>191</sup> Pese al reiterado uso que hago de esta cita, creo conveniente transcribirla una vez más. Según FRIEDMAN, M., "Reclamations, contestations, et litiges et l'état providence de nos jours", chapitre VIII, de la obra, *Accès à la Justice et État-Providence*, sous la direction de M.Cappelletti, Préface de R.David., Paris, 1984, p.262: "Dans les sociétés modernes le coût de la branche justice es minime dans l'ensemble des impôts qu'il a à payer si le service de la justice venait à couter dix fois plus qu'il ne coûte à present; une nouvelle escadrille d'avions de bobardement ou la construction d'une autoroute coûte plus cher que tous les juges du monde, alignés les uns à côté des autres".

tas era el monto de lo que cobraban casi un 10% de los 3400 jueces y magistrados existentes. Ergo, con este dinero sería factible incrementar en 340 el número de jueces profesionales, con el correlativo incremento de las causas que pudieren resolverse.

Pero las cifras reales de lo que conlleva un juicio por jurado pueden más realistamente ofrecernos su coste económico. De este modo, y por Eduardo URBANO CASTRILLO<sup>192</sup>, Presidente de la Sección Segunda de la Audiencia provincial de Las Palmas, se aportan significativos datos concernientes a un juicio con jurado, que se celebró en Las Palmas de Gran Canaria los días 19 y 27 de noviembre de 1996. Versó sobre la comisión de dos presuntos delitos de homicidio -por dolo eventual- y otro contra la libertad y seguridad en el trabajo (art.499 bis cód.penal anterior), que habrían tenido lugar a consecuencia del traslado de veintiuna personas de diferentes nacionalidades, en un barco de bandera maltesa, que zarpó de un puerto liberiano con destino a Salónica pero que vió interrumpida su travesía en aguas españolas, al descubrirse a bordo a diecinueve presuntos polizones y, encontrándose días más tarde en la mar, los cadáveres de dos hombres de la misma raza que aquéllos que viajaban en el barco. Fueron objeto del enjuiciamiento un supuesto de dolo eventual y un delito conexo de los llamados "delitos en blanco" que requieren ser concretados a través de leyes especiales. Desglosadas las diferentes partidas el gasto del juicio fué:

Jurados:	
Dietas .....	778.500 <sup>193</sup>
Billetes de avión y otros.....	146.624 <sup>194</sup>
Bus de transporte colectivo.....	12.240
Alojamiento.....	225.680
Almuerzos.....	109.600
Total.....	1.273.644
Otros Gastos de jurados.....	29.485 (excusas)
Total Jurados.....	1.303.129
Policía.....	252.000 <sup>195</sup>
Intérpretes.....	457.000 <sup>196</sup>
Total coste juicio por jurado.....2.012.129 pts	

<sup>192</sup> URBANO CASTRILLO, Eduardo de, El coste de los juicios por jurado a través del análisis de un caso real", en Rev. Tribunales de Justicia, n.º 8/9, agosto/septiembre 1997, pp.865 y ss.

<sup>193</sup> de acuerdo con el RD385/1996 que fija una retribución diaria de los jurados de 9.300pts y una retribución única para los candidatos no seleccionados de 4650 pts

<sup>194</sup> Según se recoge en el trabajo citado de URBANO CASTRILLO: Además de los gastos efectivamente producidos (billetes de avión en clase turista) el RD 385/1996 señala 9 pts por Km por el uso de motocicletas y 24 pts por Km por el de automoviles particulares o vehículos de cualquier otra clase.

<sup>195</sup> Según recoge en la cita 5, este importe proviene de la "Nota" enviada por la Policía Nacional de Las Palmas al Magistrado-Presidente (que fue el autor del trabajo cita-



En esta cantidad se ha omitido la correspondiente a gastos menores de papel, cintas, agua, etc., y siempre considerando que si se hubiere decretado el aislamiento desde el principio de las sesiones la cantidad resultante hubiera superado los cuatro millones de pesetas.

Textualmente nos dice URBANO CASTRILLO que "...con lo que costó este juicio, en el que obviamente se dictó una sentencia, un Magistrado dicta ciento veinte sentencias"<sup>197</sup>.

#### IV. Sobre el principio de publicidad y su vigencia<sup>198</sup>.

1. El derecho a un proceso público ha sido una de las reivindicaciones de los ilustrados frente al secreto prevalente en la justicia calificada de arbitraria y discriminatoria del proceso inquisitivo, propia de un sistema de opresión y desconocimiento de la libertad. Así reclamaba BECCARIA: "Sean públicos los juicios, y públicas las pruebas del reato, para que la opinion, que acaso es el sólo cimiento de la Sociedad, imponga un freno á la fuerza, y á las pasiones; para que el pueblo diga: Nosotros no somos esclavos, sino defendidos..."<sup>199</sup>. En igual sentido los revolucionarios franceses acogieron el principio de publicidad en los decretos 8-9 de octubre de 1789 y de 16-29 de septiembre de 1791 como remedio frente a la parcialidad y corrupción judicial. MIRABEAU en un discurso en la Asamblea Nacional afirmó: "dadme el juez que queráis, parcial, corrompido, mi enemigo mismo si queréis, poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sino en presencia del público". Jeremías BENTHAM, uno de los estudiosos de este principio, defendió a la publicidad como "...la mas eficaz de todas las salvaguardias ó garantías del testimonio, y de las

---

do), comprendiendo los servicios efectuados durante cuatro días, abarcando protección estática permanente en el Hotel donde pernoctó el jurado, protección dinámica en los traslados del hotel al Palacio de Justicia y cometidos de orden público durante la estancia del jurado en el palacio de Justicia; se emplearon 24 policías, en doce turnos de trabajo de 8 horas, a dos policías por turno que según el salario mensual ascendente a 10.500pts por turno de trabajo supone un total de 252.000pts.

<sup>196</sup> Los honorarios de la intérprete de griego se elevaron a 217.000pts y los de la de árabe a 204.000. La intérprete de inglés habida cuenta que está contratada laboralmente para auxiliar a los órganos jurisdiccionales canarios, ascendieron a 22.500pts.

<sup>197</sup> URBANO CASTRILLO, cit., p.868

<sup>198</sup> Con mayor amplitud y profundidad estudio la publicidad procesal en "Notas sobre publicidad y proceso", en *Constitución, Jurisdicción y proceso*, cit, pp. 203 y ss, y también en *Estudios de Derecho procesal en honor de Victor Fairén Guillén*, Valencia, 1990, pp. 411 y ss.. Asimismo, con significativas modulaciones en "Publicidad y Derecho al debido proceso. Publicidad y Derecho de acceso a la información contenida en los ficheros judiciales", en *Revista General de Derecho* núm.631 abril 1997, pp. 3889 y ss., y en *La criminalidad organizada ante la Justicia*, Dir.F.Gutierrez-Alviz Conradi, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996, pp. 157 y ss.

<sup>199</sup> BECCARIA, C.B., *Tratado de los delitos y las penas*, Madrid, MDCCLXXIV, cit., § XIV, p.71

decisiones que dependen de él: es el alma de la justicia: debe estenderse á todas las partes que concurren á la formacion de la causa, y á toda especie de causa, á escepcion de un corto número de que se hablará en el capítulo siguiente...<sup>200</sup>. Entendió ese autor que constituía garantía imprescindible para lograr la colaboración ciudadana a través del testimonio; como medio de educar al pueblo; óptimo instrumento de control ciudadano de los jueces, asegurando su probidad y una recta (en cuanto igual) aplicación de la ley; facilita la desacralización de la Justicia y cimenta la confianza del pueblo en ella. Por numerosos autores del XIX se destacó que la publicidad de los juicios contribuiría eficazmente a introducir hábitos que fueran garantía de la inocencia y prendas de que no quedarían impunes los crímenes, que se mejoraría la moralidad de los testigos, que reprimiría a los jueces en la senda de la arbitrariedad y, por fin, pondría freno a la calumnia.

2. Su general reconocimiento como una de las principales exigencias procesales, viene sancionado en la totalidad de Instrumentos Internacionales. De este modo en los arts.10 y 11 de la DUDH se proclaman el derecho a que la causa sea oída equitativa y públicamente y el de todo acusado de un acto delictivo a gozar de la presunción de inocencia hasta que su culpabilidad haya sido establecida en un proceso público en el que se hayan observado todas las garantías necesarias para su defensa”; en la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en Bogotá en 1948, y en su art. XXVI se reconoce a “Toda persona acusada de delito el derecho a ser oída en forma imparcial y pública...”; en el art.14.1 PIDCP: “Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías...”; en la Convención americana sobre derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969, y en su art.8.5: “El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”; el art.6 CEDH: “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable....”

En su jurisprudencia, el TEDH viene manteniendo que la publicidad tutela a las partes contra una Justicia secreta que escape al control público, constituyendo un medio de preservar la confianza en los Tribunales; que desde la transparencia que aporta a la Justicia, permitiendo su control por la opinión pública, coopera decisivamente al logro del proceso justo o debido proceso, hito definidor de toda sociedad democrática; y que a la publicidad de los juicios no obsta la de su celebración a puerta cerrada, pudiéndose vetar el acceso al público en general como además a la prensa en interés de la moralidad, orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los “intereses de los menores” o la protección de la vida privada de

<sup>200</sup> BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, compilado por Esteban Dumont con comentarios de B.Anduaga Espinosa, T.I, Madrid, 1843, p.102, vid. también las pp.sigs.

las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia (por todas vid. SSTEDH de 24.2.1995 *McMichael c. Reino Unido*, de 26.4.1995 *Fischer c. Austria*, de 19.2.1996 *Botten c. Noruega*, de 20.2.1996 *Lobo Machado c. Portugal*, y de 20.5.1998 *Gautrin y otros c. Francia*).

La publicidad de los juicios es susceptible de restricción en el PIDCP, en la Convención americana de derechos humanos y en el CEDH, mientras que el deber de pronunciar la sentencia públicamente no lo es en el CEDH pero sí en el PIDCP en interés de los menores y nada dice el Pacto (Convención) de San José de Costa Rica.

3. La publicidad procesal expresa el derecho a la inmediata percepción de las actuaciones verificadas por y ante el Tribunal por personas que no forman parte del mismo. Se extiende a las pruebas, vistas y sentencias, con la salvedad de las deliberaciones del Tribunal, sin olvidar el acceso de los interesados a las actuaciones como también a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado. Implica otrosí la subsiguiente obligación de habilitar locales con las condiciones precisas para su plena vigencia

Hay muy variados criterios clasificatorios de la publicidad. Se parte de la “espacial, instrumental o concerniente al lugar en que se desarrolle el proceso” y de “la personal”. Ésta a su vez se diversifica en la predicable sólo de las partes o también de los terceros que no intervienen en el proceso” (pudiendo desde esta perspectiva distinguir una publicidad intermedia concerniente a los participantes en el proceso que no tienen la calidad de parte pero que sí actúan en él: peritos, testigos, etc.). También son distinguibles publicidad activa y pasiva, de un lado, atendiendo a si las personas que presencien las actuaciones procesales pueden intervenir en ellas o deben limitarse a percibir lo que en ellas ocurra, de otro lado, cuando “ciertos actos procesales son accesibles al público” o cuando “...de ciertos actos procesales se da cuenta al público”. Otro criterio expuesto ha sido el de publicidad inmediata y mediata, atendiendo a si “la percepción de los actos procesales tiene esta calidad física -por asistencia personal a su desarrollo- frente al de publicidad ‘mediata’, esto es, la percepción de tales actos por vía indirecta (prensa, televisión, radio, cine, etc.).

Viene siendo mayoritariamente aceptado que la publicidad en sentido estricto se correspondería con la publicidad general o expresión del derecho al “proceso público”, y que la publicidad para las partes se vería reconducida a la posibilidad de actuar en el proceso los derechos e intereses afirmados

como legítimos: derecho de defensa, o a la prohibición de ser condenado sin ser oído (TEDH).

Entre los extremos discutidos de la publicidad en sentido estricto están: a) el imperativo de la inmediación, por el que no sería bastante, para tenerla por cumplida, con la presencia de periodistas que, más tarde, puedan informar a la colectividad; b) ha de acotarse la publicidad en sede procesal penal, “no siendo aplicable, en cuanto tal, a todas sus fases, sino tan sólo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia...pues únicamente referida a la vista tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad; c) el derecho que tienen las partes personadas a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere a la investigación el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de publicidad, sino que es tan sólo manifestación del derecho de defensa del justiciable. d) en atinencia con el derecho a informar acerca del material sumarial se ha defendido que el secreto sumarial afecta a las diligencias que lo integran, lo que no puede ser obstáculo al conocimiento de aspectos relacionados con la materia objeto de reserva sumarial a través del ejercicio del derecho a la información e) los límites a la publicidad han de establecerse por ley, justificados siempre en la tutela de otro bien constitucionalmente relevante, habiendo de acordarse motivadamente por el juez ponderando su proporcionalidad. f) la publicidad es perfectamente compatible con medidas de seguridad que pueden conducir a limitar el acceso a los juicios, debidas a la capacidad de la Sala o a exigencias de orden en la misma. g) titulares de la garantía de la publicidad son, en primer lugar, los sujetos del proceso como protección frente a un justicia hermética; en segundo lugar, todos los ciudadanos que están interesados en el enjuiciamiento y decisión de las causas conforme a ley.

4. Vigencia del principio de publicidad estricta o general. Siendo sus principales sujetos los terceros extraños al proceso, lógicamente se benefician los sujetos del proceso en cuanto la presencia de sus conciudadanos terceros al proceso les ampara frente a la arbitrariedad. Existen por tanto dos sujetos de tal publicidad: la sociedad y la propia persona encausada, coincidiendo en su objeto de censurar desde la comunidad una justicia apartada de los criterios legales vigentes y de evitar al justiciable la arbitrariedad favorecida por un proceso hermético.

De lo apuntado cabe deducir que tal publicidad no se satisface con la mera presencia de terceros sino que requiere desde su innata teleología la posibilidad de comprender lo que se esté haciendo, de aquí la correspondiente crítica al esoterismo o cripticismo procesal que impide o anula el objetivo de esta garantía al convertir en inescrutable el proceso.

Es de crucial importancia examinar su vigencia desde su primitiva formulación liberal y, en último extremo, analizar si permanece ese fundamento determinante, en cuanto justificativo, del subsistente concepto liberal de publicidad.

Adelanté ya que liberalmente la publicidad era instrumento ciudadano de control de la aplicación judicial de la ley (de su recta observancia pues) como también de su progresiva implantación y respeto: prevención general. Tales objetivos formalmente se alcanzaban desde el presupuesto conocimiento por todos de la ley, en cuanto fruto de esa experiencia general.

Pero la progresiva distanciamiento del derecho y de la ley con la consiguiente complejidad de ésta, cada vez más especializada, críptica, con un lenguaje esotérico, dificulta y, aún, impide un control de su generalidad y, podría decirse, de su legitimidad. El público, el espectador no jurista -y aún el experto en derecho, en ocasiones- no entiende ni la norma material ni la procesal ¿Qué alcance puede tener una accesibilidad general cuando la ley ya no es conocida por todos? ¿para qué la accesibilidad si la ley es de manera primordial plasmación de los intereses gubernamentalmente acogidos y sancionados por una mayoría solidaria integrada en un parlamento reducido a mera Cámara deliberante o asesora?.

Realmente la publicidad que en su sentido primigenio liberal, jugaba de manera básica como instrumento de verificación externa, como medio por tanto de creación de libertad, en el denominado Estado social se limita a operar, cada vez en mayor medida, como mera propaganda (prevención general), es decir, como instrumento desde la actuación judicial para mantener la paz y seguridad públicas y, progresivamente, a efectos de prevención especial. Tal sentido está estrechamente unido con la utilización de la prisión preventiva reforzando al máximo el significado punitivo del proceso. El mismo TC español ha aludido a la necesidad de obviar que "personas inocentes puedan verse innecesariamente sometidas a la penalidad de la publicidad del juicio oral".

Ha dejado de ser la publicidad un medio de intervención inmediata de la actividad judicial para transmutarse en control desde el "espectáculo (show) judicial". A este tenor recordaré que en los EEUU de Norteamérica hay una cadena de televisión especializada en un nuevo espectáculo: la retransmisión de juicios reales.

La publicidad en su originario sentido liberal, ha perdido gran parte de su significado reforzándose desalentadoramente el buscado conocimiento/control de la actividad judicial en una favorecida retroalimentación de los prejuicios sociales mantenedores de la estratificación del poder. Acaso pudiere ser más claro citando los "ante-juicios" o juicios paralelos que sensibilizan al público -ni siquiera necesariamente "testigo" del juicio- en pro de bastardas

orientaciones aplicativas de la norma que pueden llegar, de un lado, a devaluar el papel y la decisión judiciales y, de otro, a inclinar al juzgador timorato en un sentido desconocedor de su debida imparcialidad o al proclive a cultivar una determinada imagen con vistas a la consecución de ambiciones personales con miras a lograr más rápidos y elevados ascensos en su carrera o en otros ámbitos como el político -propiciados desde el partidismo que pudiere traslucirse en el órgano competente: el CGPJ, Consejo de la magistratura, etc.-

Empero es defendible, al menos, un baluarte como subsistente derivación del primigenio significado liberal de la publicidad. Aludo a la motivación de las resoluciones, con cuya exigencia se procura el control de la aplicación judicial de la ley. Ello en sus dos funciones: a) en la denominada "endoprocesal", en verdad derecho de defensa, y b) en la extraprocesal. La primera encaminada a facilitar a las partes -a través del conocimiento de los motivos de la decisión- el ataque contra la resolución judicial y asimismo a hacer factible la censura de la sentencia impugnada por el órgano "ad quem"; b) la calificada de "extraprocesal", que radica en garantizar el control del modo en que el órgano jurisdiccional ejerce su poder, en un más amplio principio de controlabilidad que tipifica la moderna noción del Estado de derecho. En este sentido, es clara la función política de la obligación de motivar como trámite del control difuso sobre el ejercicio del "poder" judicial. El deber constitucional de motivación es expresión de la exigencia de la participación popular en la Justicia, poseyendo naturaleza de garantía estrechamente conexas con los principios de independencia y de sujeción del juez a la ley, y con la garantía de defensa.

5. Publicidad y medios de información. Es de general entendimiento que la progresiva complejidad de la ley, material y procesal, y la especialización conceptual y terminológica que conlleva, la hace impenetrable aún para el perito en derecho cuanto más para un ciudadano carente de los saberes jurídicos precisos, con lo que la tarea de verificar la aplicación judicial de la ley prácticamente carece en la actualidad de sentido. ¿Supone esta mediatización de la publicidad un beneficio o contribuye por el contrario a una mayor desnaturalización reforzando su papel de propaganda?

Contestar el interrogante planteado impone tener presente otros extremos. El de la requerible preparación jurídica de los informadores apta para entender lo que perciben y para transmitirlo comprensible y objetivamente a los informados. La experiencia española nos muestra junto a muchos y significados periodistas debidamente preparados, otros que carecen de los rudimentos jurídicos más sencillos, con lo que sus crónicas son perturbadoras y mistificadoras, en cuanto prevalentemente ceñidas a lo que equívoca y ambiguamente se denomina el aspecto humano del juicio, es decir, el espectáculo, y por ende alejadas del papel de control judicial de aplicación de la ley.

También está subordinada la respuesta, acerca de la desvirtuación de la publicidad, por la naturaleza del medio, pues no son iguales prensa, radio y televisión.

Aún en mi ignorancia desconfío de la publicidad procesal televisiva, sin que con ello olvide su decisivo papel en los cambios históricos que protagoniza la humanidad.

Mi rechazo como instrumento o vía de publicidad proviene de las propias características de ese medio al que estimo en gran parte aplicables, agravadamente, lo que del cine se ha llegado a decir por estudiosos como ROMAN GUBERN. "Se ha escrito muchas veces que...es un espejo de la sociedad que lo produce, siguiendo la vieja teoría del arte entendido como reflejo; pero debe añadirse inmediatamente que si la pantalla... es un espejo (su tecnología fotográfica y reproductora refleja inevitablemente lo que está ante la cámara), es en todos los casos un espejo interesado que a la vez desfigura. Y distorsiona porque quienes están detrás de la cámara son sujetos con ideas y convicciones, como las tienen también quienes financian las películas y ejercen a la postre su censura económica sobre ellas. Por eso, mas que espejo pasivo de la realidad social, las películas suelen ser un espejo de la ideología de quienes las producen, de quienes toman decisiones acerca de cómo se debe interpretar y representar el mundo que se abre ante las cámaras... Y decisiones que han sido tomadas sabiendo, además, que el grueso del mercado cinematográfico (y me atrevería a apostillar, más aún el televisivo E.P.) estaba formado por las clases populares...a las que había que adoctrinar y entretener, a las que había que predicar sumisión al sistema y vender sueños gratificadores a la vez..."<sup>201</sup>. El vergonzante reconocimiento de la función ideológica del cine aparece incluso, en el preámbulo del código Hays, de 1930, de autocensura para la industria.

Los medios audiovisuales se caracterizan porque en ellos se va degradando la certeza. Es mas fiel lo recogido en audio que en vídeo. La forma de tomar la imagen desvirtúa la realidad, en cuanto a la subjetividad que connota. A ello ha de añadirse el montaje idóneo para depurar, filtrar o cambiar el significado de escenas, susceptible además de grandes discontinuidades y de enormes elipsis (el derecho al "last cut" o montaje final por parte del productor, asegura el control final ideológico y comercial...). La toma de la imagen es menos fidedigna que la del sonido en cuanto permite y comporta mayor manipulación dependiendo del operador. A nadie se le escapa la fácil instrumentalización resultante, vgr. de las diversas tomas de uno u otro testi-

---

<sup>201</sup> GUBERN, Roman, *La imagen pornográfica y otras perversiones ópticas*, Madrid, 1989, p.51., del mismo vid. también, *Historia del cine*, Barcelona, 1989, esp.p.499 en la que alude al cine calificándolo de partícipe y agente activo.

go, de la acusación o de la defensa, etc.. “Le cinema verité” no es aceptable. No es un medio útil de reproducción del proceso y tampoco vale para que recuerden lo hecho y dicho los intervinientes, ni siquiera los magistrados.

Con la televisión, aún mas que con el cine, se refuerza la propaganda en perjuicio de la publicidad, sancionándose definitivamente el “show” judicial como un espectáculo mas, que vende en la medida en que disminuye su tecnicismo, su juridicidad en pro de lo anecdótico, pero en cumplimiento siempre de la conservación del establecimiento.

Con tales premisas se entenderá que no valore positivamente el principio de publicidad acotado en su extensión a la presencia de los medios de comunicación social en las actuaciones jurisdiccionales. Precisamente ese parece ser el criterio del TS (Sala 3ª S. 9 de julio de 1999) y del Consejo General del Poder Judicial<sup>202</sup>.

## V. A modo de conclusión

Es mi criterio que la participación popular en la Justicia, activa y/o pasivamente, comporta aspectos determinantes con similar reflejo y significado en esencia conexos en la acusación y enjuiciamiento popular y en la publicidad. Lo que no obsta a que en cada uno de ellos puedan perseguirse objetivos presuntamente diversos.

El ejercicio de la acusación por particulares, prescindiendo de su vieja y a la vez novedosa utilización en defensa, más o menos aceptada y/o aceptable, de intereses generales (públicos), expresa la creencia de que quien mejor puede perseguir en juicio lo que le conviene es el propio afectado por el hecho que se afirma punible y perjudicial, a la vez que subyace una desconfianza –justificada en determinados momentos históricos y en concretas materias políticamente sensibles- hacia los órganos públicos de persecución.

Enunciaré sólo la contradicción latente en el reconocido uso del proceso penal para satisfacer intereses particulares; en la puesta a disposición del “ofen-

---

<sup>202</sup> La sala de Gobierno del TS, en sesión de 18.7.1995, al resolver entre otros extremos sobre el acceso de los medios de comunicación social a los edificios judiciales y, singularmente, a juicios o vistas, acordó: SEXTA.- 1. Que “En el acto de apertura del año judicial, tomas de posesión y demás actos gubernativos solemnes se facilitará el acceso de los medios de comunicación social, en general y de las televisiones públicas y privadas, en particular, que lo soliciten de la Secretaría de Gobierno, que extenderá las pertinentes acreditaciones y tomará las disposiciones necesarias para que los expresados medios puedan cumplir su misión informativa sin menoscabo del acto que haya de celebrarse”. 2. “Fuera de los mencionados actos, el acceso de los medios de comunicación al Palacio requerirá autorización expresa



de la presidencia del TS". 3. "No se permitirá el acceso de los indicados medios con cámaras fotográficas o de televisión a juicios o vistas en ninguna de las Salas". Por la Comisión Permanente de la Asociación de Escritores y Periodistas Independientes se solicitó de la Sala de Gobierno del TS la revisión y rectificación de tales acuerdos en lo concerniente al contrario "...a la presencia de fotógrafos e informadores con cámaras de televisión en los juicios que se celebren en las Salas del TS" por entender que se dañaba el derecho a la información de los ciudadanos y podía "...ser interpretada como un trato discriminatorio y de favor en beneficio de los miembros del Gobierno y los dirigentes del Partido Socialista que hoy en día en su calidad de aforados, estén encausados ante ese Tribunal". Señalar, que si "prima facie" es discutible la lesión del derecho fundamental a la información, carece de sentido la 2ª del "razonamiento" pues parece que sólo interesa en determinado tipo de juicios y que únicamente respecto de los mismos se veta la presencia de los informadores en las condiciones precitadas. En mi opinión mas aceptable es el escrito de los "periodistas que habitualmente cubrimos la información de Tribunales" al sostener que procede la revocación inmediata de los puntos 2º y 3º al comportar una limitación injustificable al derecho a la libertad de información; que tampoco ha de limitarse el libre acceso a las dependencias del Palacio del TS para el desempeño de la labor informativa; que tampoco procede la exigencia de facilitar a personal ajeno a las propias Secretarías el nombre de las personas a las que vamos a visitar por ser el secreto profesional un derecho con reconocimiento constitucional expreso; que la apelación a razones de seguridad para imponer esas medidas coercitivas del ejercicio profesional del periodismo carecen de fundamento, máxime al disponer ya de las correspondientes acreditaciones; que dichas medidas no tienen parangón en la práctica seguida en las Cortes Supremas de los países de cultura occidental democrática; que su revocación es imprescindible pues las cortapisas que impone perjudicarán notablemente el derecho de todos los ciudadanos a recibir información libre y veraz sobre asuntos especialmente relevantes de la actualidad. Ante las protestas formuladas, la Sala de Gobierno del TS, en 25 de septiembre, acordó, sobre el punto 1, privilegiar a los profesionales de información otorgándoles derecho preferente en el acceso cuando la capacidad de la Sala o local no permitiera el de todos los que pretendieren asistir, aludiendo, además, no sólo a los actos gubernativos sino asimismo a los jurisdiccionales, y, por otro lado, decidió: 3. "No se permitirá el acceso con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión al Palacio del TS, salvo a los actos de apertura del año judicial, tomas de posesión y otros gubernativos solemnes". En 28 de septiembre la Junta Directiva de la Asociación de la Prensa de Madrid decidió por unanimidad solicitar que la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo reconsiderase y revocare las limitaciones establecidas al acceso de los medios de comunicación social al Palacio de Justicia al considerar que "el principio que debe regir en las informaciones de tribunales es el de máxima libertad y máximas facilidades a los medios, incluso gráficos y audiovisuales, sin otra excepción que las que se refieren a las exigencias de orden público, seguridad nacional o intimidad de las personas, especialmente menores de edad". El Tribunal Supremo español acordó mantener y confirmar la referida norma SEXTA al entender: "que no sólo no coarta el derecho a la información y el acceso al Tribunal de quienes profesionalmente lo sirven, sino que lo potencia y favorece dispensando a éstos un trato de privilegio; que respeta la publicidad de juicios y vistas y la presencia en ellos de los medios de información con útiles de escritura o grabación sin mas condicionamientos que los mínimos de seguridad e identificación comunes a todo profesional o visitante del Palacio; y que la exclusión de los medios visuales, en línea con el criterio seguido en países de nuestro entorno cultural con la quizá única excepción de Italia, además de constituir

un tema de afectación general a todas las Salas del Tribunal y no una cuestión particular de cada una de ellas, obedece a principios de dignidad y garantía, exigentes de que juicios y vistas se celebren en un marco de seriedad, con respeto al Tribunal y a quienes intervienen ante él, eliminando toda connotación de espectáculo y sin tensiones o presiones que puedan alterar la serenidad y reposo convenientes de quienes declaran o informan poniendo en riesgo su libertad de expresión o derecho de intimidad e imagen". Resumiendo los cuatro motivos de nulidad básicamente esgrimidos: • Desconocimiento del contenido esencial de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, por vulneración de los derechos a comunicar y recibir libremente información por cualquier medio de difusión. Vulneración del 120.1 CE que consagra el carácter público de las actuaciones judiciales, con las únicas excepciones previstas en las leyes procesales, sin que entre ellas figure ninguna de las medidas adoptadas. • Pronunciamiento del Acuerdo por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, estando sólo legalmente autorizados para limitar el acceso a las vistas o para declarar secretas las actuaciones los Presidentes de los Tribunales o los Magistrados Instructores. • Nulidad del acuerdo por falta de motivación. El CGPJ, en 1996, Acordó desestimar los recursos interpuestos en cuanto a la pretendida nulidad radical de los acuerdos impugnados, estimándolos sin embargo parcialmente "respecto del contenido del punto 3º del apartado 6º del Acuerdo de 25 de septiembre, en la medida en que tal cláusula no respeta las facultades jurisdiccionales de las Salas para autorizar en cada caso el acceso de medios audiovisuales a las vistas, quedando vigente en el aspecto gubernativo que afecta al régimen general de acceso al palacio sede del TS". El CGPJ arguye previamente que los acuerdos dictados por la Sala de Gobierno del TS contienen un conjunto de prevenciones o normas de "policía doméstica" dirigidas al servicio de seguridad del Tribunal con objeto de ordenar el acceso y canalizar la circulación interior de cuantos acudan a las dependencias del Tribunal garantizando el ambiente de serenidad y sosiego requerible en todo órgano jurisdiccional. A este tenor goza de plena competencia la Sala de Gobierno. En 9 de julio de 1999, ha recaído Sentencia de la Sala Tercera del TS por la que éste resuelve los recursos interpuestos por la Federación de Asociaciones de Prensa española, etc., concernientes al Acuerdo del 25.9.1995 de la Sala de Gobierno del TS modificando la Norma Sexta de las aprobadas el anterior día 12 del mismo mes y año "sobre acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo", dándole la redacción definitiva transcrita más arriba. En la citada resolución el TS declara en su Fundamento de Derecho Cuarto: "...imbricado por la jurisprudencia constitucional el derecho a la libre información con la garantía judicial de los ciudadanos inherente a la publicidad de las actuaciones judiciales, sin embargo no cabe ignorar que siendo esta publicidad uno de los elementos constitucionalmente previstos para que los procesos alcancen su fin de que el ciudadano obtenga un juicio justo, el logro de la plenitud de este fin puede exigir que, en determinadas circunstancias, sea aconsejable o bien eliminar drásticamente la publicidad -casos legalmente previstos de juicios a puerta cerrada...- o bien establecer limitaciones de acceso, que sin anular o cercenar sustancialmente la publicidad, sin embargo vengán aconsejados por la razonable exigencia de asegurar el fin específico del proceso o de la actuación judicial, respecto de la que no se desconoce, por supuesto, el derecho de los medios de comunicación de hacerse presentes para obtener la información oportuna, aunque con las limitaciones concretas derivadas de aquella necesidad prevalente de garantizar el fin constitucional de prestar una tutela judicial efectiva...". Seguidamente, tras fijar los linderos materiales de una eventual colisión entre el derecho a una tutela judicial efectiva y uno de sus soportes cual es el de la publicidad, con el correspondiente

dido” de una vía para su venganza o para buscar objetivos espurios<sup>203</sup>; de la ambigüedad que connota que el MP sea el perseguidor en su caso en el proceso penal en defensa de los intereses generales<sup>204</sup> y se le considere incapaz de asumir tal tarea o al menos de llevarla a cabo en soledad cuando en el proceso penal concurren determinados intereses que se afirman también públicos y por ende generales. Evidentemente la venganza privada repugna a un proceso como el penal que desde la legalidad, persiguiendo objetivos de prevención general y especial, no debería ser utilizado para la satisfacción de intereses individuales, cuya defensa además desvirtuaría la objetividad precisa para el desconocimiento de exigencias jurídico-fundamen-

---

efecto de preferencia de los medios de comunicación social a dicha publicidad, procede a examinar la tacha de incompetencia del TS para decidir sobre limitaciones al derecho de información –legalmente reservada por el art.53 CE a la Ley-. Sostiene el TS que dicha reserva de Ley no impide que constantemente los poderes públicos se vean obligados a tomar decisiones concretas lesivas incidentalmente de derechos fundamentales, que adoptadas en el ámbito de su competencia sólo serán nulas por razón de incompetencia cuando no guarden relación con la competencia que ejercitan y, en todo caso, cuando restrinjan su marco constitucional y legal. Desde tal argumentación declara el TS que al reconocerse a la prensa un acceso preferente estableciendo además una Sala de Prensa a fin de comunicar a los medios todo lo relativo a los asuntos competencia del TS, y pareciendo que lo que se reclama es una suerte de total libre tránsito y acceso a todas las dependencias del TS, en aras de un mejor servicio informativo y satisfacción del derecho del art.20 CE, olvídense que esa pretensión colisiona con las razonables medidas de seguridad a adoptar en un recinto como el del TS, con una actividad, de ordinario, no apta para ser noticia con lo que no se justifica la asistencia de la prensa con carácter general a su desempeño. No debe pues extenderse la publicidad más allá de lo necesario para cumplir su “doble finalidad” respecto a las partes y a la comunidad en general. En el FJ Séptimo, el TS, mantiene la prohibición general de acceso con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión, salvo las solemnidades gubernativas reseñadas en el Acuerdo, y salvadas también las facultades jurisdiccionales de la Sala de Justicia respectiva en orden a satisfacer la exigencia de publicidad, su mantenimiento obedece a eliminar toda connotación de espectáculo, así como las presiones o tensiones que puedan alterar la serenidad y reposo convenientes de quienes declaran o informan, poniendo en riesgo su libertad de expresión o derecho de intimidad e imagen, preocupación por los aspectos negativos de la presencia mediática recogida en otros Ordenamientos como p. Ej. es el caso del § 169 de ley Orgánica de los Tribunales de Alemania. Salvada la publicidad de los juicios para estos medios cuando en cada caso lo decidan las respectivas Salas, “...no consideramos que la restricción de su acceso al Palacio del TS constituya otra cosa que una razonable prevención, atendida la mencionada preocupación generalizada en los países que responden a una tradición jurídica y democrática análoga a la que sustenta nuestra Constitución, y que por ende la norma no cabe calificar de anticonstitucionalmente restrictiva ni del derecho a la información ni del principio de publicidad de los juicios”.

<sup>203</sup> Por ejemplo, como en España y también en Alemania se reconoce, a fin de conseguir elementos probatorios para la posterior reclamación en sede procesal civil.

<sup>204</sup> Debiendo buscar tanto lo positivo como lo negativo para el acusado, en cumplimiento de su deber de contribuir al esclarecimiento de lo acaecido

tales desde la proporcionalidad<sup>205</sup>. Otros extremos podrían ser considerados pero a mi juicio ya lo están exhaustivamente en los trabajos citados.

Advertiré que la acusación popular encierra en todo caso un componente que en su formulación liberal se alinea con el jurado y la publicidad: control del juez profesional y aseguramiento de que los intereses afirmados generales formalmente acogidos en la ley se verán escrupulosamente respetados al aplicarla. El objetivo de control ciudadano, con la salvedad de la persecución de intereses colectivos/difusos<sup>206</sup>, a conseguir mediante su activa participación en la persecución penal, se ha tratado de alcanzar por otras vías<sup>207</sup> como por ejemplo a través de la difusión de los criterios que fijan la actuación del MP y confiando al Parlamento la facultad de examinarlos y de “auditar” el presupuesto utilizado –así en Gran Bretaña<sup>208</sup>-, potenciando el control por los medios de información, reconceptualizando la figura del MF a fin de llegar a su máxima profesionalización técnico-jurídica y alejamiento del Ejecutivo –en Italia<sup>209</sup> y sobre todo en Portugal<sup>210</sup>-, etc.

Subyace en aquellos bienintencionados que defienden la participación popular en la Justicia como ineludible respuesta, diversamente justificada, a lo previsto en el articulado del Texto Fundamental español –según autores y/o intereses defendidos-, la idea de que de este modo se satisfacen lógicamente a través del proceso objetivos constitucionalmente acogidos. Amén de la al menos discutible lectura que se hace de nuestra Carta Magna y de los no

<sup>205</sup> Vid. tal encaje en PEDRAZ PENALVA, E., “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, y del mismo “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, ambos en *Constitución, Jurisdicción y proceso*, cit., pp.277 y ss y 313 y ss, respectivamente.

<sup>206</sup> Para los que se viene admitiendo la acusación ciudadana amén de en España también en países como Portugal (Decreto Ley 28/1984 de 20 de enero de infracciones antieconómicas y contra la salud pública, o para la exacción de la responsabilidad penal de cargos políticos subsidiariamente al MP),

<sup>207</sup> Aunque por autores como DIETZ, H., *Die Anklageerzwingung, Strafrechtliche Abhandlungen* 235, Breslau- Neukirch, 1933, reimpresión de 1977, se proponga para suplir las deficiencias del Klageerzwingungsverfahren una acusación popular subsidiaria; lo que más radicalmente asumió TIEDEMANN, K, “Thesen zu einem modernen menschenrechtsorientierten Strafprozess”, ZRP, 1992, 3, p.108 en delitos como los económicos, corrupción o contra el medio ambiente, propugnando una acusación popular para evitar la no incoación de procesos penales por los mismos.

<sup>208</sup> HETHERINGTON, T, *Prosecution and the public interest*, Waterlow, London, 1989

<sup>209</sup> Vid. MOLINARI, F., “Pubblico Ministero e accusa penale (Problemi e prospettive di riforma)”, a cura di G. CONSO, Bologna 1979., CHIAVARIO, M., *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, 2ª ed., Torino, 1992, esp. pp. 78 y ss..

<sup>210</sup> Vid. BARREIROS, J., “Programa para um Estatuto do Ministério Público”, en *Rev. da Ordem dos Advogados*, 1983, 43., FIGUEIREDO DIAS, J., *Para uma nova Justiça penal*, con otros autores, Coimbra, 1983, del mismo, *O novo processo penal*, con otros Autores, Coimbra, 1988

siempre confesables propósitos perseguidos, en verdad traslucen un sentimiento de crisis de la Justicia –huérfano de un análisis sereno de sus dimensiones y causas- y la búsqueda ingenua de una revisión de lo vigente con vuelta a concepciones y creencias pasadas.

En importante grado se niega la paupérrima imagen ofrecida por el jurado, básicamente propiciada por sus discutidas imparcialidad y credibilidad –en cuanto posibilidad de “acertar” con su veredicto-; por su elevado coste económico y por el tiempo añadido que supone, y por su consideración de espectáculo (“show”). Precisamente es su valor de espectáculo, para unos lo que justificaría su pervivencia, para otros es significativamente también por lo que debe suprimirse; estos últimos consideran que, en lugar de cooperar al objetivo constitucional de libertad, fomentando en los ciudadanos un mayor respeto por la ley y los Tribunales, en su papel de mero entretenimiento, contribuye a confundirles y a ratificar la generalizada impresión de que la desigualdad social/económica/étnica etc. recibe un distinto trato con lo que la jurisdicción deja de ser vista como esencial cauce de realización de libertad.

Hay pues que relacionar el cerril intento de reacoger el jurado con la generalizada, aunque también no siempre racional, sensación de “crisis de la Justicia”<sup>211</sup>, en gran medida favorecida desde lo público (bien escatimándole los

---

<sup>211</sup> Tiene a este respecto interés la discusión parlamentaria en las Cortes al debatirse el Proyecto de Ley sobre establecimiento de los Tribunales colegiados y del juicio oral y público ( en Apéndice primero al Diario núm.83, sesión del 29 de diciembre de 1881), en DSSC núm.129, de 17 de mayo de 1882, con intervenciones de diversos parlamentarios. Así, LINARES RIVAS (Fiscal del TS) -pp.3553 y 4- en el voto particular del que se dió lectura denuncia las promesas del Ministro de Gracia y Justicia de plantear en brevísimo plazo la institución del Jurado y propone a este efecto que a la mayor brevedad el Gobierno derogando el art.2 de la Ley de 11 de febrero de 1881 formule un proyecto de ley fijando la organización de tribunales y la forma del juicio en lo criminal sobre la base del jurado. Por la Comisión el Sr. SALES se lamenta del voto particular de su correligionario del partido liberal máxime su firme creencia en que “...la institución del jurado es la suprema garantía de la justicia....Jurado (que va unido) ...á las instituciones liberales en todos los pueblos, y que el Jurado desaparece cuando comienza la tiranía, y que el Jurado vuelve á aparecer en todos los pueblos cuando brilla el sol de la libertad, yo no podía, liberal como soy, renunciar a la creencia de que el Jurado es la base más solida y más duradera de la justicia penal...pero levantóse una insuperable valla, sobre la cual he de llamar la atención de los autores de ese voto particular: la oportunidad en el planteamiento del jurado y la confianza en los que habían de plantearlo. ¿Era este el momento oportuno para que se trajera al debate el planteamiento inmediato del Jurado?...”(pp.3555-6). DIZ ROMERO (p.3557 a 3561) se alza en defensa del “inmediato planteamiento del jurado...para la calificación de todos los delitos”. Seguidamente tras afirmar que todos, el Gobierno, la Comisión, la mayoría, incluyendo a las oposiciones, y no sabe si también la oposición conservadora, son partidarios del jurado, reduciéndose el debate pues a dos temas: oportunidad y confianza.. Cuestion de oportunidad: frente

medios materiales y personales que requeriría una constitucional impartición de Justicia, bien orquestando más o menos solapadamente campañas orientadas a devaluar su papel de control de la Administración y de los políticos).

Jürgen HABERMAS en su conocida y ya citada obra *Strukturwandel der Öffentlichkeit*<sup>212</sup> nos dice que “Con burocracia y ejército, y en parte también

---

al aparente criterio del Gobierno de dilatar su inmediata regulación por estimar que el país no está suficientemente preparado, solicita al partido constitucional ( formado por el partido democrático, el partido progresista y el partido de la union liberal) su instauración inmediata. SALES responde que aun compartiendo su entusiasmo por el jurado advierte de las enmiendas presentadas al dictámen de la mayoría de la Comision que “no hay dos que coincidan en la manera de establecer el jurado ...algunos sólo lo piden para los delitos de imprenta, otros para toda clase de delitos, otros sólo los graves. El Marques de VALDETERRAZO, defendiendo el proyecto en cuyo preámbulo se cita al jurado aunque no se propone ni regula su restablecimiento, critica la indeterminación de los defensores del voto particular pues no dicen nada del ámbito competencial del jurado (para qué clase de infracciones, sólo delitos o tbb faltas, para todos los delitos, sólo en asuntos civiles, ¿qué manera de hacer las listas, ¿qué jurado se quiere, el de Suioza, el de EEUU, el de Inglaterra? “...La reforma más importante que tiene este proyecto...es la del juicio oral y público; porque, señores, se habla aquí mucho del Jurado, y el Jurado, despues de ser una cuestion no rezuelta definitiva, ni prácticamente, puesto que los varios países de Europa lo han establecido de diferente manera , no exige aquí un planteamiento tan inmediato como la reforma sobre el juicio oral y público, que ya no es cuestion ni en la ciencia ni en la práctica....son dos cosas enteramente diferentes el juicio oral y público y el Jurado;...el juicio oral puede existir sin Jurado, y el Jurado no puede existir sin el juicio oral...esto de la organización de los tribunales que haga que la justicia sea pronta, que la justicia sea barata, que la justicia esté cerca de los administrados son verdaderos problemas resueltos en todos los países de diferente manera (pp.3555-6)... yo creo y tengo la firme conviccion de que el Jurado es una institucion político-jurídica, es decir, que participa de los dos caractères, que es política y que es jurídica; pero añado que tiene más de política que de jurídica...como garantía que se puede dar á la libertad de los ciudadanos, como expresion que puede ser de los sentimiento ó la opinion del pueblo tomando parte en la administracion de justicia, yo en este sentido le admito, le creo preciso y conveniente y...espero y confío en que el Jurado vendrá; ...pero yo soy partidario.....del jurado solo para delitos graves...(y) combato decidamente el Jurado en materia civil...El Jurado se establecerá en España, lo ha dicho y prometido el Sr.Ministro de Gracia y Justicia...pero entraña tal número de cuestiones, lleva en sí tales problemas que resolver, que no es extraño que en un momento dado criminalistas tan afamados....comprendan que no es posible improvisarlo...conociendo las circunstancias en que vivimos en España, conociendo el estado de este país, y conociendo ¡por qué no se ha de decir! hasta el estado de la magistratura, porque esto no es ninguna ofensa, el decir que no está acostumbrada á esta innovacion tan radical en nuestro país, repito, no creo prudente, jurídicamente hablando, pedir se establezca repentinamente y sin preparacion alguna el Jurado....sin la bastante meditacion (p.3566-7

<sup>212</sup> HABERMAS, J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, op., cit., 5 Aufl., p.25, “Mit Bürokratie und Militär (zu einem Teil auch mit der Gerichtsbarkeit) objektivieren sich die

con la Jurisdicción se objetivan las instituciones del poder público frente a la esfera palaciega cada vez más privatizada. Finalmente, de los estados se desarrollan los elementos señoriales en órganos del poder público, en el parlamento (y de otra parte en Jurisdicción). Los elementos de los Estados profesionales, en la medida en que ya están determinados en las corporaciones ciudadanas y en ciertos estamentos regionales diferenciados, se desarrollan hacia la esfera de la «sociedad burguesa», que se contrapondrá frente al Estado como genuino ámbito de autonomía privada». Más adelante, en la misma obra y al referirse a la institucionalización plenamente contradictoria de la publicidad en el Estado de Derecho burgués (§ 11), mantiene que “Competencia y Justicia, por lo tanto, son criterios del Estado de derecho burgués, administración `racional` y justicia `independiente` (con lo que la Justicia a su vez exige una jurisprudencia científica)<sup>213</sup> son organizatoriamente los presupuestos”<sup>214</sup>

La larga cita de HABERMAS creo que permite advertir que el crítico estado de la Justicia conlleva que uno de los pilares del Estado de Derecho precisa una profunda revisión que ha de resultar compatible con el resto del andamiaje que lo infraestructura, so pena de propiciar su derrumbamiento. Ello sin perjuicio de las modificaciones que todos y cada uno de los pilares requieran en pro de otra eventual formulación del Estado de Derecho.

Conscientes de la necesidad de reforma, relevantes sectores institucionales, académicos y sociales aconsejan la directa o indirecta reducción competencial de la Jurisdicción, a favor de alternativas presuntamente “democráticas” y “democratizadoras”: arbitraje, conciliación, mediación –las denominadas en los EEUU de Norteamérica “Alternative Dispute Resolutions”<sup>215</sup>-. Tales vías,

---

Institutionen der öffentlichen Gewalt gegenüber der nach und nach privatisierten Sphäre des Hofes. –Aus den Ständen schließlich entwickeln sich die herrschaftsständischen Elemente zu Organen der öffentlichen Gewalt, zum Parlament (und zum andern Teil zur Gerichtsbarkeit); die berufsständischen Elemente, soweit sie in den städtischen Korporationen und gewissen landständischen Differenzierungen schon angelegt sind, entwickeln sich zur Sphäre der »bürgerlichen Gesellschaft«, die dem Staat als der genuine Bereich privater Autonomie gegenübersteht wird”.

<sup>213</sup> El contenido entre paréntesis corresponde al principio de la cita 54 de HABERMAS, cit., § 11, p.102 (transcrita en la 316)..

<sup>214</sup> HABERMAS, op.,cit, p.102: "Kompetenzmäßigkeit und Justizförmigkeit sind daher Kriterien des bürgerlichen Rechtsstaats; »rationale« Verwaltung und »unabhängige« Justiz sind organisatorisch die Voraussetzung”.

<sup>215</sup> Acerca de las ADR, para algunos directo o al menos indirecto fruto de la corriente de los años treinta “ Critical Legal Studies”, pero en todo caso con progresiva importancia en la resolución de conflictos, vid. TWINING, W, Alternative to What? Theories of litigation, procedure and dispute settlement in angloamerican jurisprudence: some neglected classics”, en MLR, 1993., ROBERTS, S, “Alternative Dispute Resolutions

propiciadas desde muy diferentes estadios y desde muy distintos niveles político/institucionales<sup>216</sup>, fomentadas en la mayoría de los países occidentales, si bien es cierto que priman en materias civiles dispositivas, no lo es menos que, con variada y en general no relevante influencia en la satisfacción definitiva de los intereses cuestionados, vienen utilizándose en otras no disponibles y de este modo no susceptibles de arreglo por la voluntad concorde de los contendientes; de este modo acaece con la mediación familiar<sup>217</sup>. Estamos asistiendo en la actualidad a un desbordamiento de los sustitutivos del proceso que alcanzan ya, más o menos forzosamente y con irregular éxito, a otros espacios hasta el momento reservados a la jurisdicción. Me refiero al administrativo y al penal. En España, en sede administrativa y con apoyo en preceptos como en el art.88 LRJAPyPAC en lo que sugiere de terminación convencional del procedimiento y en la expresa cita del arbitraje de su art.107.2<sup>218</sup>, mantenido en la reforma 4/1999<sup>219</sup> se ha pretendido implantar el

---

and Civil Justice: An unresolved Relationship", MLR, 1993., INGLEBY, R., Court Sponsored Mediation: The case against mandatory participation", MLR, 1993., GENN, H., Tribunals and Informal Justice", MLR, 1993., GLASSER, C., "Civil procedure and the lawyers- The adversary system and the decline of the orality principle", MLR, 1993.,

<sup>216</sup> En este sentido recordemos que el arbitraje de consumo ha venido siendo fomentado por las instituciones de la Unión Europea, pudiendo citar al respecto El Libro Verde de Acceso de los Consumidores a la Justicia y Solución de Litigios en Materia de Consumo en el Mercado Único, presentado por la Comisión (Com [93] 576, Bruselas, 16.11,1993); también las autoridades nacionales han venido profundizando en la misma línea: en España sobre todo desde la L.26/1984 de 19 de julio General para la defensa de consumidores y usuarios y con la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de Arbitraje; en Alemania mediante sistemas como el organizado por las Schlichtungsstellen der Industrie- und Handelskammern, en Belgica mediante el procedimiento arbitral (Geschillen Commissie) seguido por consumidores en diversos ramos del Comercio y servicios, etc., etc. Para la mediación familiar importa recordar la Recomendación N<sup>o</sup> R (98) 1, adoptada por el Consejo de Ministros del los Estados Miembros del Consejo de Europa en 21.1.1998, con origen en la Conferencia Europea sobre el Derecho de Familia en el futuro –Cádiz, abril de 1995-. Reflejo de la misma en España pueden ser las iniciativas en especial del Gobierno de Cataluña esencialmente concretables en la Ley de mediación familiar (conozco el "Segon esborrany de l'avant-projecte de la llei de mediació familiar", septiembre 1998).

<sup>217</sup> Vid.cita anterior

<sup>218</sup> Art.88 LRJAPyPAC (Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) : "Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas, tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción..." Y en el 107.2: "Las leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas".

<sup>219</sup> Ya no referido al suprimido recurso ordinario sino al de alzada y al nuevamente acogido de reposición.



arbitraje administrativo en, a mi juicio constitucionalmente imposible, armonía con el art.1 de Ley de Arbitraje de 1988<sup>220</sup>; afortunadamente y por el momento los diversos planteamientos doctrinales no parecen haber encontrado eco en la realidad jurídica. También en mi país, pero en sede criminal, han comenzado a proliferar las denominadas Oficinas de Ayuda a la Víctima -inicialmente interviniendo en caso de infracciones atinentes a las relaciones familiares, a la libertad sexual y a algunas de bagatela contra la propiedad-, que no se circunscriben a asistirle sino que otrosí proponen soluciones –todavía no vinculantes para el juez- “criminológicamente” adecuadas a la respectiva y pretendida asimilación del delito por ofensor y ofendido.

Sin pretender desconocer la trascendencia, por eficaces, de algunos de estos medios alternativos compositivos de litigios, estimo preciso advertir contra las soluciones parciales que inciden en especial en la reducción del ámbito jurisdiccional constitucionalmente establecido. Afectan así al singular papel que ha de cumplir el juez, como terminal de la publicidad, de decisivo contribuyente a la realización de la verdad de la Primera Norma<sup>221</sup> -ni predicable ni exigible ni generalmente alcanzable mediante los ADR-, tal vez fruto de nuestra incapacidad para la puesta al día orgánica, funcional y por ende procesal de la Justicia.

Rechazo por todo lo expuesto a lo largo de esta ponencia que la restauración<sup>222</sup> del caduco jurado popular pueda contribuir a la actualización de la Justicia. A mi juicio demagógica y así ornamentalmente, y con un desconocimiento manifiesto de lo que significó, y en su papel residual sigue suponiendo, la participación directa del “pueblo” en la impartición de la Justicia penal, el legislador español de 1995 rescató el trasnochado jurado popular.

El análisis realizado abarca las distintas modalidades participativas ciudadanas en la jurisdicción penal: a) activas: en el momento de la acusación (acusación popular o cualesquiera otra modalidad –así el “asistente portugués”, el “Privatbeteiligte austríaco”, el “Nebenklage alemán”, etc.-; y en el del enjuiciamiento: jurado/escabinado. b) pasiva: publicidad.

---

<sup>220</sup> En cuyo art.1 se plasma una fórmula subjetiva abierta: “personas naturales o jurídicas”

<sup>221</sup> Lo que viene contemplado en la Constitución española entre otros en el art.9.2:” Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y...”, en relación con los arts.14 y ss, 24, 53.2, 103, 106 etc. Lo que también es predicable de otras Leyes Fundamentales como la de Bonn en sus arts.1, 2, 19, 92 y ss, etc, la Italiana en sus arts.2, 3, 24, 101 y ss, la Portuguesa en sus arts. 1, 2, 20, 27 y ss, 205 y ss, etc..

<sup>222</sup> Aunque no haya sido una simple trasposición al acoger algunas “novedades” del anglosajón.

Las posibilidades estudiadas, desde su originaria formulación liberal burguesa en su adopción continental, como he venido iterando, tienen denominadores comunes reducibles a las estereotipadas reflexiones siguientes:

En estrecho nexo con el primigenio concepto de ley liberal y del limitado papel inicial del juez, las intervenciones activa y pasiva ciudadanas en la Justicia, en especial en la penal, velaban por una estricta aplicación procesal de la ley, evitando cualquier desviación interpretativa que pudiese falsearla. Los sectores más *honorados*, inicialmente con el sufragio y jurado censitarios, contribuían tanto en el momento legislativo como en el judicial a controlar la liberalización de la sociedad; es decir, a profundizar socialmente el liberalismo burgués que profesaban. En el Régimen Liberal su desconfianza hacia actitudes de instituciones públicas como el MF, desconocedoras de sus intereses -sólo formalmente generales-, condujo en algunos países inicialmente<sup>223</sup> a mantener la posibilidad de provocar la actuación jurisdiccional (acusación ciudadana); la consolidación del MF y la imparcial figura del juez ya liberal vinculado al derecho codificado, evidenció las insuficiencias y riesgos de un tribunal de legos, aconsejando su evolución hacia el escabinado; la tecnificación jurídica, exaltada en la progresiva especialización, vació de contenido la publicidad liberal en la medida en que el ciudadano espectador era incapaz de entender el esotérico desarrollo procesal y el críptico lenguaje jurídico y así de controlar la constitucional aplicación procesal de la ley.

Sería pues factible finalizar estas conclusiones afirmando:

- Que la acusación por los ciudadanos viene cediendo en pro de la pública, deducida por un órgano estatalmente integrado (Ministerio Público; también en Gran Bretaña con el *Attorney General* y el *Crown Prosecution Services*);
- Que la publicidad estricta (para todos), concretada y exaltada en y por los medios de difusión, contribuye a hacer de la Justicia, cada vez más intensamente dada la imparable irrupción mediática, un llamativo en cuanto espectacular "show" a la vez que un manipulado medio de prevención general, con lo que estaría en estricto sentido más cerca de la propaganda.
- Que el jurado popular ha devenido significativamente en escabinado en países como Alemania, Francia, Italia, Austria, Portugal y en los que per-

---

<sup>223</sup> En Francia la acusación popular no suscitó problemas al ser rechazada desde los primeros momentos liberales, lo que no sucedió en Alemania e Italia y naturalmente en España, único Estado que por su singular evolución decimonónica mantuvo la acusación popular. Vid. PEREZ GIL, J., *La acusación popular*, cit., esp.pp.119 y ss. Asimismo, y respecto a la formación de la jurisdicción en España vid. Mis trabajos: "De la jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano", en *Rev.Ad.Pública*, 1976, núm.79,pp.145 y ss, y "Sobre el «poder» judicial y la Ley orgánica del poder judicial", en *Rev.Jurídica La Ley*, 1985, 2, pp.1121 y ss.

manece como tal cumple un papel testimonial en verdad de mero ornamento. Asombra a este respecto la actitud de ciertos sectores doctrinales ignaros de la propia evolución en su mismo país no favorecedora de su mantenimiento. En el caso de España se justifica esta afirmación, de consuno con los argumentos plasmados en el **Informe del Consejo General del Poder Judicial**, recabado por el Congreso de los Diputados, emitido en cinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve, y así esencialmente:

- Por las graves deficiencias técnicas de la Ley del Jurado, a las que ha de agregarse la falta de un armónico planteamiento procesal interno y con relación al Ordenamiento Jurídico en que se integra.
- Por la inadecuación del resto del Ordenamiento procesal –todavía a caballo entre el predominio del acusatorio y la pervivencia de manifestaciones inquisitivas- escasamente compatible con este Tribunal del Jurado sólo concedor de la fase enjuiciadora
- Por la reducida competencia asignada al jurado por la Ley. Enjuicia infracciones poco numerosas y no precisamente las que podrían estar más necesitadas del aporte social en su ponderación.
- Por la practica forense recelosa de este instituto popular que favorece soluciones elusivas cuales son: la “reconversión” por el Ministerio Público de los tipos penales al calificar como falta lo que con un juez profesional estimaría delito; con las conformidades previas<sup>224</sup> (*Plea bargaining*) apropiadas por el Ministerio Fiscal eludiendo los costes, duración y mayor complejidad del juicio ante jurado.
- Por el rechazo social a participar en el jurado, fruto en sensible medida de la progresiva insolidaridad social que también comienza a primar en España y de la desconfianza hacia la Justicia<sup>225</sup>.
- Que la afirmada crisis de la Justicia precisa de un sereno y profundo estudio que abarque, desde su constitucional significado, la plena aprehensión de su realidad total. Ha de huirse en consecuencia de soluciones parciales; es asimismo ineludible saber qué modelo de Justicia se persigue y siempre, todo ello, con escrupuloso respeto de los principios admitidos por todos las Leyes Fundamentales y presentes en los Tratados Internacionales regionales (CEDH ó CADH), o generales (DUDH, PIDCP).

---

<sup>224</sup> Sus semejanzas y divergencias pueden verse en la sugestiva y completa obra de CABEZUDO RODRIGUEZ, N., *El Ministerio Público y la Justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, op.,cit., passim.

<sup>225</sup> Habría que aludir al temor a represalias por ejemplo en la criminalidad organizada, pese a la adopción de medidas normativas como, entre otras, protección de testigos y peritos.

# América Latina: Análisis regional

## Proceso penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad

Eugenio Raúl Zaffaroni  
Profesor de Derecho Penal  
Universidad de Buenos Aires

### I. La ley y la realidad

1. Cuando se analizan las leyes de los países de nuestro continente latinoamericano, puede causar sorpresa el número de derechos y garantías que en ellas se consignan, incluso desde el siglo pasado, frecuentemente arraigados en los actos de los propios libertadores o de los primeros gobiernos independientes. En varios aspectos éstos se establecieron antes que en algunos países de Europa y en los Estados Unidos: basta pensar que la esclavitud fue abolida en la mayoría de nuestros países mucho antes que en América del Norte, pero la explotación humana continuó siendo mucho más intensa que en los Estados Unidos y el estado de servidumbre del campesinado era la regla en que se basó el régimen de repúblicas oligárquicas que comenzaron a caer recién a partir de la Revolución Mexicana. Es incuestionable que quien desea conocer la realidad social, muy poco puede informarse a través de las disposiciones constitucionales y legales vigentes en cada época.

2. Quizá el fenómeno tenga que estudiarse a partir del propio derecho indiano o colonial, dado que España debió gobernar un territorio muy extenso y no pudo menos que acudir a una notoria descentralización administrativa, que es el origen del federalismo en países como México o la Argentina: nuestro federalismo, a diferencia del norteamericano, no tiene su origen en el establecimiento de colonias separadas, sino en la descentralización administrativa de la monarquía española. Los esfuerzos desde la metrópoli por controlar ese inmenso imperio, en tiempo de comunicaciones lentas hasta la desesperación, fueron considerables: no faltaron informes realistas que dieron lugar a nuevas leyes, pero todas se desvirtuaban en su aplicación concreta. Las finalidades expresas y latentes de las leyes se separaban hasta el absurdo: el fundamento cristiano, humanitario y tutelar que se daba a la encomienda, se traducían en su realidad de esclavitud y genocidio. En la América portuguesa la ficción fue aún peor, porque no se desarrolló un derecho indiano, sino

que en teoría se aplicaban las mismas leyes que en la metrópoli, o sea, las *ordenacoes* (las ordenanzas portuguesas equivalían a las recopiladas españolas).

Muy poco contribuyó la independencia, las guerras civiles entre intereses portuarios y mediterráneos (liberales y conservadores según la terminología más corriente) y la consagración de repúblicas oligárquicas para estrechar la distancia entre la ley y su vigencia. Estas últimas se caracterizaron por sancionar constituciones republicanas y liberales, que reproducían a su modo disposiciones de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano francés de 1789, de la Carta de Virginia o de la *Carta Magna*, pero el poder quedó en manos de una minoría hegemónica que operaba como grupo dominante proconsular del poder mundial del momento, en sociedades muy estratificadas y que, con demasiada frecuencia, sin cambiar las constituciones, se traducían en largas dictaduras personales. Muchas décadas hubo de esquizofrenia entre la ley la realidad: constituciones y leyes republicanas en los papeles y pergaminos, y gobiernos autoritarios y hasta totalitarios en la realidad, sin que éstos se preocupasen por reformar las constituciones, sino que, por el contrario, se proclamaban defensores de los valores jurídicos que aniquilaban.

3. Con semejante experiencia jurídica, era bastante natural que las poblaciones no se habituasen a vivenciar el derecho como fruto de una conquista resultante de una lucha propia, sino como el discurso de dominación de las minorías hegemónicas, frecuentemente hipócrita e incomprensible. Fue un largo mal entendido que se prolongó hasta nuestro tiempo y que no ha desaparecido totalmente, proporcionando la base sobre la cual se extendió la idea de que el derecho es una superestructura inútil y desechable. Las luchas guerrilleras y las demás manifestaciones de resistencia política armada de los años setenta, fueron llevadas a cabo por grupos políticos que, sobre la base de esa experiencia histórica, no planteaban tampoco reformas jurídicas, sino que se insertaban en esa traducción de desprecio a lo jurídico, considerado sólo como discurso hegemónico superestructural, convicción en la cual los confirmaban quienes los combatían y que, con base en la teoría de la guerra sucia o con la famosa seguridad nacional, arrasaban con todo límite jurídico en nombre de los mismos valores que despreciaban. Hasta el presente no puede asegurarse que haya un pensamiento jurídico progresista consolidado y con caracteres comunes en la región, precisamente porque el peso de la dicotomía aún se siente en toda su extensión.

4. Este fenómeno es particularmente grave en el campo del derecho procesal penal, por dos razones fundamentales: a) la ley penal naufraga en todos los límites garantizadores que puedan pensarse y plasmarse, sin un proceso penal conforme a sus mismos y paralelos principios; b) no basta con la con-

sagración formal de los principios y los procedimientos, si no hay mecanismos de efectivización de los derechos y garantías.

En razón de ello, y dado que en el presente volumen se publican los informes de los países abarcados, con abundante material de información legal respecto de cada uno de ellos, lo que nos exime de incurrir en reiteraciones innecesarias, preferimos encarar estas dos vertientes: en una primera parte, nos ocuparemos de destacar las relaciones del derecho procesal penal y del derecho penal en cuanto a los principios fundamentales; en la segunda, centraremos la atención en las diversas formas en que estos principios pueden ser violados en la realidad cotidiana (experiencia vivida, vivencia o Erlebnis), del ejercicio del poder punitivo.

## **II. Las garantías en el Derecho Penal y en el Derecho procesal penal**

1. Suele decirse que el Derecho Penal en sentido amplio se divide en derecho penal en sentido estricto, Derecho Penal realizador o procesal y Derecho Penal ejecutivo, o bien, más sencillamente se habla de un Derecho Penal sustantivo y otro adjetivo; y también se habla de Derecho Penal de fondo y de forma.

Se reconoce que se trata de dos disciplinas jurídicas desde el punto de vista académico, "cada una de las cuales tiene su propio objetivo de regulación y su sentido peculiar, de manera que las relaciones jurídicas que surgen de esta relación bilateral se nos ofrecen como diferentes entre sí».

Lo cierto es que entre los procesalistas penales los hay quienes provienen del campo del Derecho Penal y los que proceden del Derecho Civil (o bien se enrolan en una tendencia puramente procesal), siendo sus puntos de vista frecuentemente distantes, pues no es detalle menor considerarlo como una en las cercanías del Derecho Penal o limitarlo a una rama más de un general Derecho Procesal.

Nadie pretende que el Derecho Procesal sea un brazo del Derecho Penal en sentido estricto, pero nos parece que es muy claro que debe guardar una vinculación estrecha y cierto grado de dependencia de éste, entre otras razones, porque nunca puede ser considerado un fin en sí mismo.

Si bien es cierta la repetida afirmación de Beling en cuanto a que "el Derecho Penal no toca ni un solo pelo del delincuente", no es menos cierta la inversa, de modo que la dependencia recíproca se halla lógicamente demostrada. De allí que sea para nosotros válido referirnos a un Derecho Penal en sentido amplio, del cual el Derecho Procesal Penal haga parte.

2. Se trata de una clara independencia académica expositiva, pero de una también nítida dependencia teórica o ideológica (o político-criminal, si se prefiere), lo que se explica porque los objetos son dispares, pero los principios de elaboración de ambos son —o debieran ser— estrictamente paralelos. Ambos tienen como fundamento las constituciones y el Derecho Internacional, en razón de que ambos cumplen la función de preservar el estado de derecho, y cada principio o regla limitadora tiene dos versiones: la penal y la procesal penal.

La aparente contradicción entre la independencia académica y la dependencia ideológica provoca confusiones cuando quiere verse en el procesal la mera realización del penal. Aunque casi todos los autores sugieren la doble relación, ésta se opaca cuando se afirma, por ejemplo, que “no obstante esta accesoriedad, debe afirmarse el carácter de autonomía del Derecho Procesal Penal. Este carácter accesorio respecto al Derecho Penal sustantivo, no significa dependencia desde el punto de vista de su desenvolvimiento, contenido y finalidad. Sirve al Derecho Penal material en cuanto actúa sus normas, pero vive independientemente, con normas propias y principios rectores que recíprocamente se influyen, con los de las otras ramas jurídicas, consecuencia de la unicidad del orden jurídico” (Clariá Olmedo). Menos precisa aún es la afirmación de que es “hermano gemelo del Derecho Procesal Civil, y ambos, las dos más vigorosas ramas que surgen del tronco común, aunque por su objeto, forma asimismo, parte del conjunto de las ciencias penales”. (Alcalá Zamora-Levene).

3. Cabe destacar que hasta el siglo XIX era usual el tratamiento conjunto del Derecho Penal y el Procesal Penal (Grolmann, Carmignani, Carrara, etc.), lo que aún hoy sucede con algunos autores franceses, y que responde a la tradición legislativa casi milenaria y vigente hasta la codificación del siglo XIX, que abarcaba en un mismo cuerpo normas procesales y procesales penales.

Ambas disciplinas trabajan el saber sobre dos fuentes legales diferentes, pero que deben ser compatibles y paralelas en sus principios respectivos: *no debe mediar una asimetría político-criminal o ideológica entre ambas. A un Derecho Penal limitador o de garantías corresponde un Derecho Procesal Penal acusatorio, y a un Derecho Penal autoritario un procesal penal inquisitorio.*

4. El estado de policía paternalista no necesita defensa del procesado, porque se erige no sólo en víctima, sino también en acusador, defensor y juez. Cuando el Derecho Penal adopta la forma de la *emergencia*, es decir, de un poder que debe ejercerse para salvar a la sociedad (o a la especie) de un mal que de otro modo la aniquilaría, se degrada a derecho policial y asume el discurso de la coerción administrativa directa diferida: debe detener el avance de un proceso lesivo en curso y todo lo que hace es defensa (legítima),

pues no resta otra solución ante tamaña amenaza. La pena cumple la misma función que la medida policial y el proceso no puede ser otra cosa que una *investigación*, llevada a cabo mediante el interrogatorio frente a cualquier dato revelador del peligro o de cualquiera de sus manifestaciones. El tribunal es una autoridad policial que investiga y toma la medida coercitiva de inmediato: no se requiere acusación ni defensa.

Porque tampoco se requiere cerrar el objeto de la investigación ni del juicio, dado que, como se trata de un mal formidable y universal, lo que se detectan son signos o manifestaciones del mismo, que pueden ser altamente variables y respecto de las cuales el tribunal no puede estar limitado. *Esta es la estructura de todo Derecho Penal de emergencia y de su versión procesal, que es el proceso inquisitorio.* Sus normas se pueden observar claramente en el *Directorium Inquisitorium* o *Manual de los inquisidores* de Nicolau Eymerich de 1376, reelaborado por Francisco de la Peña en 1578, con especial referencia a la emergencia de la *herejía*, o en el *Malleus Maleficarum* o *Martillo de las Brujas* de Sprenger y Cramer de 1487, éste en referencia a la emergencia de la *brujería*, y donde se ponen mucho más en claro las relaciones entre ambos órdenes jurídicos, puesto que se trata de la primera exposición teórica de un sistema integrado de criminología, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y criminalística, asombrosamente paralela al del positivismo criminológico de fines del siglo XIX y comienzos del XX.

5. Desde la Inquisición europea y española hasta hoy la estructura autoritaria inquisitorial se reitera en cada etapa de emergencia: en el siglo XIX y comienzos del XX, el positivismo criminológico dio lugar a una nueva versión que llegó a abarcar a toda manifestación de criminalidad como signo de inferioridad biológica o social. El mal amenazante era la *degeneración* o *atavismo* como signos negativos en medio de una civilización que avanzaba y había llegado a ser cabeza de la especie, considerada como un tejido orgánico único. La búsqueda de signos de atavismo que podían comprometer el avance del hombre civilizado no podía quedar limitado por un derecho de defensa, pues se trataba de una mera comprobación *científica*. En la segunda mitad del siglo XX renació en nuestros países la emergencia con las resistencias políticas armadas y nuevamente se impuso el inquisitorio en su máxima expresión: la decisión la tomaban autoridades policiales, o sea, las fuerzas armadas en función policial. Las ejecuciones sin proceso y las desapariciones fueron, en definitiva, el ejercicio de un poder punitivo inquisitorial, sin defensa ni acusación. Esta ideología de las emergencias es parte de una concepción policial de la historia y de las ciencias sociales (Poliakov) en la que se reiteren visiones conspirativas.

En este momento, las instituciones inquisitoriales vuelven especialmente en materia de tóxicos prohibidos, donde se limita la defensa, se prohíben



excarcelaciones, se decide por tribunales especiales o de excepción, se autorizan los jueces anónimos, los testigos anónimos, los funcionarios autorizados por el tribunal para cometer delitos, se subordinan los derechos de todos los habitantes al éxito de las investigaciones de esa naturaleza, se fomenta y premia la delación, etcétera.

Esta tendencia, que corresponde a la emergencia del discurso penal actual y que no se distingue estructuralmente de todas las anteriores, no debe subestimarse como propia y exclusiva de un área del poder represivo: la historia de los derechos penales de emergencia es casi la historia del Derecho Penal mismo, pues una emergencia sucede a otra desde que se operó la confiscación de la víctima en el siglo XII hasta la fecha. Las instituciones inquisitoriales penetran en el discurso por la vía de una materia constitutiva de la emergencia de turno, pero inmediatamente se extienden al resto del ejercicio del poder punitivo.

6. En un Derecho Penal más republicano, las infracciones no son signos sino lesiones a derechos o bienes jurídicos, que conllevan un mal en sí mismas. Por ello, es necesario saber que es lo que se imputa al sujeto (fijarlo en una acusación) y debatir entre partes la prueba al respecto. Esto requiere que las funciones procesales se separen nítidamente y que la materia de acusación quede bien determinada antes del debate o juicio. De allí las bases del *sistema acusatorio*, que es la manifestación procesal del Derecho Penal liberal o de garantías.

7. Queda claro, pues, que se impone una regla de correspondencia o paralelismo entre ambas legislaciones y ambos campos del conocimiento jurídico. No obstante, es sabido que —lamentablemente— no son pocas las legislaciones que no respetan la regla de correspondencia o paralelismo, dando lugar a una asimetría legislativa entre ambas regulaciones que, por lo general, se traduce en una ley penal liberal o garantizadora y una ley procesal marcadamente inquisitoria: en realidad no es otra cosa que un modo de burlar la limitación propia del estado de derecho y consagrar el estado de derecho y consagrar el estado de policía con un discurso penal liberal.

La asimetría contraria (ley penal autoritaria y procesal acusatoria) es poco frecuente: en la práctica, tiende a liberalizar el Derecho Penal porque favorece la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley penal, con lo cual reduce la asimetría, razón por la que cabe pensar que se trata de un fenómeno transitorio, a diferencia del anterior, que alcanza alto grado de estabilidad y permanencia.

8. Establecida la dependencia teórica, ideológica o político-criminal entre ambas disciplinas jurídicas, cabe aclarar que no es sencillo establecer sus lími-

tes, pues varias normas se hallan discutidas entre ambos horizontes de proyección, especialmente porque los legisladores suelen incluir, por tradición, disposiciones procesales en los códigos y leyes penales, especialmente en materia de ejercicio y extinción de las acciones, de competencias, de ciertos actos impuestos a los jueces, etc.

Como por lo general no tiene mayor relevancia práctica la naturaleza jurídica de estas normas, la mayor parte de la doctrina trató siempre de asignarles naturaleza penal y no procesal, como modo expeditivo de resolver el problema.

Sin embargo, es muy difícil sostener que se trata de materia penal de fondo. No puede ignorarse que la teoría de la acción es un punto central de discusión del Derecho Procesal, que la jurisdicción y la competencia son por esencia materia procesal, que una disposición que le ordena a todo juez realizar un acto no puede tener otra naturaleza que procesal. Decididamente, pretender la naturaleza penal de estas normas es torcer el sentido de las cosas.

9. Un sector de la doctrina trata de resolver el problema sustentando la tesis de que son cuestiones procesales sólo en apariencia, pero que en realidad pertenecen al derecho sustantivo, en tanto que otros autores, respecto de la acción, afirman que “es de naturaleza sustancial en cuanto poder, pero procesalmente proyectada en cuanto ejercicio”, lo que, por cierto, es poco claro. El problema se complica y es muy difícil sostener esta última posición cuando se reconoce que la teoría de la acción es uno de los problemas más arduos del Derecho Procesal Penal, y más aún, si se sostiene —como Florian— que la acción hace valer un derecho autónomo, distinto del derecho sustantivo que con ella quiere hacerse valer. Manzini apuntalaba la tesis de la naturaleza penal de estas normas acudiendo a la distinción entre normas que atribuyen potestad punitiva al estado y normas que reglan el ejercicio de esa potestad. No obstante, le resultaba tan difícil identificar unas y otras que terminaba admitiendo una “zona neutra”, con lo que confesaba que el problema quedaba sin solución. Soler en la Argentina, para distinguir entre Derecho Penal y Procesal Penal, acudía a la tradicional distinción conforme al efecto de las respectivas sanciones, asignando al primero la pena y al segundo la nulidad, lo que no resultaba compatible con su ulterior tesis de la naturaleza penal de estas normas.

10. De cualquier manera, para nosotros, el problema no tiene mucha importancia práctica, lo que no sucede para los autores que pretenden que las leyes procesales no están abarcadas por la prohibición de retroactividad.

Sin duda que esta última posición constituye una grave lesión al principio de legalidad, al cuestionar el alcance de la voz *ley penal* cuando se discute el límite de la prohibición de retroactividad.

Una corriente procesalista sostiene que, salvo en materia de competencia (excluida expresamente en función del llamado *juez natural*), para el resto no es ley retroactiva la procesal posterior a la comisión, toda vez que el momento que debe tomarse en cuenta es el del acto procesal y no el del acto del delito.

En alguna medida esta tesis se funda en la teoría de las normas, conforme a la cual las normas penales estarían dirigidas a los particulares y las procesales a los jueces, funcionarios y auxiliares. Creemos que esa distinción no es sostenible en el ámbito punitivo, donde todas las leyes están dirigidas a estos últimos, entre otras razones porque lo contrario sería difícilmente compatible con la concepción fragmentaria del poder punitivo (el llamado carácter sancionador del Derecho Penal).

Pero, además de esta consideración, creemos que un proceso penal tiene siempre una conclusión binaria (pena o no pena) y si al momento del hecho que se juzga las disposiciones procesales llevaban a una *no pena*, no había amenaza penal porque no se puede amenazar con algo que no se puede realizar. Todo esto sea dicho sin perjuicio de que toda la coerción procesal es punitiva y la negación de este carácter es una peligrosa confusión entre los planos normativo y fáctico, que tienen el penoso efecto de ocultar la realidad y permitir la violación ilimitada del principio de inocencia.

11. Para quienes pretenden relevar la frontera entre ambas materias como un límite a la legalidad e irretroactividad de la ley más gravosa, una de las particulares cuestiones que se plantean es la naturaleza de la prescripción de las acciones. Es fuerte la corriente que entiende que la misma es una cuestión de naturaleza procesal y que, por ende, la prescripción puede entenderse *ex post facto*. En Alemania el tema se planteó con los crímenes del nazismo y se reinstaló por delitos cometidos en la Ex República Democrática. La doctrina y la jurisprudencia alemanas afirmaron que las normas procesales afectan la perseguibilidad (no la punibilidad) del hecho, distinción sutilísima y artificial que les posibilitaba afirmar que la retroactividad en materia de prescripción no lesionaría el principio de irretroactividad de la ley penal. El Parlamento alemán sancionó en 1965 una ley que suspendía el plazo durante el tiempo en que la acción no pudo ejercerse, en 1969 otra que extendió el plazo a treinta años y, finalmente, en 1979, se declaró la imprescriptibilidad del genocidio y de los homicidios calificados no prescriptos.

12. En la Argentina se sostuvo que una ley de esa naturaleza sería inconstitucional, pero que, tratándose de ley extranjera, los tribunales nacionales deben conceder la extradición con base en ella, porque el derecho internacional no exige la ley previa en su ámbito. Con ello se consagra la tesis del *doble derecho*: no puede explicarse de otro modo que una ley que, por violar

garantías, no pueda tener vigencia nacional, deba valer para los jueces nacionales si es producida por un parlamento extranjero. Se pretendió establecer un paralelo con el caso del divorcio extranjero que disolvía un matrimonio también celebrado en el extranjero cuando la legislación nacional no admitía el divorcio en el país, pero se ha observado con razón que en ese caso no había ningún impedimento constitucional para que la ley lo admitiese.

13. Las fórmulas de los textos internacionales deben entenderse en el sentido amplio y de buena fe —*pro homine*— como prohibiendo la retroactividad de toda ley que amplía el poder punitivo, cualquiera que sea su naturaleza; y la tesis del doble derecho es inaceptable en la región. Planteada la cuestión en estos términos, debiera concluirse en el necesario reconocimiento de la violación de los tratados por parte de toda norma más gravosa que pretenda tener efecto retroactivo respecto de la prescripción de cualquier delito. Cabe recordar aquí el caso de la dictadura franquista cuando prolongaba la prescripción de los supuestos delitos cometidos por los republicanos.

Es bastante claro que los intentos alemanes como la racionalización argentina para otorgar la extradición, no son más que imperativos políticos que, por materialmente justos que parezcan o sean, producen un total desconcierto doctrinario. No es del caso analizar en particular estos supuestos, pero quizá la solución se halle reconociendo claramente la naturaleza política de las decisiones y no aplicando reglas que no están pensadas ni pueden aplicarse a supuestos que nunca pueden ser realmente materia del poder punitivo formalizado. Para evitar la impunidad de genocidas no pueden lesionarse indiscriminadamente elementales garantías de toda la población: es preferible sostener a su respecto una suerte de nueva “pérdida de la paz”.

14. Pero el problema más grave, por su frecuencia y extensión, es decir, por constituir en nuestra región la forma más usual de ejercicio del poder punitivo represivo, es decir, por haberse erigido en la pena más corriente, es el de una institución considerada casi siempre de naturaleza procesal penal, pero que para nosotros tiene una filiación penal: *la prisión preventiva*.

Los esfuerzos que se han hecho para explicarla dentro de los principios y garantías constitucionales e internacionales son, a nuestro juicio, completamente vanos: la prisión preventiva, al menos en la gran mayoría de los casos, implica una lesión a la presunción de inocencia, y por ende, una pena anticipada a la sentencia.

La prisión preventiva —al igual que algunas penas excepcionales— puede legitimarse como coacción directa en los casos en que la misma sea necesaria para detener una actividad lesiva en curso o para impedir una inminente, pero en los restantes casos es aún más irracional que una pena irracional,

dado que se trata de un poder punitivo habilitado antes de que se pueda afirmar que haya un delito, es decir, una pena impuesta por la mera *notitia criminis*. No puede tener ninguna legitimidad la imposición de una pena a quien no se sabe si es autor de un delito.

15. Los intentos de legitimar la prisión preventiva circulan por dos carriles diferentes: los que le reconocen más o menos expresamente el carácter de pena y tratan de legitimarla como tal, y los que le desconocen este carácter y tratan de legitimarla como medida procesal. Son, respectivamente, las llamadas teorías *sustantivistas* y *procesalistas* de la prisión preventiva, que son los llamados “criterios excarcelatorios”, donde por lo general se cruzan en la práctica argumentos de ambas naturalezas.

16. Los argumentos sustantivistas apelan a conceptos tales como la “satisfacción de la opinión pública”, la necesidad de intimidar, la urgencia por controlar la “alarma pública”, la “disuasión”, la “ejemplaridad social” y hasta la “readaptación”. La prisión preventiva se impone, para esta corriente, como una pena y la presunción de inocencia se sacrifica a las necesidades del orden. El planteamiento es claro y autoritario, sin rodeos ni mayores discusiones: en la guerra contra el crimen es necesario imponer penas antes de la sentencia. Si alguno resulta recibiendo una pena que no le corresponde, el razonamiento es que en toda guerra sufren también los inocentes. En general, el pensamiento sustantivista no mueve a errores: es el pensamiento del Derecho Penal autoritario, expresado claramente por Garofalo y por Ferri en tiempos del positivismo y en los del fascismo por Manzini.

La reconocida torpeza autoritaria de Garofalo le llevaba a sustentar la increíble tesis de que no tendría razón de ser la libertad provisional “y debiera desaparecer completamente, dejando a salvo el caso en que el mismo juez de instrucción crea en la inocencia del acusado. Tal y como hoy existe, esta institución presenta los mayores peligros; parece hecha ex profeso para favorecer al mundo criminal y atestigua la ingenuidad de los legisladores, los cuales parece que no se percatan de las nuevas armas que a los malhechores les presta la civilización”.

Los argumentos sustantivistas no han variado mucho hasta el presente, salvo en que se expresan con menos claridad que Garofalo. Alguna variante más prudente del mismo apela a la pretensión de que la prisión preventiva no es una pena, sino una medida de seguridad. Para ello, lógicamente, extienden el concepto de coacción directa a través de la invención de necesidades, tarea que, como sabemos, no tiene fin en la imaginación del poder. No se trata de ninguna novedad, sino del viejo y conocido recurso que se remonta a la inquisición complementada con el embuste de las etiquetas.

17. Desde el lado de las teorías procesalistas, en general la vertiente se remite al proceso civil, o sea, a una asimilación con las medidas cautelares de ese proceso. Por supuesto que esto implica un formalismo inaceptable, pues pasa por alto la obvia diferencia entre una limitación patrimonial y una pérdida de libertad: la primera siempre es recuperable y reparable en la misma especie, en tanto que la devolución del tiempo es imposible.

No han faltado construcciones ingeniosas, aunque nos limitaremos sólo a dos de ellas.

- a. La primera es la conocida tesis de Velez Mariconde, para quien no existe ninguna presunción de inocencia antes de la sentencia, sino un mero “estado de inocencia”. En rigor, trata de demostrar que si la persona está privada de libertad, no hay presunción de inocencia, pues de lo contrario no estaría presa. Es un esfuerzo para partir de un dato óptico y desde el mismo tratar de legitimar la realidad: en lugar de reconocer que un inocente está preso, se parte de que si está preso no debe ser tan inocente.
- b. Más recientemente, Binder trata de explicarla dándole fundamento en la prohibición del proceso en ausencia. En un razonamiento que convierte una garantía en fundamento para la violación de un principio de superior jerarquía, como es el de inocencia: la prohibición del proceso en contumacia es una garantía que refuerza el principio de inocencia y en modo alguno puede legitimar su violación. Por otra parte, cabe preguntar como la legitiman los países que aceptan el proceso en contumacia.

18. La cuestión de la prisión preventiva no es secundaria, sino que se trata de un problema crucial del saber penal. Dado que la mayoría de las personas privadas de libertad lo están por prisión preventiva, se trata de la pena de prisión más usual. Como sabemos, el fenómeno es dominante en toda América Latina y no es nuevo, puesto que son muchos los autores que dieron cuenta del mismo en el siglo pasado.

Lo que se ha dado en llamar *el preso sin condena* es el fenómeno dominante de la realidad penitenciaria y no se resuelve del todo con el acortamiento de los tiempos procesales, tanto porque los jueces la siguen empleando como pena como porque una excesiva reducción de los procesos es peligrosa: el proceso penal se mueve entre dos fuegos, que son la amenaza del “sumarísimo” si se acelera y la del inquisitorio si se prolonga.

19. Existe —como vimos— un criterio sustancialista que le reconoce el carácter de pena y que es el propio del Derecho Penal autoritario, porque la legitima como tal. Pero junto al mismo, hay otro criterio sustantivista, éste de origen liberal, que podemos remontar a Beccaria, que le reconoce su “esencia penosa”, pero para reducirla o suprimirla. En esta vertiente se hallan los au-

tores que la deslegitiman rotundamente, corriente que va cobrando adeptos en forma acelerada.

En esta corriente puede mencionarse a Ferrajoli, que propone un proceso sin detención preventiva. Es también original la posición que desde el contractualismo moderno sostiene Nozick, que la deslegitima en su forma actual y sólo la admite, en términos que pasan cerca de la utopía, como un encierro con compensación, que sólo sería legítimo si no afectase ninguno de los restantes derechos de la persona y en condiciones tales que sean ambicionadas por otros, lo que llevaría a pensar en una suerte de *countries* para procesados.

La conclusión, que reafirma cuanto hemos dicho respecto del cuidado que es menester en cuanto a la distancia entre ley y realidad en materia de legislación procesal penal, es que asistimos al extraño espectáculo que nos brinda una realidad penal en la cual la mayor parte de las penas realmente en ejecución son las más irracionales, porque se imponen sin la prueba de un delito, aunque el Derecho Procesal Penal trata de proporcionar el discurso legítimamente, mediante el cual esas penas no serían penas, sino algo parécido al embargo civil o una medida.

20. La imposibilidad de legitimar la prisión preventiva, porque entra en contradicción irreductible con el principio de inocencia, nos muestra que no hay principio ni garantía que sea absolutamente respetado en el ejercicio del poder punitivo, o sea que, éste los viola a todos, sólo que en diferentes medidas. Dicho más sintéticamente: *los derechos humanos siempre son violados por el poder punitivo, sólo que en diferentes grados*; si se quiere invertir la fórmula —aunque no por eso cambia el contenido— puede decirse que el poder punitivo respeta los derechos humanos en diferente medida.

Es verificable que ninguno de los principios que se mencionan como limitadores del poder punitivo reconoce realización absoluta. La observación corriente permite comprobar que si todos ellos se enunciasen de modo absoluto, sería menester reconocer su violación cotidiana. Ello obedece al muy limitado espacio de las agencias jurídicas dentro del marco general del poder punitivo y a que, incluso dentro del ejercicio punitivo manifiesto y en los casos a ellas sometidos, la criminología no la inician éstas y sólo se limitan a decidir su continuación o interrupción.

Si los principios limitativos fuesen llevados a reglas de valor absoluto y conforme a ellas fuese corregida la operatividad del poder punitivo, éste sufriría una radical reducción. Esta comprobación produce desconcierto en la doctrina tradicional, al punto de llegar a considerarlos meramente orientadores, ante la evidencia de que, aplicados estrictamente, llevarían a la abolición de

la pena, como lo reconoció Naucke hace años. Semejante desconcierto implica aceptar pacíficamente que el Derecho Penal viola el Derecho Internacional.

Ante lo inadmisibile de esa propuesta, corresponde considerar el dato de hecho e incorporarlo dinámicamente al sistema: en la realidad observamos diferentes grados de realización de los principios; en el plano teórico debe incorporarse el dato para partir de esos niveles de realización e impulsar su avance. Esto lleva a considerarlos *reglas de realización progresiva o principios inacabados (unfinished)*. El grado de incompletividad de su observancia es parejo al de defecto realizador del estado de derecho. El progreso de sus *standards* de realización será paralelo al poder jurídico y a la reducción de la violencia de las restantes agencias del poder punitivo.

Conforme a ello, puede afirmarse que hay *standards* de realización de los derechos humanos en el ejercicio del poder punitivo, y cuanto más extensamente se haga uso de la prisión preventiva, menor será el *standard* de respeto a los derechos humanos. Esta afirmación basta para demostrar que el nivel realizador en la región es considerablemente bajo, dado el extensísimo uso de la prisión preventiva.

21. Las recientes tentativas de reducir la prisión preventiva en América Latina no marchan por buen camino. Siendo prácticamente innegable la violación al principio de inocencia que ésta implica y siendo igualmente verificable su carácter de pena, la lógica elemental —pero algo separada de la realidad por omisión del dato cultural respecto de los operadores judiciales— señala que la principal causa de extensión de la misma son los procesos prolongados. Para resolverlo se ha intentado abreviar los procesos, pero la ecuación no resulta exacta, pues la prisión preventiva no se reduce en la misma proporción en que se abrevian los procesos, debido a que los jueces la siguen empleando como pena anticipada.

De cualquier manera, abreviar los procesos resulta indispensable tanto a éste como a otros efectos garantizadores. Pero esta empresa requiere inversión presupuestaria, de modo que, ante la situación creada, se ha tratado de hallar una fórmula de reducción de la duración de los procesos que no tuviese ese inconveniente y que, además fuese funcional a otros efectos. Lo que se buscaba era una institución que: a) redujese la prisión preventiva sin implicar gastos, b) que no pudiese perjudicar a los invulnerables o menos vulnerables, c) que sustituyese a la tortura, y d) que pudiese satisfacer la voluntad de imponer privación de libertad por delitos de gravedad media o leve. Se la halló con la *plea bargaining* de la que se valen en los Estados Unidos para batir el récord de presos con bajo porcentaje de prisión preventiva. Con este objeto se están importando a la región distintas variantes de la bargaining o regateo (más pudorosamente traducido como *negociación*).



Como es sabido, la misma se convierte fácilmente en una fuente de extorsión que reemplaza a la tortura: quien carece de defensa de calidad no tiene otro recurso que admitir lo que se le ofrece en la negociación o regateo, pues de lo contrario se le amenaza con una pena mucho más grave. De este modo se logra reducir el número de presos preventivos, puesto que *se los condena a todos rápidamente*. Además, se trata de un recurso que llena otro requisito fundamental para la selectividad estructural del poder punitivo: perjudica sólo a quienes tienen menores recursos; el resto puede incluso beneficiarse con él. En tercer lugar, los jueces pueden seguir ejerciendo el manejo de la prisión preventiva como pena, aunque ya a modo de pena formal.

22. El Derecho Penal contribuye decididamente a la amplitud del ejercicio del poder punitivo de diversas maneras. Una de ellas es la reproducción incesante de tipos penales, especialmente cuando los mismos son formulados de modo nebuloso o defectuoso, pero también cuando no lo están.

La excarcelación o procesamiento sin prisión preventiva depende en gran medida de la calificación que se hace de la conducta en el auto de procesamiento que, en el panorama de extensión de la misma como pena, viene a cumplir la función de sentencia condenatoria provisional. Sin embargo, no es el momento en que se discute profundamente la calificación del comportamiento imputado. Por regla general, el mismo se formula muy tentativamente y con grandes defectos técnicos.

Esto significa que el juez que califica en el acto de someter a proceso a una persona tiene el poder de condenarla en forma ejecutiva y de cumplimiento inmediato casi con absoluta arbitrariedad.

Por lo general, en todos los países existe un tipo penal al que se apela para obtener este resultado. En el derecho anglosajón, a medida que se iba restringiendo la facultad judicial de crear delitos —por efecto del predominio del *statute law* o derecho legislado— los tribunales apelaban, progresivamente a una figura indefinida que es la *conspiracy*, definida por los tratadistas como la obtención de un fin lícito por medios ilícitos o de un fin ilícito por medios lícitos. Semejante apariencia conceptual permite hasta hoy construir analógicamente la ley penal y violar la *rule of law* en el Derecho Penal de los países anglosajones. En nuestros países no es extraño que se apele a la asociación ilícita, si es que tiene pena considerablemente alta y permite, por ende, denegar la excarcelación o imponer la prisión preventiva.

23. Con frecuencia, los mismos tribunales que deben conocer de la sentencia en segunda instancia son los que deben revisar el procesamiento y su calificación. Se trata de la fórmula procesal más idónea para garantizar la arbitra-

riedad del juez del procesamiento y, al mismo tiempo, una denegación de la revisabilidad o doble instancia.

No se garantiza la doble instancia con la mera posibilidad procesal de revisión de la sentencia definitiva, cuando la mayor parte de las penas que se están ejecutando no se imponen por sentencia definitiva: si los hechos nos muestran que la verdadera función de sentencia condenatoria la están cumpliendo los autos de procesamiento, es bastante claro que la doble instancia se debe garantizar plenamente con respecto a éstos.

Cuando el mismo tribunal que debe revisar la sentencia es el que decide acerca del procesamiento, se halla en una posición contradictoria, pues siempre su decisión respecto del segundo importa un cierto grado de prejuzgamiento con referencia a la primera. Esto no le pasa por alto al mismo tribunal y, por ende, encuentra una solución que, por un lado le simplifica el trabajo y, por otro, le permite salir formalmente de la encrucijada: prácticamente no abre juicio acerca de la calificación, amparado en que las mayores precisiones al respecto corresponden a otro momento procesal, con lo cual, por un lado trabajan menos y, por otro, les evita el prejuzgamiento. De este modo, los argumentos de derecho quedan en la mayor parte de los casos sin responder y el procesado (en realidad condenado a sufrir la pena de prisión preventiva) en situación de indefensión frente a la arbitrariedad calificatoria.

24. Otra de las contribuciones penales de fondo a la violación de elementales garantías procesales es la teoría de los concursos, mediante cuya confusión y manipulación es muy sencillo violar la regla del *non bis in idem*.

Se trata de un tema suficientemente oscuro en el Derecho Penal y que, por ende, es perfectamente utilizable para condenar dos veces a una persona por el mismo hecho, para conceder extradiciones aunque la persona haya sido condenada y haya cumplido pena por el mismo delito en el país cedente, para que una persona sea al mismo tiempo condenada por un tribunal normal u ordinario y otro extraordinario, etcétera.

En la medida en que no quede claro que el concurso ideal es un único hecho y por tal se considere una única acción o conducta, que encuadra simultáneamente en varios tipos penales, aunque sea en forma parcial y aunque provoque el efecto de “enganche” entre tipicidades que de otro modo serían independientes, se usará el concurso ideal para proceder al desdoblamiento artificial de una única acción y, por ende, se someterá a dos procesos a una única conducta. Lo mismo sucederá si no se admite que el concurso ideal requiere que sólo una parte de la acción se superponga con la otra tipicidad, pues se convertirán todos en concursos ideales y, por ende, se llegará al mismo resultado. Algo análogo sucede cuando se considera que los resulta-

dos multiplican los delitos, pasando por alto que *delito* no es básicamente un resultado sino una *acción*.

25. Este itinerario por el Derecho Penal de fondo, que nos obliga continuamente a entrar en el terreno del procesal penal, es suficiente para proporcionar la vivencia de la íntima vinculación e interdependencia entre ambos, al menos desde el punto de vista político criminal o de los derechos humanos.

En estos momentos no se trata sólo de descalificar las legislaciones que violan abierta y frontalmente las garantías procesales, como sería el caso de las que establecen tribunales secretos o anónimos, sino que es necesario hilar más fino para descubrir que, a través de la legislación procesal, el Derecho Penal defectuoso puede facilitar tipos y confusiones (como la *conspiracy* o la teoría de los concursos) que le permitan burlar sus límites internacionales y cometer injustos jushumanistas bajo legalidad formal, generalmente no percibida por los internacionalistas, poco enterados de los tecnicismos penales. Aunque siendo necesario menor grado de penetración técnica para percibirlo, también es necesario comprender que el proceso penal en la región tiende a desaparecer, reemplazado por un procedimiento que desemboca en el auto de procesamiento con calificación arbitraria y en una pena de prisión preventiva de ejecución inmediata y a veces sin apelación, pero que en los casos de delitos leves produce que la pena se halle prácticamente cumplida cuando llega la sentencia formal, en tanto que en los delitos más graves tiende a desaparecer reemplazado por la *bargaining*. Si a esto añadimos la introducción acelerada de instituciones inquisitoriales en el área de tóxicos con seria amenaza de extenderse a otras, como ha sucedido siempre que se ha vuelto al inquisitorio, nos daremos cuenta de que la mera consagración formal y legal de los principios no lograr evitar los injustos jushumanistas en el proceso penal.

La fuente del Derecho Internacional de los derechos humanos son tratados internacionales. La buena fe se impone como criterio interpretativo de cualquier tratado, en función del art. 31 de la Convención de Viena: *Todo tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin.*

El principio *pro homine* es propio del Derecho Internacional de los derechos humanos e impone que en la duda se decida siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate. En realidad, es una aplicación particular del principio de buena fe del general derecho de los tratados a éstos cuando corresponden a una rama especializada del Derecho Internacional.

El principio de buena fe y su concreta aplicación (*pro homine*) impide que el discurso penal invoque las disposiciones de los tratados para violar los límites del Derecho Penal de garantías, o sea, que se haga un uso perverso de las propias cláusulas garantizadoras. Ejemplo de estos usos perversos son las invocaciones a derechos para convertirlos en bienes jurídicos e imponer penas inusuales o crueles so pretexto de tutela. Pero *no sabemos si con esto se agota el contenido de la regla de la interpretación de buena fe de los tratados internacionales de derechos humanos: cabe preguntarse si no se renuncia a una interpretación de buena fe cuando no se tienen en cuenta los tecnicismos a que se acude para encubrir injustos jushumanistas en sentido material.*

### III. La violación cotidiana de las garantías procesales

1. Los procesos penales se desarrollan en un mundo real, en el cual se violan derechos humanos todos los días, aunque las leyes establezcan garantías formales que, en la práctica, se desconocen por diferentes razones. Es imposible sintetizar acabadamente estos desvíos de la realidad respecto de lo pautado, pero lo cierto es que hay actitudes o conductas de los protagonistas del proceso y en especial de la jurisdicción que, si bien no siempre se apartan abiertamente de la ley, en concreto significan la cancelación de diversas garantías. Lo que sigue es un breve listado ejemplificativo de situaciones de esta naturaleza, que vale como indicador del camino que entendemos debe transitar en el futuro la investigación jushumanista del proceso penal.

2. Nadie ignora la gran discusión existente en torno de la llamada *instrucción* y de la controvertida figura del juez instructor de cuño bonapartista. Es verdad que esa figura es realmente atormentada, en particular cuando se le reclama *imparcialidad*. Lo máximo que puede exigirse cuando se reclama imparcialidad al juez instructor, es la falta de una finalidad de perjudicar o de favorecer a alguien, pero en modo alguno una imparcialidad frente a las pruebas: si el juez de instrucción es un investigador, es claro que todo investigador es parcial en cuanto a las hipótesis sobre las que trabaja y de las que termina convencido. Esta contradicción lo convierte en una figura atormentada porque se le exige lo imposible. Resulta mucho más coherente en este sentido la investigación en manos del ministerio público, en el marco de un proceso más puramente acusatorio, limitándose al juez a disponer las medidas coactivas y a controlar las garantías.

Pero mucho antes de esta discusión —importantísima por cierto— es menester preguntar, ante un sistema procesal concreto, si realmente la instrucción o investigación la lleva a cabo el juez o el fiscal, o si, por el contrario, éste se limita a legitimar una tarea que en definitiva es realizada por la policía dependiente del poder ejecutivo.

Se trata de un dato de hecho fundamental para saber si se respetan las garantías: cuando el funcionario instructor —juez o fiscal— tiene a su cargo miles de causas, no pasa de ser una figura decorativa que legitima actos policiales. Esto se comprueba fácilmente conociendo el índice de conflictividad y la densidad de instructor por habitante. Si de esa información se deduce que es completamente insuficiente, la conclusión es que la delegación en la policía es obligada.

Por regla general, ésta es la base de la corrupción policial, usualmente fomentada por los operadores políticos, porque de ese modo obtienen un doble recorte presupuestario: por un lado, se ahorran la inversión que implica montar y sostener las fiscalías y juzgados; por otro, ahorran gran parte del presupuesto policial, que es solventado a través de los ingresos ilícitos que comete la policía con el uso arbitrario de la función instructoria penal.

3. Si a esto se agrega que la obligación de poner a la persona detenida a disposición de la autoridad judicial no es inmediata, si se permite la incomunicación, si se admiten declaraciones en sede policial, si se otorga valor probatorio a dichos de los funcionarios policiales respecto de manifestaciones de los detenidos, no se requiere mayor penetración para concluir que se trata de un proceso penal en el que no se respeta ninguna garantía y en el que es frecuente el uso de la tortura y los apremios.

La incomunicación y la permanencia del preso en dependencias policiales es la ocasión de la tortura; esto es así cuando la declaración válida sea sólo en sede judicial, porque la circunstancia de que el preso deba volver a la dependencia policial es coacción suficiente, máxime si, como a veces sucede, permanecer en el juzgado o fiscalía mientras declara custodiado por el mismo personal policial que oye su declaración.

La declaración prestada después de larga incomunicación es dudoso que pueda ser —en puridad— considerada voluntaria y prestada con total conciencia de la situación. La persona que declara en estas condiciones lo hace siempre presionada por las circunstancias y en situación totalmente desfavorable. Si se aplicasen estrictamente los principios que la ley establece se trataría de declaraciones nulas por vicio de la voluntad coacta del declarante.

4. La dependencia de la policía judicial del poder ejecutivo es un factor necesariamente distorsionante de la investigación. Cuando el poder ejecutivo no quiere que se investigue, el juez o fiscal quedan sin la cooperación necesaria y, por ende, en imposibilidad de hacerlo. No basta con la formalidad legal que establece que la policía es auxiliar de la justicia, puesto que es sabido que ésta averigua si lo desea, es decir, que en caso contrario se limita a cumplir

las órdenes y está en condiciones de desviar gravemente la investigación con total impunidad, pues no tiene nadie capacidad de controlarla.

Por cierto que no se resuelve esto cambiando de nombre a las instituciones: si el ministerio público es una dependencia del poder ejecutivo, que lo nombra y remueve a su conveniencia, y la policía una dependencia de éste, la investigación a cargo del mismo no sería un paso hacia el sistema acusatorio, sino la puesta de la investigación de todos los delitos bajo los dictados e intereses del ejecutivo o, lo que es lo mismo, que la policía se haya transformado en ministerio público. Aparentemente, la única policía judicial realmente existente en los países que abarca la presente investigación es la de Costa Rica, puesto que en El Salvador, en contra de lo dispuesto por la Constitución, la misma sigue dependiendo del ejecutivo. El caso de México parece indicar la otra variante: una gran maquinaria policial que se ha deglutido a un ministerio público dependiente del ejecutivo; no cambia la naturaleza de las cosas que en lugar de comisarías, las dependencias policiales se llamen delegaciones del ministerio público.

5. En una realidad en que la pena más usada es la prisión preventiva, la instrucción tiene un valor determinante. Si la misma se desarrolla en las condiciones relatadas, es decir, por parte de la policía y con muy pocas posibilidades de intervención directa de los pocos jueces o fiscales que tienen formalmente a cargo la investigación y, más aún, si lo hacen con las restantes oportunidades de violar derechos humanos (incomunicación, permanencia en dependencias policiales, valor de las manifestaciones del imputado en sede policial o de los funcionarios policiales respecto de sus dichos, etc.), es bastante claro que no tiene mucha importancia detenerse a averiguar cuáles son los derechos y garantías que la Constitución declara, porque desde el inicio se está en condiciones de diagnosticar que se trata de un proceso penal en el que no se respeta ninguna de ellas y con mucha probabilidad se practica la tortura, sin contar con el grado de corrupción considerable que invariablemente acompaña esas deformaciones procesales.

6. La delegación de la instrucción en la policía por parte de jueces o fiscales a los que el volumen de trabajo les impide realizarla personalmente, conduce por razones estructurales a la formación de un poder policial autónomo al que se van tolerando vicios que se disimulan: no se pregunta cómo se llega a las noticias, se admiten explicaciones absurdas y banales, se acepta tácitamente que se valgan de informantes pagos con impunidad, etc. La cuestión alcanza la paradoja cuando, en algún caso aislado, el juez o el ministerio público quieren investigar y la policía les resta auxilio material: en tales casos son los funcionarios los que deben acudir a estos procedimientos, con el consiguiente escándalo. Lo cierto es que esto pone de manifiesto que se

investiga con medios ilícitos pero tolerados por todos, mientras lo haga la policía: el único al que no se le toleran estos procedimientos es al juez.

A estos procesos suelen corresponder poderes policiales muy autónomos que, por lo general se atribuyen facultades de detención masiva y arbitraria, por contravenciones o por pura prevención (redadas), con lo cual ejercen el poder recaudador y al mismo tiempo llenan estadísticas con las que prueban su supuesta eficacia preventiva. Esas atribuciones forman parte de la estructura de una policía sobredimensionada y autofinanciada y de un poder judicial y ministerio público atrofiado y débil.

7. Se hace necesario investigar el grado de defensa real que se ofrece a quienes no tienen recursos para una defensa privada, porque el trabajo excesivo de los abogados de la defensa pública suele completar el panorama de indefensión de la persona. Cuando se garantiza el derecho de defensa, no se está tratando de una mera formalidad, sino de una defensa con real contenido de tal y en todas las etapas del proceso. La pertenencia de la defensa pública al mismo órgano judicial tiene serios inconvenientes, como que los defensores públicos no interponen todos los recursos y tampoco acuden a las instancias internacionales, por temor a las sanciones administrativas que les pueden imponer sus superiores que, obviamente, no lo harán en la misma causa, pero buscarán el pretexto para vengarse del funcionario al que consideran un traidor a la corporación.

8. La imaginación del legislador no ha sido por lo general fecunda en cuanto a las sustituciones de la prisión preventiva. Más aún: por regla general incurre en lesiones al derecho a la igualdad de trato extendiendo la prisión preventiva y prohibiendo la excarcelación para determinados delitos, sea por presiones internacionales, de los medios masivos o por demagogia. La prohibición de excarcelar para delitos determinados, con claro objeto preventivo general negativo, constituye una lesión al principio de igualdad y una confesión abierta de la manipulación de la prisión preventiva como pena.

9. Como alternativa a la prisión preventiva se emplea la caución real. Suele introducirse con ella un elemento de discriminación por renta o capacidad de pago, pero esta objeción es común a cualquier consecuencia punitiva de efecto patrimonial. En el caso de la excarcelación o sustitución de la prisión preventiva, la situación es realmente intolerable cuando se fijan cauciones que claramente no puede pagar el preso ni su familia. En la práctica, en cuanto a delitos contra la propiedad, se convierte en una fuente de comisión de nuevos delitos, pues las cauciones las proporcionan los socios del preso que están libres, consiguiendo sus fondos de la comisión de otros ilícitos. Nos parece claro que el juez que apela a este procedimiento para negar una excarcelación, está extendiendo indebidamente una privación de libertad y le

cabe responsabilidad funcional y eventualmente penal, pero al margen de esta circunstancia, es absurdo que la ley otorgue el espacio para estas arbitrariedades, omitiendo disponer claramente que las cauciones reales deben ser adecuadas a la renta del preso o de su familia.

Otro procedimiento harto recurrido por parte de los jueces en la región es la denegación de la excarcelación que legalmente corresponde, calculando que el tribunal de alzada revocará su decisión y concederá el beneficio, pero obteniendo con eso prolongar la prisión preventiva el tiempo que demore la tramitación del recurso.

10. Otra importante violación de garantías la constituye la actitud de los jueces de instrucción y de primera instancia, temerosos de las sanciones de su alzada en poderes judiciales corporativos, jerarquizados y verticalizados: el temor les lleva a negar toda medida que pueda beneficiar al procesado e incluso a condenar en las mismas sentencias formales, para ahorrarse conflictos con los órganos colegiados. De este modo, los sobreseimientos y absoluciones prácticamente deben resolverse en segunda instancia, lo que por lo general es favorecido por un ministerio público que, por errónea interpretación de su función, entiende que es su obligación apelar toda medida que beneficie al procesado, sin tener en cuenta la naturaleza de la misma y ni siquiera las constancias de la causa.

El peligro que significa un ministerio público que deja de ser control de legalidad y acusador racional, para convertirse en una máquina de acusar sin sentido ni razón, está demás que lo subrayemos. Mucho más grave es que la propia jefatura del cuerpo imparta instrucciones obligando a la apelación de todas las resoluciones e interlocutorios que benefician a cualquier persona, porque eso implica que la propia cabeza ejerce su función arbitrariamente y deforma la misión procesal del ministerio público. Es lamentable que en tales aberraciones no se haga efectiva la responsabilidad política de los funcionarios que aniquilan garantías por meras razones de estadística burocrática.

11. La instrucción a cargo de jueces distintos de los sentenciadores es una necesidad largamente reconocida en tanto se sostenga el llamado sistema *mixto*, pero es bueno tomar las precauciones necesarias para evitar que los sobreseimientos desaparezcan, porque ante la duda, siempre es mucho más sencillo redactar una elevación a juicio que un sobreseimiento. La ley del mínimo esfuerzo, a la postre, triunfa en detrimento de las garantías y con desmedro de la propia función judicial cuya economía se lesiona con juicios innecesarios.

12. El derecho a interrogar a los testigos y peritos es materia que frecuentemente se desconoce de modo grave: el rechazo de testigos y peritos es mo-



neda corriente. Los jueces de tribunales orales no tienen interés en prolongar las audiencias. La magnitud de un proceso no se mide desde el tribunal por la dificultad probatoria o jurídica del caso, sino por el número de testigos a interrogar, lo que da idea del tiempo que insumirá. De allí que sea práctica en muchos tribunales afilar la atención para rechazar testigos, sobre todo de la defensa o de la querrela, al menor defecto de forma en el ofrecimiento o incluso sin defecto alguno. Los defensores, por lo general, no insisten porque entienden que no es buena táctica comenzar peleando por el tribunal y, mucho mayor cuando se trata de una población relativamente pequeña y de abogados que ejercen habitualmente su ministerio en ese tribunal y que consideran que no pueden permitirse efectuar planteos de esta naturaleza, ante la posibilidad de perjudicar a sus defendidos no sólo en ese juicio sino en otros que nada tienen que ver con el mismo, es decir, de ver obstaculizado su ejercicio profesional. Sería necesario que la admisión de la prueba la decidiera un tribunal diferente del que hará el juicio.

Los actos instructorios sin control de las partes conformándose con la simple notificación a las mismas a veces por nota, o perjudicando su intervención con cambios de horarios en su realización, prácticamente desconcertando al defensor, a quien se le proporcionan informaciones falsas, son otras tantas actitudes corrientes y conocidas de las que se valen algunos jueces de instrucción para tomar declaraciones o practicar otras diligencias sin la presencia del defensor, que no las puede objetar porque, teóricamente, debiera haber permanecido en el tribunal muchas horas, con el consiguiente detrimento de sus tareas, esperando que el juez decida realizar el acto.

Otro medio muy recurrido para impedir el interrogatorio de testimonios y peritos tiene lugar en el plenario oral, cuando con mucha generosidad se va imponiendo el criterio de admitir la introducción de las pruebas de la instrucción sin reproducirlas: basta que se informe que un testigo cambió de domicilio, que otro ha viajado porque lo dice una vecina, que el perito se halla de vacaciones, todo lo cual, especialmente si tiene lugar en un proceso penal cuya instrucción la lleva a cabo la policía dependiente del poder ejecutivo por delegación, no es más que la coronación de la potestad de los funcionarios del ejecutivo de decidir quien debe ser condenado y quien absuelto.

El derecho de las partes a interrogar resulta lesionado, cuando en la instrucción se habilita al funcionario a que realice actuaciones sin la presencia de la defensa y luego, en el plenario, éstas se incorporan por lectura por decisión del tribunal, ante obstáculos despreciables.

13. No es necesario apelar a la tortura para violar el principio de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, pues existen distintos métodos por los cuales se logra convertir a la indagatoria y sus ampliaciones en

medios de prueba cargosa, sin que la persona física del imputado o procesado sufra ningún detrimento. La incomunicación es, en este aspecto, una forma de apremio.

Una persona sometida a ese apremio, particularmente si carece de experiencia procesal y si es “aconsejada” por el policía “bueno” que alterna con los “malos” durante ese estado, está privada de la capacidad de juicio crítico necesaria para declarar.

La prisión preventiva prolongada y con asistencia jurídica defectuosa por falta de comunicación más o menos frecuente con el preso, provoca conductas erróneas en el orden procesal con demasiada frecuencia: los presos liberados a su suerte suelen tener comunicación entre ellos y armar planteos jurídicos disparatados que los perjudican. No sólo existen presos “parias” porque no reciben visitas de sus familiares y amigos, sino también “parias” jurídicos, porque no reciben visitas regulares de sus letrados. Esta asistencia personal es parte de la defensa y evita la autolesión procesal del preso.

14. La garantía de la doble instancia tiene un contenido material: no basta con su establecimiento procesal formal, sino que debe asegurarse que todos los procesados tengan la posibilidad real de acceder a las instancias superiores nacionales e internacionales. Para ello se requiere una asistencia jurídica adecuada e independiente de la estructura judicial, al menos en el aspecto disciplinario.

Igualmente grave es que la propia ley niegue para casos considerados de “menor gravedad” el acceso a las instancias de revisión y de control de constitucionalidad. La magnitud de una lesión de derechos no la proporciona la cuantía de la pena impuesta. Las infracciones menores deben ser tratadas con igual cuidado de las garantías que las más graves: la simplificación del procedimiento a su respecto no debe significar reducción de garantías y menos aún de instancias, sino todo lo contrario. La tendencia a simplificar lesionando garantías no es más que un criterio economicista del proceso penal, en el cual se privilegian cuestiones presupuestarias en detrimento de los derechos de los habitantes. Justamente los ámbitos de abuso policial cotidiano son las infracciones de menor gravedad que, por otra parte, brindan el pretexto para el control social configurador, es decir, el que reduce el espacio social de las personas y que es el que más interesa a los poderes políticos por un lado y a la dinámica cultural por el otro.

#### **IV. Conclusiones**

El panorama de las relaciones con el Derecho Penal y de la experiencia cotidiana respecto de las garantías procesales nos muestra la necesidad de in-

investigar los derechos humanos en el ámbito procesal, como una hipótesis de trabajo que en modo alguno puede contentarse con los contenidos legales, sino que debe nutrirse de datos legales tanto como de los fácticos referidos a la práctica procesal cotidiana. Sería sumamente oportuno que las futuras investigaciones se encarasen como programas de investigación-acción, o sea, que la investigación se lleve a cabo incorporando un equipo que se haga cargo de defensas de procesados y pueda percibir en forma directa los obstáculos a la realización de las garantías internacionales. Cabe observar que es difícil suplantar esto con la experiencia de los abogados que operan en los distintos fueros, porque éstos consideran normalizadas situaciones que claramente no pueden serlo o que directamente son escandalosas por la frontal violación de derechos humanos que implican.

# Acusación por particulares y juicio por jurado en el ordenamiento español<sup>1</sup>

Julio Pérez Gil

Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Burgos

## I. Introducción

El art. 125 CE<sup>2</sup> engloba conjuntamente dos formas de activa intervención ciudadana en la Justicia: la acusación popular y el enjuiciamiento mediante el Jurado. Ambas instituciones, de honda raigambre liberal<sup>3</sup>, han sido revesti-

---

<sup>1</sup> Texto de la ponencia presentada en el Simposio *Lay Participation in the Criminal Trial of the 21<sup>st</sup> Century*, Istituto Superiore dei Scienci Criminali, Siracusa, junio 1999.

<sup>2</sup> Nos serviremos de las siguientes abreviaturas: AP: Audiencia Provincial; ATC: Auto del Tribunal Constitucional; BOE: Boletín Oficial del Estado; CE: Constitución Española; CGPJ: Consejo General del Poder Judicial; CP: Código Penal; EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; FGE: Fiscalía General del Estado; FJ: Fundamento Jurídico; LAJG: Ley de Asistencia Jurídica Gratuita; LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial; LOTJ: Ley Orgánica del Tribunal del Jurado; MF: Ministerio Fiscal; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; TC: Tribunal Constitucional.

<sup>3</sup> Acerca del sustrato liberal del jurado en España vid. varios de los trabajos de PEDRAZ PENALVA, ERNESTO, tales como "Sobre el significado y vigencia del Jurado", en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid 1990, pp. 59 y ss.; "El Jurado como vía de participación popular", *La Ley* 1994-2, pp. 1006-1014 y "Notas sobre el Jurado que viene", *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, 2ª época, nº 1, enero-marzo 1996, pp. 74-98. Para un examen de la configuración histórica de la acusación por particulares, desde una perspectiva comprensiva también del derecho comparado, vid. la primera parte de mi trabajo PÉREZ GIL, JULIO, *La Acusación Popular*, Granada 1998, pp. 5-198. La fijación normativa de la acusación popular, procedente del derecho romano y recibida en las Partidas, sólo es comprensible en un momento en que los principios esenciales del proceso penal estaban todavía en proceso de consolidación, considerándose plenamente normal la activa intervención privada. Enmarcado en el espíritu de la época, el proceso penal era concebido sin problemas teóricos como lugar apto también para la defensa de intereses privados, haciendo predominar el valor de la autonomía individual sobre cualquier otra serie de consideraciones. El ejercicio de la acusación por algún ciudadano de los legitimados, que además contara con suficientes recursos económicos, era así una forma de vigilancia en la aplicación de la ley penal, entendida ésta como instrumento al servicio de la civil, la de los propietarios.

das por algunos autores de una trascendencia política de primer orden<sup>4</sup>, en tanto al posibilitar la participación de determinados ciudadanos, servirían para incrementar las esencias democráticas de la organización estatal<sup>5</sup>. No obstante, a juicio de otro sector de la literatura, entre el que me encuentro, de jurado y de acusación popular es predicable un carácter fundamentalmente ornamental o simbólico, apto para introducir distorsiones en los principios sobre los que se basa el sistema de persecución penal<sup>6</sup>.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, además de garantizar el principio de legalidad en el ejercicio de la acusación obligando al MF a su formulación cuando concurren los presupuestos necesarios (art. 105 LECrim)<sup>7</sup>, permite

<sup>4</sup> No puede considerarse de recibo, sin embargo, la mención que se hace en la Exposición de Motivos de la LOTJ sobre la fundamentación constitucional del Tribunal del Jurado en el art. 23. 1 CE como reconocimiento del derecho de participación pública. Cfr. la doctrina reiterada del TC, y por todas las SSTC 51/1984 de 25 de abril (FJ. 2) y 119/1995 de 17 de julio. En el FJ 5 de esta última se sostiene que “*sólo allí donde la llamada a la participación compete finalmente, el ejercicio directo o por medio de representantes del poder político -esto es sólo allí donde se llame al pueblo como titular de ese poder- estaremos en el marco del 23.1 CE*”.

<sup>5</sup> Se suele afirmar así en relación con el jurado que “*viene a ser una manifestación del principio democrático reforzando la legitimación del ejercicio de la función jurisdiccional*”. VARELA CASTRO, LUCIANO, “Fundamentos político-constitucionales y procesales”, en VARELA CASTRO, L. (director), *El Tribunal del Jurado*, CGPJ, Madrid 1996, p. 58. Aludiendo a la acusación popular, estima MONTERO AROCA, JUAN, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, pp. 57 y 100, que “*se trata de hacer un Estado democrático en el que la intervención del ciudadano no se limite a votar en las elecciones, y en determinados periodos de tiempo, sino que esa participación se abra a todos los supuestos en que alguien crea que puede servir al interés general*”, por lo que la acusación de los ciudadanos sería “*una opción política a favor de la libertad y de la responsabilidad de los ciudadanos y en contra de los monopolios del Estado*” y “*una apuesta por la libertad y por la participación de los ciudadanos en los intereses generales*”. Esta tradicional conexión entre el ejercicio de la acusación por los ciudadanos y cierta idea de democracia se encuentra muy extendida entre la doctrina española. Vid. a título de ejemplo MUÑOZ ROJAS, TOMÁS, “En torno al acusador particular en el proceso penal español”, *RDPProc (Ibam.)* 1973, p. 107; GIMENO SENDRA, VICENTE, *La Querrela*, Barcelona 1997, p. 101; LOZANO-HIGUERO PINTO, MANUEL, “Notas sobre la participación procesal y su proyección en las formas alternativas de justicia”, *RUDProc.*, nº 0, 1988, p. 49 o CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, *PJ* nº especial VI, pp. 17-36.

<sup>6</sup> Sobre el Jurado, PEDRAZ PENALVA rechaza aquellos fundamentos de “legitimación por la mera participación en la Justicia”, entre otras razones porque “*la reunión de nueve u once ciudadanos no goza de la legitimidad representativa, ni expresa la conciencia o sensibilidad social que permite un sentido general de la ley*” (“Notas sobre el Jurado que viene”, p. 80). El razonamiento conducente a la desvinculación de la idea de democracia y la acusación popular, unidas con frecuencia bajo justificaciones históricas, políticas o sociológicas, puede verse ampliamente en mi obra *La acusación popular*, cit., capítulo 11, *passim*.

<sup>7</sup> Vid. también arts. 124 CE y 3.4 y 6 EOMF

que esa función sea también satisfecha por cualquiera de los ciudadanos españoles no exceptuados (art. 101 y ss. LECrim), ya sea la víctima del delito o ya sea cualquier otro sujeto legitimado<sup>8</sup>. Sin embargo, el ofendido por el delito no es considerado un simple interesado en su persecución, de ahí que, en armonía con la finalidad que se pretende dotar a su intervención, se le asignen determinadas ventajas que favorecen la posición procesal del que conocemos como “acusador particular”<sup>9</sup>. La participación de los restantes ciudadanos y grupos<sup>10</sup>, ejercitantes de la “acusación popular”<sup>11</sup>, suele justificarse alegando que, puesto que el delito es un ataque a la sociedad como un todo, el cuerpo social debe poder defenderse a través de cualquiera de sus

<sup>8</sup> No podrán ejercitar la acción penal sin ser ofendidos por el delito quien no goce de la plenitud de los derechos civiles, el condenado dos veces por acusación o denuncia falsa y los jueces y magistrados (art. 102 LECrim). Igualmente, no podrán tampoco acusarse entre sí sin ser víctimas las personas ligadas por una relación cercana de parentesco (cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos: art. 103 LECrim).

<sup>9</sup> Tales diferencias radican, entre otras, en las siguientes: 1º) determinadas personas (jueces, incapaces, extranjeros, etc.) podrán ser acusadores particulares, pero no populares (arts. 102 y 103 LECrim y 270.II LECrim); 2º) El acusador popular deberá nombrar procurador y abogado, sin que se le pueda designar de oficio, supuesto que sí se da en el caso del ofendido quien, además, por defender un interés propio, podrá ser titular del derecho de asistencia jurídica gratuita (art. 118.III LECrim, 25.2 LOTJ, 6.3 LAJG); 3º) La realización del llamado “ofrecimiento de acciones”: instrucción al ofendido desde el momento de recibirse la declaración del derecho de personarse (109, 783.II LECrim y 25.2 LOTJ) o el llamamiento a los interesados, normalmente víctimas, a “defender su acción” en caso de sobreseimiento (642 LECrim y 26 y 26 LOTJ); 4º) El ofendido no precisa formular querrela para personarse en causas seguidas por el procedimiento abreviado (783.II LECrim); 5º) Tampoco deberá depositar fianza, obligación que sí recae en los demás acusadores (280 y 281.1 LECrim); 6º) La víctima podrá ejercitar la acción civil conjuntamente o por separado con la pretensión penal (art. 110 LECrim) y podrá renunciar a ella (art. 106 y ss LECrim).

<sup>10</sup> Particular trascendencia está revistiendo la utilización de la acusación para el acceso al proceso penal de entes colectivos agrupados en defensa de intereses de naturaleza supraindividual. El ámbito competencial de los delitos asignados a la competencia del jurado no incluye, sin embargo, tipos penales como, por ejemplo, los de los delitos relativos a la ordenación del territorio, el medio ambiente, el mercado o los consumidores, donde podrían encontrar un ámbito propicio. Aun cuando tradicionalmente se ha venido entendiendo que en estos casos estaríamos ante acusaciones populares, parece claro que la exigencia de vinculación entre el objeto social de estas entidades y su intervención en defensa de concretos intereses denota una naturaleza diversa a la acusación popular *stricto sensu*. A mi juicio en estos casos estaríamos ante una modalidad de acusación particular, en la que la dificultad de defensa del bien jurídico lesionado o puesto en peligro determina su representación procesal por agrupaciones creadas para su defensa. Vid. al respecto mi trabajo *La acusación popular*, cit. pp. 630 y ss. Esta opinión se apunta también en la STS de 26 de septiembre de 1997 (RAJ 6366), nº XI, FD 1º, apartados C y D.

<sup>11</sup> Es decir, aquellos que no están en relación directa con la conducta criminal por haber sufrido la ofensa o el daño o que no representan el interés lesionado o puesto en peligro. En relación con la línea divisoria entre la acusación particular y la popular vid. ampliamente mi trabajo *La acusación popular*, cit. pp. 340 y ss.

integrantes que actúe *uti cives*, en beneficio de todos. Tales argumentos desconocen, sin embargo, que el interés público que se defiende con el ejercicio de la acusación no cambia de naturaleza en función del sujeto, público o privado, que lo haga valer. La afirmación realizada por cualquiera que no sea el juzgador de la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos para el enjuiciamiento, requisito imprescindible del juicio penal de nuestros días, puede ser satisfecha así por sujetos no vinculados a la exclusiva defensa del interés público.

En otro orden de cosas, la intervención de la víctima puede servir para ejercitar, junto con la pretensión penal, la civil resarcitoria<sup>12</sup>, pero no es estrictamente necesaria para la defensa de sus legítimos intereses privados, ya que el MF está obligado a hacerlos valer cuando aquélla no se reserve el ejercicio de la acción civil para un momento posterior (art. 108 LECrim), un supuesto altamente infrecuente. No obstante, la posibilidad de tener un acceso directo a las actuaciones judiciales, la desconfianza siempre latente sobre la adecuada actuación del fiscal, la expectativa de obtener una mayor satisfacción económica o, incluso, un ánimo de presión o venganza, no siempre confesado, que se encausa a través de una vía institucionalizada, propician esa participación. La acusación popular, por contra, en lógica consonancia con su posición en el sistema, tiene vedado el ejercicio de pretensiones civiles.

Uno de los propósitos afirmados por el legislador de la LOTJ fue el de crear un “banco de pruebas” de alguna de las novedades insertas en ese texto normativo, apuntando líneas directrices de lo que hubieran podido ser futuras reformas procesales que todavía no hemos llegado a ver en el BOE<sup>13</sup>. El análisis de los efectos de esta ley sobre la acusación por particulares habría de conectarse ineludiblemente no sólo con el jurado, sino también con el procedimiento especial que se instaura, y dado que la importancia cuantitativa de éste es ciertamente reducida, parece obligado aludir a las repercusiones para el sistema procesal en su conjunto. No obstante, un examen de ese tipo excedería de los límites de esta ponencia, lo que nos obliga a limitar su objeto.

---

<sup>12</sup> El art. 111 LECrim establece la posibilidad de ejercicio conjunto, a elección del acusador, estableciendo que “...mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme...”.

<sup>13</sup> La DF 4ª LOTJ es del tenor siguiente: “En el plazo de un año... el Gobierno enviará a las Cortes Generales, un proyecto de modificación de la LECrim, generalizando los criterios procesales instaurados en esta Ley y en el que se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes, previstos en la Constitución, simplificando asimismo el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva...”. Parece claro que se trataba de una ilusoria declaración de intenciones.

La peculiaridad del sistema de acusación español, ampliamente abierto a la intervención de particulares, junto con la reciente reimplantación en nuestro país del Jurado, nos brindan así la atractiva posibilidad de examinar las implicaciones y relaciones entre la acusación realizada por sujetos privados y el enjuiciamiento por personas legas. A tal efecto habremos de tomar en consideración no sólo las específicas previsiones legales<sup>14</sup>, sino también el funcionamiento y operatividad práctica de la convivencia entre un sistema de acusación construido sobre la base de una multiseccular tradición histórica, y la reciente puesta en marcha del procedimiento ante el Tribunal del jurado en su formulación actual. Sentadas así las premisas necesarias sobre las que versará nuestra ponencia, corresponde ahora presentar los tres aspectos básicos en los que centraré la atención: 1) la incorporación de acusadores privados al procedimiento ante el Tribunal del Jurado; 2) las amplias facultades de intervención en él, distinguiendo entre las diversas y desdibujadas fases del desarrollo procesal; y 3) las consecuencias y efectos de esa participación activa, lo que nos permitirá extraer algunas conclusiones.

## **II. Incorporación de acusadores privados al procedimiento ante el tribunal del jurado**

A diferencia del MF, quien tomará parte en la causa desde su inicio (art. 306 LECrim), la acusación ejercitada por particulares podrá formularse en varios momentos, para lo que se habilitan los siguientes cauces:

- a) Mediante la interposición de querrela (arts. 270 y ss. LECrim)<sup>15</sup> por cualquiera de los legitimados, manifestando así su voluntad de que se inicie un proceso penal en el que asumirá la posición acusatoria. La relación circunstanciada de hechos de la querrela deberá incorporar los elementos fácticos que permitan deducir la imputación de un delito de los contenidos en el art. 1.2 LOTJ, aquellos cuyo enjuiciamiento se asigna al Tribunal del Jurado. El Juez de Instrucción, previa valoración de la verosimilitud de la querrela, dictará resolución de incoación del procedimiento (art. 24.1 LOTJ). Iniciado ya el procedimiento por cualquier otra vía, la personación podrá tener lugar en cualquier momento procesal, previo cumplimiento de los requisitos formales y sin que quepa retrotraer las actuaciones. El límite preclusivo será el "trámite de calificación del delito" (art. 110 LECrim)<sup>16</sup>, sin

<sup>14</sup> Las relativas a la acusación popular se contienen principalmente en los arts. 101 y ss., 270 y ss. LECrim, 19.1 y 20.3 LOPJ. La implantación del Jurado se ha realizado a través de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (BOE 23 de mayo), modificada en dos ulteriores ocasiones, por LO 8/1995 de 16 de noviembre (BOE 17 de noviembre) y por la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre).

<sup>15</sup> De aplicación supletoria por virtud del art. 24.2 LOTJ

<sup>16</sup> Vid. Circular de la FGE 4/1995 de 29 de diciembre, III.c)



que la LOTJ permita determinar con exactitud cuándo se habrá rebasado tal barrera temporal. La práctica forense penal ha venido estimando que esa preclusión operaría con el traslado al procesado para la formalización de su escrito de defensa, pero a nuestro juicio en ese momento ya nos encontraríamos de lleno en el “trámite de calificación”. Por esta razón estimamos que la personación de particulares sólo sería admisible hasta que se realice el traslado a las partes ya personadas con el objeto de instar lo que estimen oportuno respecto a la apertura del juicio oral formulando el escrito de conclusiones provisionales (art. 27.4 LOTJ). Instada la personación con estas premisas, parece necesario abrir un trámite de audiencia a los demás sujetos ya personados con el objeto de que realicen las alegaciones que estimen pertinentes (por ejemplo, falta de legitimación, incumplimiento de requisitos formales, etc.), el cual no sería factible una vez hubiera dado comienzo el plazo de cinco días previsto para calificar en el art. 27.4<sup>17</sup>.

- b) En la primera comparecencia se deberá realizar por escrito el “ofrecimiento de acciones” a los ofendidos o perjudicados por el delito, si es que no se hubiera cumplido esa diligencia con anterioridad (art. 25.2 LOTJ con remisión a los arts. 109 y 110 LECrim)<sup>18</sup>. A tal efecto, y siempre que las víctimas (todavía presuntas) sean conocidas, habrán de ser necesariamente citadas en forma, de manera que se posibilite al menos teóricamente su intervención en ese acto procesal<sup>19</sup>. Una vez presentes en la comparecencia habrán de ser oídos, pero la asunción de la posición de “parte”, esto es, la personación, precisa de interposición de querrela que satisfaga los requisitos formales del art. 277 LECrim<sup>20</sup>, y en especial los de postulación

---

<sup>17</sup> No ha de olvidarse que la posterior audiencia preliminar no podría ser un momento preclusivo adecuado teniendo además en cuenta que podrá ser renunciada por la defensa (art. 30.II LOTJ). Y no podría serlo porque ese trámite presupone que las pretensiones de cada una de las partes ya estarán fijadas en cuanto no es admisible en ella la introducción de nuevos elementos que alteren el hecho justiciable o la persona acusada (art. 31.3 LOTJ), lo cual impide realizar modificaciones que no se refieran a aspectos secundarios. Con esas premisas parece claro que ya se habrá agotado con anterioridad lo que pudiéramos considerar como el “trámite de calificación”.

<sup>18</sup> Ver también los arts. 783 y 789.4 LECrim para el procedimiento abreviado. Este último permite que el ofrecimiento de acciones pueda ser realizado no sólo por el instructor en la primera comparecencia, sino también en un momento anterior por la Policía Judicial. De haberse dado inicio al procedimiento por este cauce, con posterior transformación en procedimiento ante el Tribunal del Jurado si ello resulta preciso a la vista de cualquier actuación procesal (art. 24 LOTJ), el ofendido o perjudicado ya habrá tenido conocimiento de la posibilidad de personarse.

<sup>19</sup> Nótese que este ofrecimiento no incluye su realización a otros sujetos legitimados para la acusación más que a los que ostenten la condición de víctima.

<sup>20</sup> La exención de este requisito que se realiza para el procedimiento abreviado (art. 783.II LECrim) no puede considerarse susceptible de aplicación al procedimiento del Tribunal del Jurado. El carácter supletorio de la LECrim con respecto a la LOTJ

(defensa mediante abogado y representación por procurador)<sup>21</sup>. El instructor habrá de dar también cumplida información sobre la posibilidad de hacer uso del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se satisfagan los requisitos establecidos en la LAJG<sup>22</sup>. Se hace uso así de un criterio victimológico, que si bien se pone de manifiesto expresamente, utiliza los mecanismos legalmente previstos sin que exista discrepancia digna de mención en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

- c) Una tercera posibilidad, poco frecuente, pero legalmente posible es la personación como respuesta a un llamamiento hecho por el Juez instructor en caso de que el MF y las partes personadas insten el sobreseimiento. Dado este supuesto, si no hay ningún querellante particular que sostenga la acusación, el art. 26.2 LOTJ posibilita la adopción de las resoluciones a que se refieren los arts. 642 y 644 de la LECrim, esto es, acordar *“que se haga saber la pretensión del MF a los interesados en el ejercicio de la acción penal, para que dentro del término prudencial que se les señale comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno”*, o bien, remitir la causa al oportuno órgano de la Fiscalía jerárquicamente superior para que éste resuelva *“si procede o no sostener la acusación”*. Adelantando en este momento alguna idea, habremos de señalar que esta búsqueda de un *acusador interesado* no parece totalmente coherente con la pretendida preponderancia del principio acusatorio. Con ella se asigna al instructor la competencia para determinar quién pudiera estar interesado en el ejercicio de la pretensión penal, que normalmente será la víctima, pero no cabe descartar, teniendo en cuenta la laxitud con la que la LECrim diseña la legitimación para acusar, que pueda realizar bien una invocación genérica de carácter edictal para que acudan nuevos acusadores al proceso o bien una elección de aquel que considere más conveniente. Una vez personados, los particulares tienen la posibilidad de asumir en plenitud el papel de acusador para hacer valer de forma solapada al MF la pretensión penal y, tratándose de la víctima, también la civil. Se viene a admitir así que la acusación pueda erigirse en una posición sustentada

---

(art. 24.2 LOTJ) ha de entenderse en relación con el Procedimiento Ordinario y no con el Abreviado, pues por mucho que en la práctica sea éste el más frecuente, no deja de ser un procedimiento especial. De ahí que si se hubiere iniciado el procedimiento por los trámites del abreviado y las personaciones de acusadores particulares se hubiera realizado sin querrela, tal defecto habrá de subsanarse adecuadamente en la transformación del procedimiento.

<sup>21</sup> Aun cuando los perjudicados u ofendidos no se personen en forma, deberán ser oídos sobre su renuncia o no de la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización causada por el hecho punible (art. 109 LECrim).

<sup>22</sup> En cuanto a los requisitos objetivos ha de reseñarse que la LAJG exige para la concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita que la actividad procesal tenga por finalidad la defensa de derechos o intereses propios (art. 3.4 LAJG), por lo que tácitamente parece estar reconociéndose que la personación del ofendido o perjudicado se dirige a la tutela de intereses personales.

simultáneamente por más de un sujeto, los cuales, aun coincidiendo en aspectos esenciales de sus respectivas formulaciones, no tendrán por qué actuar de forma coordinada. En la práctica totalidad de las ocasiones la estrategia procesal del acusador privado, en lógica consonancia con el objetivo pretendido, aportará un *plus* acusatorio a la actividad del Ministerio Público. Ello se traducirá en una actividad conducente a la consecución de un pronunciamiento condenatorio, comprensivo de la responsabilidad penal y civil de mayor intensidad que el postulado por el acusador público. Irá así proporcionando en cada fase procesal, primero al instructor y luego al jurado y al Magistrado-Presidente, las bases conducentes a la finalidad buscada.

Toda esa actividad dirigida al objetivo final descrito llevará implícita además el afianzamiento de otros aspectos, de carácter instrumental, que pudiéramos cifrar, entre otros, en los siguientes extremos:

- a) Suplir posibles insuficiencias, deficiencias u omisiones en la actividad del MF, sobre todo en la fase de instrucción, aspecto que no se puede echar en el olvido por mor del papel preponderante que se asigna la acusación en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Consecuentemente, los efectos derivados de posibles fallos de la fiscalía adquieren una mayor relevancia en éste que en otros procesos penales, por lo que el interés de los particulares en controlar activamente la persecución encuentra razón de ser. Aún más, la mera presencia de un “vigilante” situado al lado del oficial público acusador, aun cuando no aportara expresamente nada, acarrearía un probable y no desdeñable efecto psicológico de autocontrol por parte de éste último.
- b) La duplicidad (o multiplicidad) de acusadores, públicos y privados, posibilita un reparto de papeles, realizado de forma expresa o implícito en la actividad de cada uno de ellos, que el jurado, desde su inexperiencia, probablemente considerará consustancial al sistema. Sus integrantes desconocen el Estatuto, las funciones y la posición del Ministerio Público en el proceso<sup>23</sup> y, sobre una aparente igualdad formal entre las personas que se dirigen a ellos, el acusador privado tenderá a justificar su presencia en el proceso distinguiéndose del fiscal, lo que conllevará ordinariamente un sobredimensionamiento de los cargos con respecto a las alegaciones formuladas por éste<sup>24</sup>. Sobre el escenario procesal los jurados asistirán, cuando menos, a dos reconstrucciones de los hechos formuladas desde la perspectiva de la acusación, las cuales, quizá sólo se diferencien en mati-

<sup>23</sup> SERRANO BUTRAGUENO, IGNACIO, “El juicio oral ante el Tribunal del jurado (arts. 42-45, y 47-51 LOTJ)”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. et al., *Comentarios Sistemáticos...*, cit. p. 204.

<sup>24</sup> A juicio de un agudo observador foráneo, *de facto* se estaría produciendo una división de tareas al asumir el MF el papel del “policía bueno” y el acusador privado el del “policía malo”. Vid. THAMAN, S. C., “Spain Returns...”, cit. p. 399.

ces más o menos trascendentes, pero, en cualquier caso, al menos cuantitativamente, pueden ser aptas para generar un sesgo ventajoso en favor de la acusación.

- c) El acusador privado aspirará a grangearse las simpatías del jurado, despertando sentimientos de solidaridad con la víctima y de rechazo del delito, lo que en ocasiones pasará por sembrar oportunamente prejuicios frente al imputado. Desde esta perspectiva la objetividad no podría ser considerada como ventaja de la intervención de particulares en la acusación en ningún caso, pero menos aún cuando ese objetivo se persigue ante jueces no profesionales. Tal y como ha sido recientemente advertido por THAMAN, a diferencia del sistema norteamericano, la presencia de un acusador privado impediría que el acusado pudiera presentarse como un "ciudadano normal" frente al todopoderoso Estado personificado en la figura del fiscal. La presencia de otro "ciudadano normal", haciendo valer unos derechos que el jurado no puede por menos de considerar legítimos, competirá en configurar un ánimo favorable a sus pretensiones en los nueve jurados<sup>25</sup>.

Pero la acusación popular está siendo utilizada también propagandísticamente por determinadas administraciones públicas en delitos con incidencia social en su marco territorial, pervirtiéndola en ocasiones hasta rozar el fraude procesal. Es lógico que allí donde una concreta Administración haya podido sufrir un perjuicio patrimonial por el delito haya de poder defenderlo de la mejor manera posible<sup>26</sup>, pero parece injustificable técnica y políticamente que, no dándose esa circunstancia, se duplique la actividad pública en defensa del interés de esta naturaleza, a cuya defensa está preordenado el MF<sup>27</sup>.

- d) En virtud del llamado "principio de publicidad para las partes"<sup>28</sup> y de la, a mi juicio errónea, consideración de los acusadores particulares como au-

<sup>25</sup> THAMAN, S. C., "Spain Returns..." , p. 398

<sup>26</sup> Centrándonos en el ámbito de competencia del Tribunal del Jurado, podría haber un perjuicio patrimonial para la Administración por ejemplo en los delitos de incendios. Muestra de ello hubiera podido ser la personación de la Xunta de Galicia en la causa 1/196 de la AP de Pontevedra (sentencia de 14 de octubre de 1996), si bien en este caso estaba personada en concepto de acusador popular. Vid. THAMAN, S. C., "Spain Returns..." , pp. 401 y 488.

<sup>27</sup> Sin abandonar el ámbito competencial del jurado, podríamos reseñar la personación del Ayuntamiento de Hernani en una causa por asesinato con ocasión de una disputa entre familias (Sentencia AP Guipúzcoa de 10 de octubre de 1996) o la del Ayuntamiento de Córdoba por el asesinato de dos Policías Municipales (SAP Córdoba 7 de mayo de 1998), supuestos en los que, además, estaban personadas las familias de las víctimas por haber ejercitado la acusación particular.

<sup>28</sup> Entendido como la posibilidad de actuar en el proceso derechos e intereses afirmados legítimos a través de la defensa, que precisará un derecho de estar al corriente del desarrollo de todos los actos procesales. Para su adecuada diferenciación de la publicidad en sentido estricto vid. PEDRAZ PENALVA, E., "Notas sobre publicidad y proce-

ténticas "partes procesales" autónomas, podrán aquéllos tener conocimiento directo de las actuaciones en la fase de instrucción (art. 302.I LECrim), teóricamente secretas para todos los demás (art. 301 LECrim)<sup>29</sup>. La posibilidad de acceder directamente a una información tan sustanciosa es un factor muy atractivo que favorece la personación de quienes demuestren un mínimo interés, ya sea plenamente legítimo, inducido por una razonable curiosidad, o absolutamente espurio. Pero al margen de la deseabilidad o no de esa factible intromisión y, centrándonos en sus efectos en relación con el jurado, es claro que la búsqueda de información puede tener el objetivo, no declarado pero siempre posible, de difundirla extramuros del proceso<sup>30</sup>. La revelación de datos de la causa, recopilando y transmitiendo interesadamente la información seleccionada, incrementa considerablemente el riesgo de "juicios paralelos", siempre peligrosos en cuanto pueden generar un estado de opinión que pueda incidir en la voluntad del juzgador, pero más si cabe cuando se trata de ciudadanos legos.

### III. Facultades de intervención procesal de los acusadores particulares y populares

Adquirida por el particular la posición de acusador, será factible su intervención activa en el ulterior decurso procesal, al disponer de todas las expectativas y cargas propias de la condición de "parte" que se le asigna legalmente<sup>31</sup>. Los ciudadanos acusadores asumen así un papel principal sin subordinación al MF, aun cuando sostendrán una pretensión, parcialmente coincidente con la de éste, en la que simultáneamente se incardinará un interés

---

so", en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid 1990, pp. 210 y ss. y "Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales", *RGD* nº 631, abril 1997, pp. 3889 y ss.

<sup>29</sup> La única posibilidad para excluir, si bien sólo temporalmente, el conocimiento de las actuaciones a las partes procesales diversas al MF es la declaración de secreto del sumario (art. 302.II LECrim). No es descartable que ésta se vea incentivada precisamente por la presencia de una pluralidad de acusadores con el objeto de impedir la difusión anticipada de lo actuado. Al respecto vid. mi trabajo *La acusación popular*, cit. pp. 508 y ss. y 512 y ss.

<sup>30</sup> Es cierto que el art. 301.II LECrim establece una sanción para el abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente la información del sumario, pero su irrisoria cuantía (250 a 2500 pts, esto es, 1'5 a 15 euros) y su aplicación prácticamente desconocida no suponen obstáculo alguno para la difusión de lo actuado.

<sup>31</sup> El declarado objetivo del legislador, no siempre bien articulado, de propiciar una estructura acusatoria tendente a fortalecer la independencia judicial con efecto ejemplarizante para ulteriores reformas del procedimiento penal, ha provocado la asimilación entre los diversos sujetos acusadores, incluyendo constantes alusiones (de variada dicción) a "el MF y las demás partes (acusadoras)".

puramente privado. La regulación legal y su concreción en la práctica forense tras la experiencia acumulada en los primeros años de su vigencia, denotan no obstante las diferencias entre MF y acusadores privados, en lógica consonancia con su distinta posición y con la defensa de intereses no siempre idénticos.

Sus facultades de actuación irán variando en función de la fase procesal en la que nos encontremos, acomodándose a las progresivas expectativas de una resolución favorable a sus pretensiones. Veamos, por tanto, cuáles son estas posibilidades.

### 1) En la fase de instrucción<sup>32</sup>

#### a) Incoación del proceso

El acto inicial del procedimiento es, en principio, ajeno a la iniciativa del juez instructor y vendrá determinado en virtud de denuncia<sup>33</sup> o de querrela. Cabe así que una expresa manifestación de voluntad de asumir la condición de acusador, en los términos apuntados *supra*, sea la razón de que el procedimiento comience.

El papel que podía desempeñar la acusación por particulares como complemento a la ejercitada por el oficial público, no pasó desapercibido para el legislador de la LOTJ. Ya su propia Exposición de Motivos (III, 2, a) 4º párrafo), rechazando la crítica de que pudiera desactivarse el principio de obligatoriedad de la acusación, afirma que "(...) *tal reproche olvida que para iniciarse este procedimiento tiene que haber precedido denuncia o querrela de alguien que, de no ser el Ministerio Fiscal, bien puede, dada la afortunada previsión constitucional de la acción popular, suplir la falta de instancia del acusador público*". El depósito de confianza en la acusación por particulares trasluce así el reconocimiento de las propias deficiencias del sistema, trasvasando a la vez la responsabilidad de su corrección al ámbito privado, sin que, sin embargo, se adopten soluciones que puedan ponerlas coto.

#### b) Determinación de la competencia del jurado

El sistema instaurado por la LOTJ ha optado por crear un derecho y un deber consistente en que determinados ciudadanos participen en la administración de la justicia, pero no un derecho del acusado a ser "juizado

---

<sup>32</sup> Para un exhaustivo examen de esta fase, vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN-JESÚS, "La instrucción en el nuevo proceso penal ante el Tribunal del Jurado (artículos 24-35 LOTJ), en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. et al., *Comentarios Sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, Comares, Granada 1996.

<sup>33</sup> El atestado policial tiene la consideración de denuncia a todos los efectos, tal y como proclama el art. 297.1 LECrim y ratifica la jurisprudencia del TC (SSTC 303/1993, 283/1994, 328/1994 y 36/1995 entre otras).

por sus pares<sup>34</sup>, ni, por supuesto, un derecho de los acusadores que posibilite la elección entre jueces profesionales o jueces honorarios<sup>35</sup>. De igual modo cabría decir que el Tribunal del Jurado deberá constituirse con arreglo a lo preceptuado legalmente, sin que los acusadores puedan determinar ni su lugar de constitución ni el de la celebración del juicio<sup>36</sup>. En supuestos fronterizos entre diversas posibilidades de calificación, la postura de los acusadores privados puede llegar a determinar, sin embargo, que una determinada conducta sea enjuiciada por un jurado. Si se ha iniciado un sumario ordinario, el art. 309.bis.II LECrim permite que cualquiera de las partes personadas inste la incoación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, que el instructor resolverá en una audiencia. Si, por el contrario, tal procedimiento ya hubiera sido iniciado, pero la defensa y el MF se muestren concordes en que los hechos no se encuentra en el ámbito competencial previsto por el art. 1.2 LOTJ, bastará una calificación del acusador privado susceptible de integrar uno de los tipos incluidos en

<sup>34</sup> Importante diferencia con los sistemas del Common Law, en el que el derecho a ser enjuiciado por un jurado es visto como "*inestimable safeguard against the corrupt or overzealous prosecutor and against the compliant, biased, or eccentric judge*". Vid. *Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. 145, 156 (1968) cit. por THAMAN, S., "Spain Returns..." cit. p. 257. Pudiera entenderse relevante el dato de que el porcentaje de personas que prefieren ser juzgadas por un juez profesional supera al de aquellos que prefieren serlo por un jurado, particularmente desde la entrada en vigor de la LOTJ (noviembre de 1995). Así, en 1987 esta proporción era de un 26 % que manifestaban su preferencia por los jueces profesionales, frente a un 47 % que optaban por el jurado; en 1992, la proporción era de un 29 % frente a un 50%; en 1996 de un 37 % frente a un 49 %; en 1997, de un 54 % frente a un 32 % y en 1998, de un 44 % frente a un 40%. Datos de la encuesta realizada por Demoscopia publicada por *El País*, 11 de mayo de 1998, p. 19.

<sup>35</sup> El derecho al juez legalmente predeterminado exige en esta materia que las conductas a las que se refiere el art. 1 LOTJ sean enjuiciadas por el Tribunal del Jurado en la forma y con los requisitos previstos en el resto del articulado de la ley. El ATC 147/1983 de 13 de abril (FJ 2.b) vino a sentar en relación con el jurado la premisa de que la concreción del Juez ordinario en cada caso queda deferida a la ley vigente, por lo que sólo habría de entenderse comprendida en tal derecho fundamental en la medida y con el alcance previsto en la Ley que lo crease. Sobre esta cuestión vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN-JESÚS, "La competencia del Tribunal del Jurado", *Poder Judicial* n.º 49, 1998 (I), pp. 543 y ss.

<sup>36</sup> La cuestión fue planteada por las acusaciones particulares del célebre caso Otegi, primero en su recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ del País Vasco (resuelto por sentencia de 26 de junio de 1997) y, posteriormente, en el de casación (STS de 11 de marzo de 1998, RAJ 2355), alegando en ambos casos la existencia en el jurado de una intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave, creadora de un miedo que se habría reflejado en el veredicto. Su petición de que el juicio se repitiera fuera de Guipuzcoa se desestimó en las dos ocasiones, por cuanto ello vulneraría el derecho fundamental al juez legalmente predeterminado, que, en este caso, sería un jurado constituido por vecinos de la citada provincia y celebrado en su Audiencia Provincial.

ese precepto para que la causa se tramite por el procedimiento ante el Tribunal del Jurado<sup>37</sup>. Puede suponer, por tanto, un freno para la “huida del jurado”, fenómeno que el CGPJ definió como la “*frecuente y consciente intención de los actores procesales de evitar el enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado (...) modificando la calificación de los hechos*”<sup>38</sup>. Esta circunstancia es perceptible fundamentalmente en imputaciones de los delitos de allanamiento de morada, omisión del deber de socorro, incendios forestales y, sobre todo, en el de amenazas, susceptible de ser calificado como falta.

En sentido opuesto, podrá alegar una posible incompetencia objetiva del Tribunal del jurado, presupuesto procesal que habría de ser examinado de oficio, pero que podrá serlo también a instancia de parte, y no sólo en la fase de instrucción, sino también en la intermedia y en el juicio oral<sup>39</sup>.

c) Concreción de la imputación y solicitud de diligencias

Durante la fase de instrucción, el querellante contribuye a determinar el objeto procesal (la afirmación de la existencia de un delito) y sus calificaciones serán solamente provisionales, en la medida en que el *factum* que se reputa delictivo, así como su conocimiento, podrán ir variando<sup>40</sup>. La pretensión se ejercita a través de la solicitud de una investigación sobre

<sup>37</sup> Es lo que ocurrió, por ejemplo, en la causa 1/96 de la Audiencia Provincial de Salamanca, citada con el nº 62 en el *Informe del CGPJ sobre la experiencia de la aplicación de la vigente LOTJ de 14 de enero de 1998*. La calificación de los hechos como homicidio por el acusador particular, a pesar de que el MF estimara que se trataba de una imprudencia temeraria, determinó que el asunto se siguiera ante el jurado y no por el procedimiento abreviado. En último término, la condena recogió las tesis del MF, si bien no se impuso condena tan grave como la pedida por éste: 2 años de privación de libertad y 15 millones de pts de indemnización frente a las respectivas solicitudes de 4 años y 15 millones por el MF y de 15 años y 20 millones de pts del acusador particular. Vid. también THAMAN, S., “Spain Returns...”, cit. pp. 399 y 493.

<sup>38</sup> *Informe del CGPJ sobre la experiencia de la aplicación de la vigente Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 14 de enero de 1998*, p. 19.

<sup>39</sup> Las partes pueden solicitar una adecuación del procedimiento en los escritos de *calificación provisional* (art. 29.5 LOTJ) o en la *audiencia preliminar* (art. 31.3 LOTJ). Abierto el juicio oral sólo será admisible como artículo de previo pronunciamiento, y en concreto a través de la “declinatoria de Jurisdicción” a la que alude el art. 666.1º, de aplicación por virtud de lo previsto 36.1.a) LOTJ. Al respecto vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN-JESÚS, “La competencia...”, cit., p. 564. Con independencia de las posibles calificaciones definitivas de las partes, el Jurado seguirá conociendo (art. 49.3 LOTJ)

<sup>40</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*, Bolonia 1975, p. 42. Los hechos como *tales son esencialmente inmutable, puesto que en el juicio oral no podrán ser alegados otros que los que se deriven del sumario, ni acusadas personas distintas a aquellas frente a las que éste se dirigía, afirmación que no deja de ser compatible con la delimitación progresiva que irá sufriendo en su curso. Podrán conocerse mejor o podrán ampliarse con hechos conexos, pero no cambia a medida que se desarrolla el proceso y si se descubren circunstancias que lo cambian, deberá iniciarse un nuevo proceso sobre el nuevo objeto.*



un hecho y un sujeto que culminará con la petición de apertura del juicio oral. Se cifra, por tanto, en la preparación del material histórico-fáctico y en la delimitación subjetiva del objeto del proceso, que constituirá el fundamento de la afirmación que va a realizar el actor en el juicio oral.

Tras la valoración de verosimilitud de la *notitia criminis* por el instructor (art. 24.1 LOTJ), con el objeto de ir perfilando los términos en los que se formulan los cargos que traen su origen de la denuncia o querrela, las partes serán convocadas a una comparecencia destinada a la concreción de la imputación<sup>41</sup>. En ella el instructor deberá oír en primer lugar al fiscal, para, posterior y sucesivamente, escuchar las alegaciones que los acusadores no oficiales personados estimen pertinentes (art. 25.3 LOTJ)<sup>42</sup>. Podrán éstos solicitar simultáneamente las diligencias de investigación que estimen oportunas, sin perjuicio de las que el instructor pueda ordenar como complemento (art. 27.3 LOTJ), limitadas a la comprobación del hecho justiciable y respecto de las personas objeto de imputación.

La imputación habrá de basarse lógicamente en indicios que puedan servir de fundamento racional, por lo que será menester una mínima labor de indagación previa, que tendrá que ser asumida teóricamente por los acusadores. El fiscal podrá acometer esa labor averiguadora sirviéndose de sus facultades de dirección sobre la Policía Judicial<sup>43</sup>, atribución ajena

---

<sup>41</sup> La inasistencia por causa no justificada de los perjudicados u ofendidos o de alguna de las partes personadas como acusación no debe determinar necesariamente la suspensión, sin perjuicio de que el Instructor pueda acordarla. Para los perjudicados u ofendidos no supone que precluya la posibilidad de personación y, advertidos de ese derecho, podrán o no hacer uso del mismo. Para el querellante ya personado que haya sido debidamente citado su incomparecencia supondrá asumir las consecuencias que le reporte el que la imputación no esté debidamente concretada en el escrito inicial de querrela o que el MF realice una concreción que vaya por cauces distintos a los por ella pretendidos o, incluso, solicite el sobreseimiento. No puede considerarse un supuesto de desistimiento tácito equiparable a los previsto en el art. 275 LECrim., a la no presentación de escrito de conclusiones provisionales o al establecido jurisprudencialmente para los supuestos de incomparecencia al acto del juicio oral.

<sup>42</sup> Desconoce así el legislador la circunstancia de que el procedimiento pueda haberse incoado por querrela de particular, y no únicamente a instancia del MF, por lo que lo lógico hubiera sido que el orden de intervención fuera encabezado por aquel sujeto al que le corresponda la carga de fundamentar la imputación, dejando que el Ministerio Público adecuase su actuación procesal a la defensa de la legalidad y el interés público (arts. 124 CE, 1 EOMF y 2 LECrim), lo cual le obligará en ocasiones a oponerse a las pretensiones de los particulares (art. 3.4 EOMF). En este sentido vid. RASCÓN ORTEGA, JOSÉ LUIS, "El nuevo modelo de investigación sumarial de la Ley del Jurado y los diferentes papeles procesales que atribuye sus protagonistas", *PJ* nº41-42 1996(I), p. 104. La Circular de la FGE 4/1995 de 29 de diciembre, III.e) estima conveniente la apertura de un segundo turno de intervenciones en las que el fiscal pueda matizar e incluso rectificar su intervención inicial a la vista de las alegaciones realizadas por el resto de sujetos.

<sup>43</sup> Art. 20 RD 769/1987 sobre regulación de la Policía Judicial

a los acusadores particulares y populares, que sólo podrían fundar una acusación esencialmente diversa en el caso de que hubieren obtenido suficientes indicios o elementos de cargo mediante procedimientos extraprocesales. Es más, dado que el art. 24 LOTJ exige que la imputación se dirija ya contra persona o personas determinadas, y a la vista de las limitadas facultades para indagar autónomamente, su intervención activa estará íntimamente ligada a las facultades revisoras del instructor. La relevancia de la acusación de particulares se ceñirá de este modo a instar del Juez las diligencias que contribuyan al acopio de elementos para fundamentar la imputación, para que, constatada la insuficiencia de los elementos incriminadores o la conveniencia de afianzarlos, pueda acordarlas y, así, continuar con el procedimiento.

La voluntad del legislador de otorgar mayor protagonismo a las “partes” no sólo se ha centrado en su lugar natural (el juicio oral), sino que ha venido a impregnar también lo relativo a la fase de instrucción. Aparentemente la presencia de acusadores particulares junto al MF pudiera de esta forma servir para afianzar el principio acusatorio, que según las proclamadas intenciones del legislador se erige en referente constante y columna vertebradora del procedimiento<sup>44</sup>. Entendemos, sin embargo, que esa apariencia se desvanece al considerar que, sobre todo en la fase preparatoria del juicio, la presencia de sujetos no vinculados a la defensa del interés público requiere indefectiblemente el sometimiento a control por un Juez Instructor. La progresiva configuración de la pretensión penal precisa entonces no sólo la constatación de su verosimilitud, sino sobre todo la resolución sobre la pertinencia de las diligencias de investigación que puedan instar, así como si son o no imprescindibles para la adecuada decisión sobre la procedencia de la apertura del juicio oral (art. 27.3 y 31.2 LOTJ). Ello determina que, si bien en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado se ha privado al instructor de facultades de iniciativa procesal, no las haya llegado a perder en su totalidad<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> VARELA CASTRO, L., “Fundamentos político-constitucionales...” cit. p. 85 sostiene que “Aun admitiendo que el acusatorio no exija teóricamente el Jurado como juzgador, éste sí exige el acusatorio”. “Tal principio exigía la previa formulación de la acusación, en los términos antes examinados. La adecuada exteriorización de ésta, en tiempo oportuno, y el control jurisdiccional de su razonabilidad, como acto previo al juicio y delimitador de su objeto, son los objetivos a los que funcionalizar la estructura de la fase previa del juicio”.

<sup>45</sup> Especialmente beligerante con el cúmulo de facultades inquisitivas presentes en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado se muestra FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, “Ley del Jurado de 22 de mayo de 1995 y modelo inquisitivo. Un apunte”, RDPProc. 1996, nº 1, pp. 7 y ss. y *El Jurado. Cuestiones prácticas, doctrinales y políticas de las leyes españolas de 1995*, Madrid 1997, pp. 419 y ss. En relación con las facultades inquisitivas del Juez de Instrucción, que resuelve sobre la apertura del juicio oral sostiene este autor que “pasa a ser quien abre las puertas a las acusaciones... lo poco que haya podido instruir, él mismo lo abre al juicio oral. Eso es inquisitivo y, desde luego, no «acusatorio»” (p. 431).

La concreción de la imputación por un acusador particular o popular puede también ser determinante de la continuación del procedimiento, en tanto su labor fiscalizadora contribuye a impedir el sobreseimiento de la causa que las demás partes hayan instado o que el instructor acuerde<sup>46</sup>. No debe perderse de vista la relevancia de esta facultad, demostrada si se tiene en cuenta que será también apta para impedir o condicionar acuerdos de conformidad con la defensa del imputado en este primer momento procesal en que es posible<sup>47</sup>. Sin entrar a fondo en esta materia, cabe advertir, no obstante, que la presencia de varias acusaciones con diversa intensidad, puede inducir al imputado a aceptar un acuerdo con la del MF, que será la más beneficiosa para él y que le permita prevenir perjuicios mayores si se llegase a la fase del juicio oral. Puede afirmarse así que, indirectamente, la acusación privada propicia la anuencia del acusado a someterse a ese tipo de acuerdos que, sin la amenaza de una condena más severa, no hubiera aceptado.

Cabe recordar aquí que los acusadores podrán también solicitar la adopción, modificación o extinción de medidas cautelares, entre las cuales se incluye la petición al instructor de que decrete la prisión provisional del imputado (art. 504 bis 2 LECrim).

Por último habremos de reseñar que, frente cualquiera de las peticiones del acusador particular o popular, el fiscal, en cumplimiento de su misión constitucional y legal, tendrá que oponerse a ellas cuando las repute inadecuadas, llegando incluso a instar la clase de sobreseimiento que a su juicio proceda (art. 124 CE, 3.4 EOMF y 2 LECrim).

---

<sup>46</sup> El auto por el que se acuerde el sobreseimiento podrá ser recurrido en apelación ante la Audiencia Provincial (art. 26.2.II LOTJ)

<sup>47</sup> La incardinación del instituto de la conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, utilizada con demasiada frecuencia para eludirlo, no procede de una expresa previsión en la LOTJ, sino de la aplicación supletoria de la LECrim (art. 24.2 LOTJ). Se han suscitado dudas sobre a cuál de los dos conjuntos normativos que disciplinan la conformidad (procedimiento ordinario o abreviado) habría de entenderse hecha tal remisión. GIMENO se inclina en favor de la primera de las dos opciones, puesto que, a pesar de la posterioridad del segundo, la ausencia de una remisión específica a este régimen impide sostener otra interpretación (arts. 780.1 LECrim y 24.2 LOTJ). De esta manera, a su juicio, los arts. 655 y 688 y ss. LECrim abrían recobrado su vigencia. GIMENO SENDRA, V., *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, Colex, 1ª edición, Madrid 1996, pp. 191 y s. En el mismo sentido vid. *Derecho Procesal Penal*, op. cit. pp. 327 y s. y 754. Una opinión contraria es sostenida por MARCHENA GÓMEZ, M., "El Fiscal y la Ley del Jurado", en VARELA CASTRO, L. (director), *El Tribunal del Jurado*, cit. p. 318, puesto que, aun sin existir razones materiales que impongan un régimen diferenciado y excluyente en materia de conformidad respecto del ya previgente en los restantes procedimientos ordinarios, el legislador lo habría abordado como una *lex specialis* y, por tanto, de aplicación prevalente respecto a la regulación general.

## d) Escrito de conclusiones provisionales

Concretada la imputación y practicadas las diligencias declaradas pertinentes, los acusadores podrán instar en el plazo común de cinco días lo que estimen oportuno con respecto a la apertura del juicio oral, formulando escrito de conclusiones provisionales (art. 27.4 LOTJ)<sup>48</sup>. Será éste el momento oportuno para consolidar la posición procesal, en tanto estamos en presencia del acto de acusación por excelencia, en el que se vienen a fijar provisionalmente los cargos, aun en forma de alternativas (art. 29.2 LOTJ), sin cuya realización la apertura del juicio oral carecería de sentido. Este escrito con la calificación provisional es también el momento de preclusión para toda la aportación fáctica al proceso por la parte acusadora, sin que quepa una posterior ampliación<sup>49</sup>, de forma que el posterior juicio de la acusación tendrá por objeto únicamente los términos en los que ésta llegó a la audiencia preliminar<sup>50</sup>.

No obstante su trascendencia, la presentación fuera de plazo del escrito de calificación provisional por alguno de los acusadores personados no ha sido valorada por la jurisprudencia como un abandono de esa posición procesal, ni como una retirada de la acusación por tácito desistimiento<sup>51</sup>. En los supuestos en que tal irregularidad se ha presentado, las facultades de los acusadores privados se han limitado a partir de ese momento imposibilitándoles la proposición de nuevas pruebas y el mantenimiento de una acusación diversa a la del fiscal, para convertir así su presencia en una mera adhesión a éste<sup>52</sup>. De ahí a afirmar que se está duplicando innecesariamente

<sup>48</sup> El citado precepto no expresa si el traslado a las partes ha de ser simultáneo para todas ellas, tal y como se prevé para el procedimiento abreviado (art. 790.1.I LECrim), o sucesivo, como ocurre en el ordinario (arts. 649 y 651 LECrim). En este caso, la alusión a un único plazo y la imprescindible economía del tiempo nos hace pensar que el legislador estaba pensando que este trámite habría de satisfacerse simultáneamente por el MF y los demás acusadores. En el mismo sentido, alegando el principio de celeridad, vid. VELASCO NÚÑEZ, ELOY, "El Juez de instrucción", en VARELA CASTRO, L. (ed.), *El Tribunal del Jurado*, cit. p. 176. Añade además el citado autor la innecesariedad de fotocopiar los autos para dar traslado a las partes por cuanto éstas ya tendrán copia de todo lo actuado y habrán tenido la posibilidad de participar en la práctica de todas las pesquisas indagatorias acordadas.

<sup>49</sup> No ocurre lo mismo con el Magistrado-Presidente o con los propios jurados (vid. arts. 52.1.g) y 59.2.II LOTJ)

<sup>50</sup> Salvo la facultad prevista en el art. 36.c)

<sup>51</sup> Vid. STS de 28 de octubre de 1997 (RAJ 7843), en la que se afirma que: "*La condición de parte se adquiere (...) desde que procesalmente se canalizó su intervención a través de los artículos 101 y 270 de la LECrim, posibilitándose así el libre acceso de las partes al proceso*". Por ello, aun habiéndose declarado la nulidad de una acusación, habrá de respetarse la condición de parte, si bien "*limitada en las fases sucesivas. No podrá pues formular unas propias conclusiones, pero sí interrogar e informar libremente en apoyo de las asumidas por las demás acusaciones*" (FD 4º)

<sup>52</sup> Vid. SAP Córdoba de 7 de mayo de 1998, FD. 1º. Se trataba de un juicio por la muerte de dos Policías Municipales, en la que tanto la acusación particular ejercitada por las

sariamente una actividad que, además y cuando menos, puede ser perjudicial para el reo, no hay más que un paso. Es por ello que, a nuestro juicio, la no presentación en forma de este escrito por un acusador no oficial debería hacerle decaer en alguna de sus facultades procesales, en concreto en aquellas que no supusieran una vulneración de su derecho a defender intereses legítimos. Con ello aludimos a la intervención de la víctima para la tutela de la pretensión civil, con lo que lo lógico parece que se permitiera su permanencia en el proceso únicamente en calidad de actor civil<sup>53</sup>.

Como ya hemos puesto de manifiesto, la calificación de los acusadores privados se realiza en la totalidad de los casos no sólo con el objetivo de conseguir una indemnización mayor que la solicitada por el MF, sino también con el objetivo de incrementar el castigo penal, ya sea en lo relativo al tiempo de privación de libertad, ya se trate de multa. A tal efecto, se imputarán agravantes no contempladas por el acusador oficial, se negarán las atenuantes o eximentes alegadas, se acudirá a los máximos permitidos en los márgenes penológicos previstos normativamente, o se añadirán otros delitos en concurso real (por ejemplo, homicidio con omisión del deber de socorro, con allanamiento de morada, etc.).

Será éste momento propiciatorio para la adopción de acuerdos consensuales, por lo que el acusador privado estará nuevamente en disposición de condicionarlos, bien prestando su asentimiento, bien desvinculándose de ellos y obligando a la prosecución del procedimiento. No puede pasarse por alto que a partir de entonces el instructor carece de facultades para salir a la búsqueda de un acusador, tal y como se prevé en el art. 26.2 LOTJ para un momento anterior.

## 2) En la fase intermedia

La fase intermedia supone un filtro que permite expurgar acusaciones infundadas, ya que, en tanto "juicio de la acusación", se dirige precisamente a valorar la viabilidad o no de las pretensiones de las partes, máxime cuando nos encontremos ante una pluralidad de ellas, alguna de las cuales no ape-

---

víctimas, como la popular, ejercitada por el Ayuntamiento de Córdoba, todas ellas ya personadas, interpusieron fuera de plazo su escrito de acusación. Los condenados alegaban que se les había producido indefensión por haberse concedido la palabra al representante del Ayuntamiento, aun cuando tuviera una posición meramente adhesiva a la del MF, argumento contradicho por la sentencia que estimó que de esa intervención no se derivaba la aparición de acusaciones sorpresivas.

<sup>53</sup> Una vez más sostenemos así que el interés público en la acusación quedará satisfecho con la actividad del MF. Sentada esa premisa, no hay más intereses que hacer valer en el proceso penal que los puramente privados de la víctima, susceptibles de defensa a través del proceso civil acumulado.

gada estrictamente a hacer valer el interés público<sup>54</sup>. Sus manifestaciones en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado son la audiencia preliminar (arts. 30 y 31 LOTJ) y el "Auto de sobreseimiento o de apertura del juicio oral" (art. 32 LOTJ).

Será la audiencia preliminar momento oportuno para que las acusaciones modifiquen los términos de su petición de apertura de juicio oral, sin que puedan introducir nuevos elementos que alteren el hecho justiciable o la persona acusada (art.31.3 LOTJ). Podrán además proponer pruebas a practicar en ese mismo acto, denegando el Juez aquellas que puedan articularse como maniobra dilatoria, en tanto no sean imprescindibles para la adecuada decisión sobre la procedencia de la apertura del juicio oral (art. 31.2 LOTJ). Nótese además que la audiencia preliminar puede ser postergada porque se hallen pendientes diligencias de investigación solicitadas por el imputado (art. 30.1 LOTJ), pero en ningún caso por causa de los acusadores. Igualmente, la renuncia de la audiencia preliminar podrá ser solicitada por la defensa de los acusados (art. 30.2 LOTJ), pero no por los representantes de las acusaciones, en lógica conexión con su consecuencia (el aquietamiento con la apertura del juicio oral) y con los objetivos de cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso.

Servirá también la audiencia preliminar para dilucidar sobre la pertinencia de la adopción de medidas cautelares o la valoración de las ya adoptadas, así como sobre la concurrencia de presupuestos procesales que podrían no haber sido examinados con anterioridad, aspectos en los que el acusador podrá hacer valer lo que a su pretensión convenga.

Sólo mediante el sostenimiento de una pretensión acusatoria podrá darse la respuesta jurisdiccional consistente en el auto de apertura del juicio oral, si bien se dota al instructor de una facultad revisora que le permite optar por no aceptarla en los términos propuestos (art. 33.a *in fine*) o, incluso, por el sobreseimiento total o parcial (art. 32.1 en conexión con el 640 y 637.3º LECrim)<sup>55</sup>. Una vez más comprobamos así la pervivencia de un control en manos del instructor que desvanece en gran medida un reinado del principio acusatorio que se pretende absoluto, lo cual, por otra parte, reputamos necesario a la vista de la siempre posible extralimitación de las acusaciones personadas.

---

<sup>54</sup> Aun cuando no llegase a mediar condena, la estigmatización social consecuencia de la "pena de banquillo" podría ser una de las consecuencias indeseables de acusaciones no suficientemente fundadas.

<sup>55</sup> Resolución contra la que cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (art. 32.2 LOTJ)

No hay duda de que éste será uno de los momentos propicios para la retirada de alguna de las acusaciones, por lo que será también una de las ocasiones donde el valor de garantía que propicia la existencia de una pluralidad de ellas podrá jugar su papel de salvaguarda para la pervivencia y vitalidad de la pretensión penal.

### 3) En el juicio oral

#### a) Cuestiones previas

Al tiempo de personarse en la Audiencia Provincial<sup>56</sup>, los acusadores no oficiales están teóricamente legitimados para la proposición de cuestiones previas del art. 666 LECrim (art. 36.a LOTJ), intentando la subsanación de requisitos formales determinantes de la validez y corrección de la sentencia que, en su día, pueda recaer en la causa. En principio no cabe esperar de ellos la proposición de ninguna otra que no sea la declinatoria de jurisdicción o la de falta de autorización administrativa para procesar, pues si su intención fuera aducir alguna de las otras (cosa juzgada, prescripción, indulto), le resultaría mucho más sencillo desistir del ejercicio de la pretensión penal sin más. Teniendo en cuenta la aptitud del planteamiento privado de la acusación para la defensa de intereses propios del acusador, de alegar tales cuestiones, podríamos pensar en algún tipo de acuerdo con el imputado en busca de la finalización del proceso, motivado por razones extravagantes al interés público que debe presidir el ejercicio de la acusación. De igual manera, en este momento procesal, podrán también interesar la ampliación del juicio a hechos respecto de los cuales se hubiese inadmitido la apertura del juicio oral (otra facultad revisora de la acusación por un órgano jurisdiccional), así como impugnar o proponer medios de prueba (art. 36.c y d LOTJ).

#### b) Recusación de jurados

Entre las facultades de los acusadores privados se encuentra también la de configurar un Tribunal en el que concurra la nota de imparcialidad, pudiendo así recusar a alguno de los sujetos convocados para integrar el Tribunal del Jurado<sup>57</sup>. Ello se puede realizar en dos momentos diversos: 1) tras un previo interrogatorio respecto de la posible concurrencia de causas inhabilitantes para ser jurado por incapacidad, incompatibilidad, pro-

<sup>56</sup> Si no comparecen estaremos de nuevo ante un supuesto de desistimiento tácito. En este sentido vid. DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO, "La fase intermedia en el proceso ante el jurado (arts. 35-37 LOTJ)", en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. et al., *Comentarios Sistemáticos...*, cit. p. 167.

<sup>57</sup> La legitimación para la recusación de Jueces y Magistrados en el resto de los procedimientos penales se asigna a los acusadores particulares, pero no a los acusadores populares (218.2º LOPJ, que sólo se refiere a "acusador particular o privado", cuando ya estaba consolidada la denominación "acción popular", que incluso la propia Ley recoge en sus arts. 19.1, 20.3 y 406).

hibición o excusa (art. 38. 2 y 3 con remisión a los arts. 8 a 12 LOTJ)<sup>58</sup> y 2) mediante impugnación de alguno de los jurados ya seleccionados por sorteo (art. 40.3 LOTJ), sin que sea precisa alegación de causa alguna. En este segundo momento, los acusadores, conjuntamente, sólo podrán recusar a cuatro de los seleccionados, un cupo para cuyo reparto entre los acusadores público y privados la ley no otorga preferencia a ninguno de ellos y requiere únicamente un mutuo acuerdo<sup>59</sup>. El sorteo al que de forma equívoca alude el párrafo siguiente del art. 40.3 LOTJ, tendrá que servir no sólo para establecer el orden entre las recusaciones realizadas por acusación y defensa hasta agotar el cupo de recusables, sino también para determinar el orden en que, dentro de cada una de las dos posiciones procesales, podrá realizarse si no mediara acuerdo. Se utiliza así un criterio de estricta igualdad entre acusador oficial y privados que no reputamos adecuado ni idóneo a su diferente posición.

c) Alegaciones, prueba y objeto del veredicto

La redacción por el Magistrado-Presidente del “auto de hechos justiciables” sirviéndose del material aportado por las partes (art. 37 LOTJ), en el que perfilará y determinará los términos fácticos y jurídicos del debate procesal a partir de ese momento, dará paso al juicio oral<sup>60</sup>. En ese acto, los defensores de los querellantes<sup>61</sup> intervendrán con plenitud de facultades para el sostenimiento de su pretensión, esto es, pudiendo formular alegaciones e intervenir en la actividad probatoria de similar manera que el MF o los abogados de la defensa<sup>62</sup>. De no comparecer, la sanción tiene que ser la de entender producido un desistimiento tácito de la acusación, ha-

<sup>58</sup> Asumir la posición de acusador genera la lógica prohibición de ser jurado (art. 11.1 LOTJ y 219.6º LOPJ) por lo que puede servir para evitar el cumplimiento de esa obligación legal. La única vía posible para poner coto a esa situación sería estimar la existencia de un fraude procesal a tenor del art. 11.2 LOPJ, lo cual pudiera verse limitado por la tutela proteccionista para con la acusación popular que sostiene el TC. En todo caso, parece que en esta circunstancia pudiera alegarse un interés directo o indirecto en la causa a los que alude el nº 5 del art. 11 LOTJ, basado en este caso en un prejuicio de culpabilidad. En último término, si esta circunstancia no es admitida como excusa, podrá ser alegada como motivo de recusación.

<sup>59</sup> Compartimos la opinión de Marchena de que ese acuerdo no será fácil. Vid. MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, “El Fiscal y la Ley del Jurado” en VARELA CASTRO (ed.), *El Tribunal del Jurado*, cit. p. 306.

<sup>60</sup> Aun celebrándose a puerta cerrada no cabrá impedir su participación a los querellantes privados (art. 43 LOTJ y 680 y ss. LECrim)

<sup>61</sup> La presencia requerida es la de su abogado y procurador, pero no la del acusador mismo, víctima o no, en absoluto imprescindible para el desarrollo del juicio a no ser que sea citada en calidad de testigo. De estar presente, tampoco habrá ocasión para que el acusador y su abogado entren en inmediata comunicación, tal y como se prevé para el acusado con el suyo (art. 42.2 LOTJ).

<sup>62</sup> Se ha defendido en ocasiones, con un criterio que no comparto, que para mantener una estricta igualdad entre el fiscal y los abogados acusadores y defensores debería suprimirse todo ornato externo que permitiera al jurado distinguirlos proponiendo



ciendo frente a los perjuicios que hubiere podido ocasionar lo actuado (art. 274.II LECrim)<sup>63</sup>.

El orden en el que intervienen el MF y los diversos acusadores no viene expresamente recogido en la Ley, laguna legal que se ha salvado otorgando el primer lugar al fiscal para, a continuación, dar paso a la intervención de los demás acusadores<sup>64</sup>. Tampoco hay previsión específica relativa a la preferencia en el turno de intervención entre acusadores no oficiales, cuestión que se ha solventado con un consolidado uso forense que determina que sean los acusadores que representen los intereses del ofendido los que intervengan en primer lugar, dejando el último para el o los acusadores populares<sup>65</sup>. No deja de ser significativo que, de esta forma, las diversas proposiciones de la acusación se presentarán al jurado comenzando por la menos grave, la del MF, para posteriormente ir incrementando la "intensidad acusatoria" mediante la intervención de acusadores privados que aportarán ese *plus* al que nos referimos con antelación<sup>66</sup>.

En la actividad probatoria tendrán también una función relevante, en tanto pueden proponer nuevas pruebas o ser escuchados en relación con las

---

que se actúe con la toga desprovista de «puñetas», escudos, emblemas, medallas y condecoraciones. Vid. Conclusiones del V Congreso de Abogados Jóvenes de Andalucía, Sevilla 20-22 de noviembre de 1997, nº 13.

<sup>63</sup> El art. 44 LOTJ exige la disponibilidad para con el Tribunal del Jurado del abogado de la defensa, así como la prioridad de este juicio frente a otros posibles señalamientos o actuaciones jurisdiccionales, circunstancia que no se extiende a los abogados representantes de las acusaciones particulares.

<sup>64</sup> Este *usus fori* se deriva de la previsión del art. 701. IV LECrim. Se desconoce así que la pretensión penal puede estar sostenida por un acusador que lo haga en contra de las tesis del MF. En estos casos parece lógico que sea éste quien dé comienzo a las alegaciones.

<sup>65</sup> En caso de una pluralidad de acusadores populares personados, los criterios a seguir para determinar el orden en la intervención pudieran ser bien el del momento de personación en la causa o bien el de la calificación más grave del delito. El primero de ellos se justificaría por la preferencia que otorga la prioridad en el tiempo y la razón del segundo pudiera cifrarse en facilitar la contradicción por el imputado y la articulación de su defensa empezando por las acusaciones más graves. Vid. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, cit. p. 522.

<sup>66</sup> Puede ser interesante a este respecto un reciente estudio elaborado por los psicólogos de la Universidad de Granada Antonio Maldonado, Andrés Catena y Antonio Cándido, atinente a la percepción que los jurados reciben en el juicio. Según sus resultados, de los que da reseña el diario *El País* de 19 de mayo de 1999, los componentes del jurado actúan según el "modelo de revisión de creencias", es decir, variarán su opinión en función de lo último y más reciente que haya ocurrido en su entorno. Consecuencia de este modelo de conducta es que los jurados sopesan más las evidencias favorables a las tesis de la acusación que las favorables al acusado, por lo que sus autores recomiendan que no se establezcan juicios de valor hasta que no se tenga una cantidad de evidencias suficiente para poder contrastarla con la creencia anterior.

propuestas por las demás «partes»<sup>67</sup>. Cabrá así su intervención a) en el interrogatorio cruzado de testigos, donde podrá hacer directamente a éstos las preguntas que considere oportunas y fuesen pertinentes en vista de sus contestaciones (art. 708 LECrim), interrogándoles al igual que a los peritos sobre las contradicciones que estimen existentes entre lo manifestado en este momento y lo dicho en la fase de instrucción (art. 46.5 LOTJ)<sup>68</sup>; b) en el examen de peritos, solicitando aclaraciones y planteando preguntas y repreguntas (art. 724 LECrim), e incluso pudiendo recusarlos (arts. 468 y ss. LECrim); c) en la prueba documental y el examen de documentos y piezas de convicción (art. 726 LECrim); d) en la constitución junto con el Magistrado-Presidente, el Jurado, el Secretario Judicial y los defensores en el lugar del reconocimiento judicial, pudiendo hacer constar en las diligencias las observaciones que estimen pertinentes (art. 727 LECrim y 46.3 LOTJ).

Concluida la práctica de la prueba, y a la vista de sus resultados y de las alegaciones de los restantes intervinientes será el momento de modificar las conclusiones provisionales o bien ratificarse en ellas y de exponer oralmente cuanto estimen pertinente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos (art. 48.1 y 2 LOTJ y 793.6 LECrim).

Ha de advertirse que el desistimiento de la pretensión en cualquier momento del juicio oral puede originar en virtud del principio *nemo iudex sine actore* la terminación del proceso mediante absolución. El art. 51 LOTJ prevé la disolución del jurado y la absolución del imputado cuando “*el MF y las demás partes acusadoras, en sus conclusiones definitivas, o en cualquier momento anterior del juicio, manifiesten que desisten de la petición de condena del acusado*”. Es detectable también aquí un espacio de intervención de los querellantes para impedir la disolución del jurado y la sentencia absolutoria manteniendo su imputación aun cuando los demás acusadores, oficial o privados, manifiesten intención de desistir por cualquier razón<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Abordan las cuestiones esenciales en relación con esta materia ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA, “La prueba en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado. La LO 5/1995 de 22 de mayo”, VERGER GRAU, JOAN, “Las pruebas ante el Tribunal del Jurado” y MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL, “Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado”, todos ellos en VARELA CASTRO (ed.), *El Tribunal del Jurado*, cit. pp. 353 y ss., 401 y ss. y 473 y ss. respectivamente.

<sup>68</sup> Para lo que se podrá recabar testimonio que se unirá al acta, en consonancia con el art. 34.3 LOTJ que dispone que en cualquier momento las partes podrán pedir al instructor los testimonios que les interesen para su ulterior utilización en el juicio oral. Ha de recordarse, no obstante, la imposibilidad de dar lectura de las declaraciones realizadas en la fase de instrucción.

<sup>69</sup> La Ley del Jurado de 1888 contemplaba una facultad, posiblemente ingenua, dirigida a la búsqueda de un acusador, previa invocación a los presentes en la sala del Tribunal (art. 69 : “*Cuando las partes soliciten la absolución completa de los procesados, el presidente preguntará en alta voz si alguno de los presentes mantiene la acusación...*”).

El Magistrado-Presidente deberá realizar una “articulación secuencial” del objeto del veredicto<sup>70</sup>, que habrá de reflejar las líneas esenciales y los resultados del debate procesal. La determinación de su objeto le obligará a perfilar los términos de la acusación, diferenciando entre hechos favorables y desfavorables y hechos susceptibles o no de tenerse por probados (art. 52.1 LOTJ)<sup>71</sup>. Habrá de comenzar por exponer lo que constituye el hecho principal de la acusación, que lógicamente debería partir de las imputaciones más graves (las formuladas por la acusación privada), con el objeto de que el jurado se enfrente con unas líneas argumentales coherentes, que descendan desde los planteamientos más severos hasta los que formule la defensa. Mucho nos tememos, sin embargo, que en la gran mayoría de los casos se reproducirán los términos y el orden en que se produjo el debate en el juicio oral, circunstancia que podrá determinar en ocasiones una configuración del veredicto que, a pesar de la prevención del art. 37.a.II LOTJ no responda a líneas argumentales coherentes<sup>72</sup>. Los acusadores podrán solicitar las inclusiones o exclusiones que estimen pertinentes, si bien, en último término y aun pudiendo formular protesta que se recogerá en el acta del juicio, la decisión corresponde al Magistrado-Presidente (art. 53 LOTJ).

Otras facultades de los acusadores personados que deben ser destacadas en este momento serán la de asistir pasivamente a la entrega del escrito con el objeto del veredicto por el Magistrado-Presidente a los jurados, así como a las posibles instrucciones que se les den (art. 54 LOTJ), así como estar presentes en la posible ampliación de éstas una vez iniciada la deliberación (art. 57.1 *in fine* LOTJ). Estarán también presentes en la lectura del veredicto (art. 62 LOTJ) y, si fuera de culpabilidad, informarán de la pena o medidas que debe imponerse, sobre la responsabilidad civil y sobre la concurrencia de los presupuestos legales la aplicación de los beneficios de la remisión condicional (art. 68 LOTJ). Nada se prevé, sin

---

<sup>70</sup> Según se recoge en la Exposición de Motivos LOTJ.

<sup>71</sup> Resalta FAIRÉN que, frente al propósito declarado por el legislador de fortalecer el sistema acusatorio, lo que se esconde en este momento es un cúmulo de facultades inquisitivas, que no son sólo predicables del instructor, sino también del Magistrado-Presidente. Éste último podrá limitar el contenido del juicio, dejando fuera hechos y personas objeto y sujetos de acusaciones (arts. 37 y 52.1 LOTJ), frente a lo que las partes sólo pueden limitarse a una solicitud (53.1 LOTJ). Incluso los miembros del jurado pueden también añadir hechos o calificaciones jurídicas (art. 63.2 por exclusión), los cuales sólo habrán podido obtener inquisitivamente. FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Jurado...*, cit. pp. 437 y ss.

<sup>72</sup> Quizá esta incoherencia fuera la determinante de que un jurado estimase no probada de modo irrefutable la inimputabilidad absoluta afirmada por el MF y la defensa en la causa nº 1/96 seguida en la AP de Granada. Parece lógico que la carga de la prueba de la imputabilidad, por tratarse de un hecho desfavorable para el reo hubiera correspondido a quien la afirmaba, es decir, al acusador particular. Vid. *Informe del CGPJ...* cit., pp. 26 y 28 y THAMAN, S., “Spain Returns...” cit. pp. 397 y 456.

embargo, que determine una intervención activa de los acusadores para la devolución del acta al jurado, salvo su presencia para escuchar las justificaciones del Magistrado-Presidente (arts. 63 y 64 LOTJ). Esta omisión resulta llamativa, sobre todo si se tienen en cuenta las consecuencias de una devolución reiterada, conducente en casos extremos a la disolución del jurado, a la celebración de otro juicio e, incluso, a un pronunciamiento absolutorio (art. 65 LOTJ), comprensivo también de la responsabilidad civil<sup>73</sup>.

#### d) La conformidad

La quiebra del monopolio acusatorio se ha ligado históricamente a la garantía del principio de legalidad en la persecución penal. Curiosamente, entre nuestra doctrina ha servido tanto para justificar la inaplicabilidad de manifestaciones del principio consensual en el sistema español por suponer una ventaja para el MF, que preteriría la intervención de particulares<sup>74</sup>, como para apoyar su introducción por erigirse en contrapeso garantizador de su desviada utilización<sup>75</sup>.

El art. 50 LOTJ permite la disolución del jurado por conformidad en el momento de formular las conclusiones definitivas, previendo una trascen-

<sup>73</sup> En opinión de FAIRÉN, las sentencias absolutorias derivadas de la disolución del jurado al amparo del art. 65 LOTJ producirían indefensión a las partes acusadoras. A su juicio, y tomando como referencia la STC 193/1991 de 14 de octubre, de esta manera se las privaría "de la efectividad de su expectativa de obtener una sentencia de condena contra sus legítimos intereses y derechos". Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Jurado...*, cit. pp. 256 y s. La indefensión se cifraría en la privación de ejercitar la potestad de alegar, y en su caso, justificar sus derechos o intereses, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción. El citado autor, teniendo en cuenta además que la disolución del jurado no es susceptible de ser impugnada a través del recurso de apelación, estima que el art. 65 quebrantaría la garantía constitucional de defensa. A su juicio, esta aplicación del principio del *favor rei*, que entiende desaforada, lleva aparejada el desvalimiento de las víctimas, de las cuales la Ley del Jurado se acordaría muy poco. FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Jurado...*, op. cit. p. 258.

<sup>74</sup> Vid. por ejemplo MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal...*, cit. p. 72

<sup>75</sup> Consituye ésta la opinión mayoritaria, alegando básicamente que la actividad de los sujetos legitimados permitiría completar y suplir faltas injustificadas o injustificables de acusación del MF. En este sentido se manifiestan, entre muchos otros, ALMAGRO NOSETTE, J., "Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución española", en VVAA *Lecturas sobre la Constitución*, Facultad de Derecho UNED, Madrid 1978, p. 308 y "Acción Popular", en el volumen colectivo *La Reforma del Proceso Penal, II. Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid 1989, p. 227; VIVES ANTÓN, T.S., "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", *PJ*, nº especial II, pp 100 y 108; FAIRÉN GUILLÉN, V., "El Ministerio Fiscal en la reforma de 1988", *Tapia*, marzo-abril 1989, p. 69; ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona 1991, pp. 201 y s. y 238 y s.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal", *PJ*, nº especial VI, p. 34; DE DIEGO DÍEZ, L.A., *La conformidad del acusado*, Valencia 1997, pp. 242 y ss.

dental intervención activa de la totalidad de los acusadores y sin establecer distinción relativa a su carácter público o privado. A tenor de este precepto, procederá la citada disolución “*si las partes interesaren que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que se presentare en el acto, suscrito por todas, sin inclusión de otros hechos que los objeto de juicio, ni calificación más grave que la incluida en las conclusiones provisionales*”<sup>76</sup>. Los particulares acusadores están así en disposición de dificultar o incidir de manera relevante en los acuerdos consensuales, en tanto a éstos se ha de llegar sobre la base de la calificación provisional que solicite pena de mayor gravedad. Una calificación en términos difícilmente asumibles por el acusado, aun sin esperanzas de que se vean reconocidos en la sentencia, servirá para poner trabas insalvables a un posible acuerdo. Su postura negativa será también suficiente para impedir la realización de una calificación definitiva común, en tanto la Ley exige que de realizarse una nueva, ésta venga suscrita por el acusado y todos los acusadores. Podrá, por tanto, impedir una disolución del jurado en este tardío momento, compeliendo a la prosecución de la vista.

De producirse el acuerdo, tendrá que tomar por base la configuración de los hechos, la calificación jurídica y la solicitud de imposición de pena realizada por quien afirme que concurren unos presupuestos para la resolución jurisdiccional que supongan una mayor gravedad de la infracción criminal. En caso de pluralidad de acusadores, ésta no será la calificación del acusador público, sino la de alguno de los privados. La determinación del límite de los cargos imputados, conllevará así una doble consecuencia: por una parte implicará un aumento de la pena con la que el imputado deba conformarse y, por otra, recaerá entre sus facultades la de impedir

---

<sup>76</sup> Parece claro que su realización en un momento tan tardío no reporta excesivos beneficios a la economía procesal o a la posible estigmatización del acusado y que, en la práctica, suponga una traba para llegar a un acuerdo en un momento anterior, puesto que la defensa contará con este último recurso para el supuesto de que la prueba en el juicio oral le resulte desfavorable. En este sentido vid. GIMENO SENDRA, V., *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, cit. pp. 273 y ss. El legislador ha olvidado además que tal conformidad se realizará en un acto oral ante el Jurado (la formulación de las conclusiones definitivas), con lo que se estará originando un pequeño incidente entre acusaciones y defensa que culminará con una transacción procesal revestida en forma de conclusiones definitivas. Vid en este sentido también PUENTE SEGURA, LEOPOLDO, *La conformidad en el proceso penal español*, Madrid 1994, p. 152, n. 2 en relación con el proyecto de LOTJ. DE DIEGO DíEZ, L.A., *La conformidad del acusado*, Valencia 1997, pp. 549 y ss. sostiene una opinión diversa sobre la base de la escasa utilidad que tendría una conformidad prestada en el último trance del juicio. Ello le induce a afirmar que podrá realizarse en cualquier momento procesal entre la constitución y la cesación de funciones del Jurado, pues de otra manera sólo se estaría evitando el veredicto, pero por tener muy escasa utilidad para el acusado no sería “*sugerente, ni para la acusación ni para la defensa, llegar a una conformidad en las postrimerias del juicio*” (p. 551).

expresamente el acuerdo rebasando los límites objetivos de aplicación de la conformidad<sup>77</sup>.

#### IV. Consecuencias y efectos

El esfuerzo en tiempo y dinero que necesariamente origina la intervención como parte en el proceso penal requiere que los sujetos legitimados ponderen su oportunidad o necesidad, pues en demasiadas ocasiones no compensará con los beneficios que de esa participación pudieren derivarse. Habremos de tener en cuenta por ello cuáles son los incentivos que motivan el seguimiento del asunto por un querellante privado y, consecuentemente, su personación. Conscientes del simplismo que ello genera, podemos agruparlos en torno a dos propósitos más o menos explícitos, que pasan por el establecimiento de un férreo marcaje a la actividad del acusador oficial: a) el pocas veces confesado interés en propiciar una “venganza institucionalizada” consistente en que la ofensa sea resarcida mediante un castigo lo más intenso posible, y b) la obtención de una tangible indemnización mayor que la propugnada por el MF<sup>78</sup>. De ahí que las posibilidades de que en una causa intervenga un acusador privado serán proporcionales a: a) la tensión que persista entre delincuente y víctima, así como la repercusión social del delito y, b) las expectativas de obtener un resacimiento civil que supere el solicitado por el MF y compense los esfuerzos requeridos.

En la práctica, los asuntos en los que con abrumadora frecuencia mayoritaria intervienen acusadores privados ante el jurado son lógicamente los de homicidio consumado, en los que pueden concurrir fácilmente los dos tipos de motivaciones a los que hemos aludido. En los restantes delitos de su competencia la personación de acusadores privados es perfectamente posible y no es absoluto descartable, pero no es habitual, al tratarse de conductas de mucha menor trascendencia que para nada incentivan su intervención. Y no sólo por la ínfima pena que llevan aparejada<sup>79</sup>, sino sobre todo por la expectativa de obtener una indemnización sustanciosa, ya que entre los escasos delitos cuyo enjuiciamiento se asigna al jurado (art. 1.2 LOTJ) se encuentran conductas que, salvo el homicidio o los incendios, conllevan una nimia res-

<sup>77</sup> Vid. art. 50.1 *in fine* LOTJ y DA 11<sup>a</sup>.1 CP.

<sup>78</sup> La praxis de nuestros Tribunales pone de manifiesto con frecuencia que en el momento en que en el curso de la causa se abonan los daños y perjuicios a la víctima, la presencia del acusador particular en él pierde sentido.

<sup>79</sup> No es descartable, por otro lado, que en estos casos el objetivo buscado por el acusador pueda ser el de la imposición de penas accesorias, tales como las de prohibición de estancia o residencia en determinados lugares. Así, por ejemplo, en una causa por delito de amenazas (asunto Vicente Deltell, AP de Alicante, 5 de mayo de 1997) la pretensión del acusador particular se diferenciaba de la del fiscal únicamente en la petición de destierro de tres años. Vid. THAMAN, S., “Spain Returns...”, cit. p. 417.

ponsabilidad civil. La experiencia de estos años reafirma el ánimo consolidado en la práctica forense, no circunscrita al procedimiento ante el Tribunal del Jurado, de reconducir el ejercicio de verdaderas pretensiones civiles a través de la acusación particular a la que se acumulan. Las ventajas de operar de esa forma radican, como se ha visto, en el papel mucho más activo y en las mayores facultades de intervención procesal asignadas a quien reúna los requisitos para poder personarse en el proceso.

La acusación por particulares introduce un desequilibrio en favor de la posición acusatoria que en la mayoría de las ocasiones no es justificable, y cuyos efectos perniciosos pueden ser aún mayores en el juicio por jurado. La concurrencia de varios acusadores de diversa naturaleza posibilita la presentación al jurado de un abanico de proposiciones de signo acusatorio que le permite desvincularse de los criterios del MF, incluso planteados en forma de alternativas (arts. 29.3 LOTJ y 653 LECrim), para volcarse con las configuraciones de los hechos proporcionada por cualquiera de los otros sujetos activos. La correlación entre la presencia de acusadores particulares y una condena especialmente dura, sin ser automática, sí es constatable en algunos casos. Los datos de la aplicación de la ley en su breve vigencia nos proporcionan así varios ejemplos en los que el jurado ha estimado probadas las alegaciones formuladas por las acusaciones particulares frente a las más benevolentes del MF, dando pie a una condena más severa o una indemnización mayor de la que éste había solicitado. Generalmente, las diferencias en las calificaciones se cifran en estos casos en una disímil apreciación por los acusadores de la relevancia o existencia de circunstancias eximentes<sup>80</sup>, atenuantes<sup>81</sup> o agravantes<sup>82</sup> de la responsabilidad criminal, que induce conse-

---

<sup>80</sup> Sobresale en este sentido la causa nº 1/96 de la AP de Granada a la que se aludió con anterioridad, en la que el jurado, en consonancia con la pretensión del acusador particular, apreció una eximente incompleta (inimputabilidad parcial), frente a la pretensión absolutoria basada en la inimputabilidad absoluta que propugnaba el MF. El jurado estimó no probada la inimputabilidad de manera irrefutable. Vid. *Informe del CGPJ...* cit., pp. 26 y 28 y THAMAN, S., "Spain Returns...", cit. pp. 397 y 456.

<sup>81</sup> En la causa seguida en la AP de Madrid entre el 25 y el 30 de abril de 1997 contra Victoriano Recio, el MF estimó la concurrencia de la atenuante de intoxicación por bebidas alcohólicas, que el acusador particular estimaba inexistente, versión que el jurado corroboró. THAMAN, S., "Spain Returns...", cit. pp. 398 y 472.

<sup>82</sup> La concurrencia de alevosía en una riña con navaja fue alegada por el acusador particular en la causa ante la AP de Sevilla nº 1/96 para calificar los hechos como asesinato, separándose así de la opinión del MF, que los calificó como homicidio. El jurado estimó probada la alevosía, y la pena impuesta superó ligeramente la solicitada por el MF, si bien con posterioridad (12 de febrero de 1997) el TSJ de Andalucía revocó la sentencia estimando que los hechos eran constitutivos del delito de homicidio. Vid. *Informe del CGPJ...* cit., pp. 26, 28 y 33. Este es uno de los veredictos que el CGPJ ha reputado como "relativamente sorprendentes". Vid. también THAMAN, S., "Spain Returns...", cit. pp. 398 y 505.

cuentemente a imputaciones de diversa intensidad. Contamos así con veredictos en los que el Jurado optó por la calificación más rigurosa de entre las propuestas, sin considerar suficientemente probadas las eximentes, completas o incompletas, aducidas por el fiscal, resoluciones que en ocasiones no pueden ser calificadas más que como sorprendentes<sup>83</sup>.

En la mayoría de las causas en las que se ha llegado a sentencia, sin embargo, la pluralidad de acusadores o no supuso un incremento en la gravedad de la condena con respecto a las peticiones del MF, o no impidió un veredicto absolutorio. Constatado este dato parece coherente estimar que aquella presencia era, cuando menos, redundante, si no directamente superflua.

No podemos pasar por alto entre las consecuencias nocivas del sistema que el ejercicio de la acusación particular puede acarrear una elevación de la cuantía de las costas que el condenado haya de satisfacer, al englobar también los gastos ocasionados por la defensa y representación del acusador particular, con lo que el proceso puede originar en la práctica consecuencias más gravosas (en términos pecuniarios) que las teóricamente pretendidas por el ordenamiento jurídico. Tal imposición se realiza en ocasiones previa valoración de la trascendencia de su intervención a los efectos de la condena, pero lo habitual es que se impongan automáticamente al condenado en aplicación de los arts. 241.3<sup>o</sup> LECrim, 123 y 124 CP<sup>84</sup>. Diferente es lo que sucede con los acusadores populares, ya que la jurisprudencia, con buen criterio, viene mostrándose reacia a repercutir sobre el condenado los gastos generados a su costa<sup>85</sup>.

Parece conveniente aludir también, siquiera someramente, a la producción de irrazonables dilaciones en la tramitación procesal dimanantes de la actuación solapada de varias acusaciones<sup>86</sup>. La práctica reiterativa de diligencias,

---

<sup>83</sup> Así, por ejemplo, el informe del CGPJ estimó inverosímil que un Juzgado no hubiera aceptado la eximente incompleta alegada por el MF, que el Tribunal del Jurado descartó en la causa 1/96 por amenazas y allanamiento de morada seguida en la AP de Barcelona (sentencia de 31 de mayo de 1996). Ver *Informe del CGPJ...* cit. p. 33.

<sup>84</sup> Sólo en el caso de que la acusación haya formulado peticiones no aceptadas y absolutamente heterogéneas con las del MF (SSTS 8 de febrero de 1995, RAJ 832; 26 de noviembre de 1997, RAJ 9773); sea meramente pasiva o de acompañamiento al MF (STS de 30 de noviembre de 1996, RAJ 9773) o sea notoriamente superflua, inviable, inútil o perturbadora (SSTS 27 de diciembre de 1993, RAJ 4800; 2 de febrero de 1994 y 25 de abril de 1995, RAJ 2874) se excluye su importe en la tasación de costas.

<sup>85</sup> SSTS de 21 de febrero de 1995 (RAJ 1417); de 2 de febrero de 1996 (RAJ 788); de 20 de diciembre de 1996 (RAJ 1125 de 1997); 30 diciembre de 1996 (RAJ 8925).

<sup>86</sup> Al respecto vid. CALVO SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> DEL CARMEN, "Incidencia de la participación popular en la Administración de Justicia sobre la duración del juicio oral", *RUDProc.* nº 0, 1988, pp. 97-106.



la utilización abusiva de medios de impugnación, las posibles incomparecencias determinantes de la repetición de convocatorias, etc. podrían ocasionar un trastorno evidente para la economía del tiempo. Es recomendable a este tenor impedir cualquier abuso derivado de la utilización de las facultades procesales propias de los acusadores personados, para lo cual son esenciales tanto las facultades de dirección del instructor o el Magistrado-Presidente como las de oposición por el fiscal a las peticiones que se consideren injustificadas.

La presencia de acusadores privados exige del MF que ocupe simultáneamente, cuando sea menester, la posición de acusación y de defensa, un "salto" realmente difícil. Es requerible por ello una actitud que evite conductas omisivas de los fiscales, que pudieran ser complacientes por pasivas con la intervención de acusadores particulares y desconocedoras de su misión constitucional como defensores de la legalidad (art. 124 CE). Entre sus obligaciones se encuentra la de oponerse a las pretensiones que no consideren ajustadas a derecho (art. 3.4 EOMF), así como la de hacer valer también las circunstancias favorables al imputado (art. 2 LECrim), lo que debería con frecuencia inducirles bien a instar el sobreseimiento o la absolución cuando fuera pertinente, bien a acometer una oposición fundada cuando los cargos imputados estén sobredimensionados o la pretensión resarcitoria fuera desproporcionada.

No podemos desconocer, sin embargo, que en estos momentos existen sólidos fundamentos que nos vendrían a configurar la inexistencia de un monopolio acusatorio como válvula de seguridad para el correcto funcionamiento del sistema. El mayor protagonismo del Ministerio Público en la fase de instrucción<sup>87</sup>, operado en detrimento de facultades asignadas anteriormente al Juez de Instrucción, no se ha visto acompañado ni de reformas orgánicas o funcionales que garantizaran el más adecuado cumplimiento de la función a la que está llamado, ni de un incremento sustancial en las plantillas que permitiese realizar a sus integrantes el trabajo de forma más desahogada. La desconfianza que provoca su factible adscripción a criterios de naturaleza política<sup>88</sup> o simplemente las deficiencias en su funcionamiento, en consonancia con ese papel preponderante de la acusación, abonan el terreno para la aparición de querellantes privados. Las consecuencias de posibles fallos de

---

<sup>87</sup> Exposición de Motivos de la LOTJ (VII, 2): "...las peculiaridades que deben presidir el procedimiento ante el jurado y la oportunidad de que se consolide el principio acusatorio, hacen necesaria la potenciación de las atribuciones del Ministerio Fiscal".

<sup>88</sup> Vid en este sentido FAIRÉN GUILLÉN, V., "Comentarios al «Anteproyecto de Ley del Jurado de 11 de marzo de 1994», *RDProc.* 1994, nº 2, p. 449 y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., "La instrucción en el nuevo proceso penal ante el Tribunal del Jurado (artículos 24-35 LOTJ)", en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. et al., *Comentarios Sistemáticos...*, pp. 140 y s.

la fiscalía en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado son más relevantes que en otros procesos penales, por lo que el interés en intervenir activamente en la posición acusatoria se acrecienta.

Aun así, la razón de ser de esa intervención privada con las amplias facultades que se le asignan en el ordenamiento español, nos parece insuficientemente justificada. A nuestro juicio, las razones que han inducido a mantener e incluso potenciar la intervención de sujetos privados en un papel activo como acusadores en el juicio penal son de naturaleza más histórica, sociológica o política que estrictamente jurídico-procesal. La defensa de los muy legítimos intereses privados de la víctima no tiene por qué encauzarse necesariamente a través de la acusación, sino que bastaría con que revistiera una forma que permitiera la exacta y proporcionada satisfacción del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. En modo alguno aquel interés podría justificarse en la venganza, la coacción o la directa búsqueda del castigo penal del presunto delincuente, sino que debería cifrarse en la restitución, reparación del daño e indemnización por los perjuicios materiales y morales sufridos (arts. 110 y ss. CP). Bastaría por ello según el criterio aquí apuntado con que quedara suficientemente garantizada la facultad de ejercitar una pretensión civil, simultánea o no al proceso criminal, sin que estimemos esencial su contribución al ejercicio de la pretensión penal.

En el caso de la acusación popular su carácter supérfluo es aún más claro, pues el ejercicio de la acción civil está vetado para quienes se sirvan de ella, con lo que es palmaria la coincidencia con el MF en lo que impulsa su actividad: la tutela del interés público en la acusación. No admitiendo esa premisa, tendríamos que aceptar la introducción en el fino mecanismo del proceso penal de otros intereses privados propios de un acusador sin vínculo con la dinámica delictiva, ya fueran plenamente altruistas, ya puramente bastardos. Este último fue el sentido con el que se consolidó la acusación popular en nuestra decimonónica LECrim, una justificación que hoy, a la vista de la misión constitucional del MF y de los principios básicos del proceso penal, debería quedar arrumbada. Sólo desde la desconfianza en la organización o en la actividad de éste es, por consiguiente, comprensible el favorecimiento de su intervención procesal.

Debo reconocer que esta postura se encuentra en franca minoría entre la doctrina procesal, los profesionales del foro y la jurisprudencia españoles, apegados a la concepción de un "derecho a acusar" en ocasiones sacralizado hasta el extremo y conscientes -como yo- del cúmulo de deficiencias e insuficiencias de organización y funcionamiento en el Ministerio Público. Pero estimo que, salvadas estas trabas mediante las oportunas reformas legales que incluyeran fórmulas de efectivo control externo e interno de la actividad de la fiscalía, y garantizado suficientemente los legítimos derechos de la víctima,

incluso con plena participación activa en el proceso civil acumulado al penal, el ejercicio de la pretensión penal por particulares en los amplios términos con que se prevé en la actualidad, carece de sentido<sup>89</sup>.

Quizá, por todo ello, la conclusión de esta ponencia sea que la intervención de unos pocos miembros de la sociedad en la administración de la justicia, en tantas ocasiones propagada y percibida como forma para mejorarla o como solución a un problema de legitimación inherente a todo el sistema, vendría a revelar con demasiada frecuencia un ánimo de desviar nuestra atención. Por un lado, dejando de lado los verdaderos problemas de la Justicia contribuyendo a lastrar su resolución y, por otro, incluso, denotando una preocupante incapacidad para vertebrar desde instancias públicas la generalidad de los intereses sociales de los que la ley penal y procesal debe ser expresión.

---

<sup>89</sup> Soy consciente de los riesgos de realizar una afirmación de esta contundencia sin mayor aporte fundamentador, por lo que para un desarrollo extenso de estos argumentos debo remitirme una vez más a mi obra *La acusación popular*, cit.

# La presunción de inocencia: Las exigencias de licitud y regularidad en la actividad probatoria

Nicolás Cabezado Rodríguez  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Valladolid

## I. Introducción: Concepto de prueba y de actividad probatoria

Antes de abordar aspectos tales como licitud y regularidad probatoria se hace necesario fijar ciertos conceptos que, en relación con este tema, nos servirán como base sobre la que construir nuestra argumentación. En buena medida la noción de actos de prueba o de actividad probatoria y de la prueba, en sí misma considerada, predeterminará las conclusiones que se alcanzarán en este trabajo<sup>1</sup>.

Por actos de prueba o actividad probatoria cabe entender aquélla que, dentro del proceso, desarrollan primordialmente las partes contendientes, aunque también el órgano jurisdiccional, dirigida a obtener la convicción del juzgador sobre los hechos afirmados por las primeras en cuanto a la existencia o no del delito y la participación de su autor, así como acerca de su responsabilidad civil o de la de un tercero, intervenida por el órgano jurisdiccional con absoluto respeto de las garantías constitucionalmente previstas tanto en su

---

<sup>1</sup> Principales abreviaturas jurídicas utilizadas en este trabajo: art/s. (artículo/s); C.E. (Constitución Española); C.E.D.H. (Convenio Europeo de Derechos Humanos); C.P. (Código Penal); E.O.M.F. (Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal); F.J. (fundamento jurídico); L. (Ley); L.E.C. (Ley de Enjuiciamiento Civil); L.E.Crim. (Ley de Enjuiciamiento Criminal); L.O. (Ley Orgánica); L.O.P.J. (Ley Orgánica del Poder Judicial); M.F. (Ministerio Fiscal); P.I.D.C.y P. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); R. (repertorio de jurisprudencia de la editorial Aranzadi); R.D. (Real Decreto); T.C. (Tribunal Constitucional, precedido de S. o SS. se referirá a sentencia/s de este órgano); T.E.D.H. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, precedido de S. o SS. se referirá a sentencia/s de este órgano); T.S. (Tribunal Supremo, precedido de S. o SS. se referirá a sentencia/s de este órgano); \_U.S.\_ (repertorio de sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica, el número anterior a las siglas se corresponde con el volumen, el posterior con la página en que se inicia la sentencia).

obtención como en su ejecución. La noción, pues, de actividad probatoria presenta sólo los problemas que derivan de su confusión con el concepto de prueba producto de la vulgarización del mismo.

Pues bien, en la clarificación del concepto de lo que es y constituye la prueba, debe darse respuesta a una serie de interrogantes, a saber: “quién prueba”, “cómo”, “cuándo” y “para qué”<sup>2</sup>. Son varios los aspectos que deben ser comentados:

Principiando por “quién prueba”, debemos distinguir entre “quién” lleva a cabo, en sentido estricto, esta labor, consistente en la comparación entre las afirmaciones fácticas introducidas en el proceso, sobre las que han incidido los medios de prueba propuestos y practicados, y su realidad, cosa que compete exclusivamente al Juez; de “quien introduce las fuentes de prueba a través de los medios normativamente previstos”, que, con matices en el marco del proceso penal, suelen ser las partes. En el sentido de esta última afirmación, estando orientada la prueba, de acuerdo con establecido en los arts. 701.VI y 726, al “mayor esclarecimiento de los hechos” y al “más seguro descubrimiento de la verdad”, el principio de aportación de parte, por el cual se limitaría el conocimiento judicial al material aportado por las partes, cederá en relación de la actividad probatoria en favor del principio de investigación de oficio. Con base en este último principio, además de las diligencias de prueba propuestas por las partes y admitidas por el órgano jurisdiccional se practicarán también las que el Tribunal estime necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación (art. 729.2º) o, estimamos nosotros, introducidos posteriormente en los términos del art. 746.5º.I. Además el Tribunal examinará por sí mismo la prueba documental (art. 726), podrá disponer de oficio la diligencia de careo (art. 729.1º) o dirigir a través del Presidente las preguntas que considere pertinentes a los intervinientes en la prueba (art. 708.II). Ahora bien, la actividad probatoria, además, sólo podrá recaer sobre los hechos afirmados por las partes en sus escritos de calificación. El Tribunal no estará autorizado para introducir hechos distintos de los anteriores. Es más, la introducción de hechos nuevos provocará la suspensión del juicio oral, debiéndose practicar una nueva instrucción y calificación (art. 746.6º).

A la pregunta de “cómo” debe llevarse a cabo la actividad probatoria, ha de darse dos respuesta interrelacionadas. Por un lado, la prueba exige la intervención de un órgano jurisdiccional, imparcial e institucionalmente dotado de independencia. Por otro, la “verdad” a la que, por mediación de la actividad

---

<sup>2</sup> Acerca del concepto de prueba véase PEDRAZ PENALVA, E., “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (“La instrucción del sumario y las diligencias previas”), Madrid, 1998, págs. 15-20.

probatoria, llega el juez no se puede obtener a cualquier precio, sino que, como veremos, la prueba se encontrará limitada por el respeto obligado de los derechos que amparan a las personas. Esta limitación va a afectar tanto al acto de obtención de la prueba (ej.: no son válidas las confesiones obtenidas mediante la tortura) como al modo en que ésta se lleva cabo en el juicio oral. En relación con este último aspecto el debido proceso (art. 24.2 C.E.) exigirá que la prueba se practique con absoluto respeto del principio de contradicción, en un juicio oral público, regido por el principio de igualdad entre las partes intervinientes. Ello abrirá camino a la consideración de uno de los aspectos a tratar en este trabajo: la presunción de inocencia y la denominada prueba ilícita.

En relación con “cuándo” se prueba, la respuesta viene de la mano de lo previsto en el art. 741.I, donde se establece que la actividad decisora del Tribunal sólo puede recaer sobre «*las pruebas practicadas en juicio*». De resultas, podemos sentar el principio de que los únicos actos de prueba son los que se practican en el juicio oral, bajo la intermediación del órgano decisor<sup>3</sup>. Esta será la actividad probatoria que calificamos como “regular” o “auténtica”. Tal exigencia decaerá exclusivamente en lo que en puridad puede calificarse como “prueba preconstituida”, así como los supuestos de irreproducibilidad de una diligencia instructora. (art. 730) o de contradicción (art. 714), a los que ya nos referiremos.

Y, por último, en cuanto a la finalidad de la actividad probatoria, esto es, el “para qué”, su objetivo será el de formar la convicción del juzgador acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación de su autor, con todas las circunstancias que sobre él confluyeron, tal y como se derivan de las afirmaciones parciales de los contendientes. Se distinguen, pues, los actos de prueba de los actos de investigación sumarial que, como ya sabemos, se orientan, más bien, a “esclarecer los hechos” preparando, si hubiere lugar, el juicio oral. Este último punto, no obstante será abordado con mayor profundidad más adelante.

## II. La presunción de inocencia

Con la presunción de inocencia se cierran las garantías específicas referidas al proceso penal como se enumeran en el art. 24.2 E. Este principio, que se proyecta sobre todo el proceso, comporta una posición de ventaja del imputado que, en consonancia con sus derechos a no declarar en su contra, a no confesarse culpable y a guardar silencio, se ve exonerado de realizar

<sup>3</sup> Son muy numerosas las ocasiones en que el T.C. se ha manifestado en este sentido. Véanse, entre otras las SS.T.C. 42/1999, 68/1998, 228/1997, 169/1996, 131/1995, 246/1994, 94/1992, 118/1991, 169/1990, 201/1989, 283/1984.

actuación alguna para probar su inocencia. En este sentido, podemos definir la presunción de inocencia como «*el derecho público, autónomo e irreversible de que está investida toda persona física acusada de un delito consistente en desplazar sobre las parte acusadora, la carga cumplida de los hechos de la acusación viniendo obligado el Juez o Tribunal a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar*»<sup>4</sup>.

Siendo consustancial al debido proceso, la denominada “presunción de inocencia” no responde al concepto técnico de presunción, que exige la existencia de un hecho base, el cual una vez acreditado tiene como consecuencia precisamente la afirmación de tal presunción. Antes al contrario, constituye una regla de juicio o principio legal que impone un determinado mecanismo procesal para poder infringir el daño que para el sujeto pasivo del proceso comporta el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Implica, pues, una reacción frente al proceso inquisitivo, por cuanto la presunción de inocencia, en combinación con el principio *in dubio pro reo*, desplaza cualquier clase de gradación de la prueba en orden a determinar la gravedad del castigo, para imponer la exigencia de la prueba plena respecto a las afirmaciones fácticas formuladas por la acusación. En este sentido, cabe coincidir con Vegas Torres<sup>5</sup> cuando afirma que se trata de un concepto fundamental en torno al cual gira un modelo de proceso penal de corte liberal, que se dirige a consolidar ciertas garantías del acusado frente a la actuación punitiva del Estado. La condena de éste pasará por que sea oído y vencido en juicio, pero además será la acusación quien, conforme al debido proceso, debe provocar en el órgano jurisdiccional el convencimiento, “más allá de toda duda razonable”, de su culpabilidad en relación con el delito que se le imputa.

La presunción de inocencia objetivará la carga que, en orden a lograr la condena del acusado, debe soportar la acusación, integrando sus alegaciones fácticas mediante una mínima actividad probatoria de cargo, lícita y regular, cuya valoración corresponderá al órgano jurisdiccional. Es posible acotar las exigencias que se derivan de este principio, cuando menos, en un triple sentido:

- a) “Mínima actividad probatoria” que, teniendo en cuenta que la prueba no podrá nunca interpretarse en términos cuantitativos, comporta la imposibilidad de utilizar el conocimiento privado, extraprocesal, o, incluso meras impresiones o apariencias que tuviera el Juez como base para la senten-

---

<sup>4</sup> GUERRA SAN MARTÍN, J. BELLOCH JULBE, J.A.; TORRES y LÓPEZ de la CALLE, E, “El derecho a la presunción de inocencia”, en *La Ley*, T. IV, 1982, pág. 1185.

<sup>5</sup> *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el proceso penal*, Madrid, 1992, págs. 38-46.

cia, con la excepción del conocimiento que emana de los denominados hechos notorios o máximas de experiencia.

- b) “De cargo”, esto es, en un sentido incriminador, dirigida a acreditar cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal, como también la participación que tuvo el sujeto pasivo en tales hechos.
- c) Y, finalmente, “licitud y regularidad” de la prueba incriminatoria, que trae a colación, además de la exclusión de la denominada prueba ilícita, la exigencia de que su práctica se lleve a cabo en el juicio oral, bajo la inmediatez del Juez sentenciador. Este último requisito puede enunciarse de forma negativa en el sentido de que ni las diligencias sumariales, con la salvedad de los casos excepcionalmente previstos en la LECrim, ni, por supuesto, las policiales o las llevadas a cabo por el M.F., servirán para controvertir la inocencia del acusado si no son traídas a la causa y sometidas al preceptivo contradictorio.

Íntimamente relacionado con la presunción de inocencia, el principio “*in dubio pro reo*” no debe, sin embargo, confundirse con el primero, ya que los campos de aplicación de ambos difieren. De este modo, el principio “*in dubio pro reo*”, cuya relevancia constitucional ha sido tajantemente negada por el T.C.<sup>6</sup>, impondrá sobre el juzgador la obligación de exonerar al encausado si albergara dudas acerca de su culpabilidad sobre los hechos que se le imputan. Para ello nada más adecuado que acudir al Supremo intérprete constitucional, que en la S.T.C. 44/1989, de 20 de febrero, afirmaba: «*existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurrente aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate*» (F.J. 2º)<sup>7</sup>. En relación con este punto, finalmente, cabe confirmar que el ámbito subjetivo en que se desenvuelve el principio de “*in dubio pro reo*” imposibilitará, contrariamente a lo que ocurre con la “presunción de inocencia”, que sea controlada su aplicación jurisdiccionalmente, salvo lo que se prevé en el número 2º del art. 849 L.E.Crim. para el recurso de casación. Clarificado este aspecto, serán la licitud y la regularidad de la prueba las que centren el análisis que a continuación se desarrolla<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> S. 138/1992, de 13 de octubre, F.J. 2º.

<sup>7</sup> En el mismo sentido las SS.T.C. 108/1995, de 3 de julio, F.J. 4º; y 63/1993, de 1 de marzo, F.J. 4º.

<sup>8</sup> La conceptualización de la presunción de inocencia en el marco del C.E.D.H. -«*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*» (art. 6.2 C.E.D.H.)- y en la jurisprudencia del T.E.D.H. difiere enormemente de la que resulta del ordenamiento jurídico español y de su



Para finalizar este apartado debe hacerse mención del debatido tema de la carga de la prueba en el proceso penal. En el proceso civil las normas sobre la carga de la prueba vienen a dilucidar: por un lado, a cuál de las partes le corresponderá el desarrollo de la actividad probatoria para no verse perjudicado en sus intereses (carga subjetiva de la prueba o en sentido formal); y de otro, qué afirmaciones de hechos deben considerarse acreditadas y, en consecuencia, qué resolución debe pronunciarse (carga objetiva de la prueba o en sentido material)<sup>9</sup>. Pues bien, en el marco del proceso penal no sólo a raíz de la vigencia del principio de investigación oficial, que hace inoperantes las normas de la carga de la prueba en sentido formal, sino también como consecuencia de la aplicación de los otros principios enunciados en este apartado: la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, que resolverán el problema de la carga material al determinar que la falta de prueba de la culpabilidad equivaldrá a la prueba de la inocencia, podemos concluir negando la operatividad de estas normas<sup>10</sup>.

### III. La licitud probatoria

Apostilla Schonke que las teorías acerca de la licitud probatoria centran el conflicto vigente en el proceso penal<sup>11</sup> entre el objetivo de búsqueda de la

---

plasmación en la doctrina del T.C. y T.S., afectando, antes que a los términos referidos, al fuero interno del Tribunal sentenciador o de alguno de sus miembros. En este sentido, se considerará infringido el art. 6.2 C.E.D.H. cuando el Tribunal o alguno de sus miembros revelen una idea preconcebida de la culpabilidad del acusado. Esto es, el T.E.D.H. estará más preocupado por garantizar la imparcialidad del juzgador que en verificar el cumplimiento de los requisitos consustanciales a la "presunción de inocencia" en los términos que hemos referido. De ahí la escasa utilidad que reviste en nuestra exposición. Ello motivará que nuestras referencias a las sentencias emanadas del T.E.D.H. sean también pocas, y existiendo, no relativas a la presunción de inocencia sino, más bien, a otros aspectos, señaladamente a la doctrina en materia probatoria. Acerca de la presunción de inocencia en la jurisprudencia del T.E.D.H. véase LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *El Convenio, El Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Madrid, 1991; ORTELLS RAMOS, M., "Jurisprudencia del T.E.D.H. sobre el art. 6 del C.E.D.H. en el proceso penal", en *Justicia* 93, nº. II, págs. 215-222.

<sup>9</sup> Véase acerca de la carga de la prueba en el proceso civil mi trabajo "La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil", en *Poder Judicial*, nº. 52, cuarto trimestre de 1998, págs. 241-279.

<sup>10</sup> No faltan, quienes como MASCARELL NAVARRO, "La carga de la prueba y...", op.cit., págs. 619-626, afirmen que la presunción de inocencia actuará como regla objetiva aplicable a la carga de la prueba, predeterminando que la existencia de alguna duda, «ya sea sobre los hechos constitutivos, extintivos o impeditivos debe beneficiar al acusado».

<sup>11</sup> Debe, no obstante, postularse las mismas restricciones probatorias en todo proceso, sea penal, civil, o de cualquier otra naturaleza. En este sentido, PASTOR BORGONÓN, B., "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", en *Justicia* 86, II, pág. 347.

verdad y el respeto de los derechos que amparan al ciudadano<sup>12</sup>. Esta “verdad”, que no es otra sino la formalmente subjetiva que alcanza el juzgador llegue o no a su plena convicción más allá de toda duda razonable de la culpabilidad del acusado, posibilitará o impedirá el ejercicio del *ius puniendi* que sólo pertenece al Estado.

No se suscita, en este punto, la necesidad de optar entre un interés público y otro privado, por cuanto se trata de dos intereses de naturaleza pública: de un lado, el ejercicio del *ius puniendi*; de otro, el respeto del ordenamiento jurídico<sup>13</sup>. Tampoco la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida es el resultado de una opción política, contrariamente a lo que ocurre en el derecho norteamericano, sometida pues a las fluctuaciones inherentes a cualquier acto de esa naturaleza, sino una exigencia constitucional que se conecta con el derecho fundamental a la “presunción de inocencia”<sup>14</sup>.

En el sentido antedicho, la “doctrina de exclusión de la prueba ilícita” — “exclusionary rule doctrine”— construida por la Corte Suprema norteamericana y dirigida a prevenir el comportamiento ilegal de los agentes de la autoridad, partiendo de lecturas más garantistas, ha sufrido desde la década de los años 60 sucesivas matizaciones como reacción frente al irrefrenable incremento de la criminalidad, y, paralelamente, a la extensión de un sentimiento popular de denuncia contra la presunta “benevolencia” con la que eran tratados los delincuentes<sup>15</sup>. Este proceso ha cristalizado en dos excepciones

<sup>12</sup> Así, SCHONKE, A., “Límites de la prueba en el Derecho procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1955, págs. 373-378.

<sup>13</sup> En este sentido, CACHÓN VILLAR, P., “La prueba ilícitamente obtenida (Reflexiones en torno al art. 11.1 L.O.P.J.)”, separata del discurso leído en el acto de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, 20 de diciembre de 1990, pág. 13, opondrá “la búsqueda de la verdad” y el respeto del ordenamiento jurídico.

<sup>14</sup> Vid. DÍAZ CABIALE, J.A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del CGPJ, Madrid, 1991, págs. 118-119.

<sup>15</sup> El problema de la “prueba ilícitamente obtenida” venía siendo afrontado por la Corte Suprema norteamericana desde finales del siglo XIX, arrancando de su secular negación, sentada en el “common law”, en que los Tribunales consideraban intrascendente el modo en que fuera obtenida la prueba. De este modo, en *Adams v. New York*, 192 U.S. 585, pág. 594 (1904), se afirmaba que «*the weight of authority as well as reason limits the inquiry to the competency of the proffered testimony, and the courts do not stop to inquire as the means by the evidence was obtained*». Desde *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886), asistimos a un proceso expansivo de la “norma de exclusión” que culminará con *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961) y su progenie de casos. Este momento representa el de máximo apogeo de la norma al proclamar la nulidad de las pruebas obtenidas mediante una entrada y registro ilegal, considerando aplicable además este principio a cada uno de los Estados federados por el cauce del debido proceso de la XIVª Enmienda. La definitiva consolidación de la norma se producirá con su expansión material a la prueba obtenida

a la “norma de exclusión”: la “balancing test doctrine”, por la que, con fundamento en el pretendido objetivo de la “norma de exclusión” de prevenir las actuaciones ilegales de la Policía, se postula que la exclusión de pruebas ilícitas exigirá valorar en cada caso si con ello se contribuiría positivamente a la consecución de aquel fin<sup>16</sup>; y la “good faith exception”, por la que no se aplicaría la “norma de exclusión” de la prueba cuando la Policía, habiendo actuado incorrectamente, no obstante, lo hicieran de buena fe, en la creencia de que estaban autorizados para realizar las acciones que consumaron<sup>17</sup>. Diferenciadamente, el legislador continental ha resuelto el conflicto pronunciando una norma rígida de exclusión en favor del ordenamiento jurídico, de forma que los derechos fundamentales van a conformar el límite más perentorio de la actividad probatoria desenvuelta en el proceso, independientemente de quién fuera el sujeto actuante, autoridad o particular<sup>18</sup>.

En el proceso de clarificación de este concepto se descubrirá un doble efecto: negativo, que dará lugar a la imposibilidad de aportación y valoración en el proceso; y positivo, que se concreta en la obligación concerniente a todos

---

con violación del derecho a no autoincriminarse - Vid.: *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Coolidge v. N.H.*, 403 U.S. 443 (1971)-y a la asistencia letrada - Vid.: *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964); *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263 (1967); *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977)-. Tradicionalmente, las dos posturas doctrinales acerca de la admisión o inadmisión de la prueba ilícita vienen representadas por dos Magistrados de la Corte Suprema estadounidense que se sucedieron en el tiempo: CARDOZO, que avalaba la aceptación de la prueba ilícitamente obtenida, sin perjuicio de la sanción que debería recaer como medio disuasorio sobre quien la obtuviera; y HOLMES, para quien el modo más efectivo de prevenir abusos en la obtención de la prueba sería su no admisión en juicio. Sobre éstos véase SCHWARTZ, B., *Los diez mejores Jueces de la historia norteamericana*, Madrid, 1980, págs. 55 y ss., y 66 y ss. Vid. también: LaFAVE, J.H., e ISRAEL, W.R., *Criminal Procedure (Constitutional limitations)*, St.Paul (Minn.), 1988, págs. 250-327; MILLER, F.W.; DAWSON, R.O.; DIX, G.E.; PARNAS, R.I., *Criminal Justice Administration*, Westbury (N.Y.), 1991, págs. 16-63; SALTZBURG, S.A., *American Criminal Procedure*, St.Paul (Minn.), 1989, págs. 337-402.

<sup>16</sup> Vid.: *United States v. Calandra*, 441 U.S. 338 (1974); *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976).

<sup>17</sup> Vid.: *United States v. Leon*, 468 U.S. 879 (1984); *Massachusetts v. Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984); *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987).

<sup>18</sup> Posición mayoritaria entre la doctrina. Así: PEDRAZ PENALVA, E., “Apuntes sobre la prueba pericial en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, nº. 2, 1994, pág. 363; LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Oviedo, 1989, págs. 99 y 133-134; PASTOR BORGONÓN, “Eficacia en el proceso...”, op.cit., págs. 364-347; VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia...*, op.cit., págs. 207-208; GONZÁLEZ MONTES, J.L., “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1990-1991, pág. 39. Vid. también S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, F.J. 4º. No obstante, no se entiende injerencia ilegal la llevada a cabo por un particular cuando aporta al proceso una conversación gravada en la que hubiera personalmente intervenido. *Ibidem*.

de respetar el mandato constitucional<sup>19</sup>. Por otra parte, y aunque hemos subrayado la diversa fundamentación de la “norma de exclusión” en el derecho continental respecto a la construcción de la Corte Suprema norteamericana, veremos ciertas correspondencias con la normativa vigente en los EE.UU., si no con respecto a la teoría general, sí en relación con algunas particularidades de la misma, como las referidas a la “doctrina del fruto del árbol venenoso o emponzoñado”.

## 1. El ámbito material protegido

Aunque invirtiendo los términos del precepto enunciado en el art. 11.1 L.O.P.J.: «no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos y libertades fundamentales», nuestra exégesis principiará con un intento de acotar el ámbito material protegido, esto es, los “derechos y libertades fundamentales”, incluso ampliando la protección frente a aquellas conductas vulneradoras de la legalidad ordinaria<sup>20</sup>.

En este punto, disentimos de la delimitación que se lleva a cabo desde la conocida como “teoría de la ponderación de los intereses en conflicto”<sup>21</sup>. Para los partidarios de esta corriente doctrinal el comportamiento ilegal en la obtención de la prueba sería merecedora de diverso tratamiento según el ámbito del ordenamiento jurídico que se viera afectado. En esta línea, la “prueba prohibida”, en sentido estricto, carente de efectos probatorios, vendría a identificarse con aquella en cuya obtención se hubieren transgredido los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución, no obstante, entendiendo dentro de esta categoría exclusivamente los de la Sección Primera del Capítulo Segundo, Título I —bajo la rúbrica: “Derechos y libertades”—. En el vértice opuesto en cuanto a su tratamiento procesal, se situaría la actividad probatoria que vulnera otras parcelas del ordenamiento jurídico, tuviera éste naturaleza constitucional —los derechos y libertades no acogidos en la sección antedicha—, o meramente legal. Para estos autores tales transgresiones no afectarían a la posible valoración de los resultados probatorios obtenidos, siendo apta para enervar la presunción de inocencia, desde luego, sin perjuicio de las sanciones civiles, administrativas o penales que pudieren corresponder a la persona responsable de esta actuación<sup>22</sup>. Tal

<sup>19</sup> LÓPEZ BARJA de QUIROGA, *Las escuchas telefónicas...*, op.cit., pág. 100.

<sup>20</sup> El propio T.S. no ha sido especialmente claro en su doctrina, inclinándose en ocasiones por una interpretación estricta del ámbito material protegido (S.T.S. de 29 de abril de 1995 -R. 3027), mientras en otras, las menos, se ha decantado por considerar ilícita también la prueba obtenida en infracción de las normas procesales ordinarias (S.T.S. de 24 de febrero de 1990 -R. 1616).

<sup>21</sup> Debemos subrayar la correspondencia, cuando menos textual, de la teoría de la Corte Suprema norteamericana que hemos denominado “balancing test doctrine”.

<sup>22</sup> Así, con escasos matices: PASTOR BORGONÓN, “Eficacia en el proceso...”, op.cit., págs. 347-349; GONZÁLEZ MONTES, “La prueba obtenida ilícitamente...”, op.cit.,

conclusión se alcanzaría —se dice— en aras «*del interés público en la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en que se incardina el derecho de las partes a la prueba*». Desde esta perspectiva, el valor relativo de los intereses en conflicto permitiría decantarnos por aquéllos cuya importancia fuera presumiblemente mayor: la “búsqueda de la verdad” e, instrumentalmente en relación con aquél, el “derecho a la prueba” ostentarían un carácter preponderante sobre otros intereses: en primer lugar, la protección de aquellos derechos que se califican como “no fundamentales”—cuyo ejemplo más representativo sería el derecho a la propiedad<sup>23</sup>—; en segundo, el respeto de la legalidad ordinaria. Esta teoría, no obstante, puede ser válidamente cuestionada desde la propia literalidad de la norma, que recordemos fija el ámbito material protegido en los “derechos y libertades fundamentales”.

En primer lugar, la “teoría de la ponderación de los intereses en conflicto” se asienta en una concepción de los “derechos fundamentales” que no compartimos, y que atiende a la clase de protección que se depara a determinados derechos, señaladamente en España por medio del recurso de amparo, para que éstos sean calificados como fundamentales o no<sup>24</sup>. Como afirmaba Rubio Llorente en su voto particular a la S.T.C. 26/1987, de 27 de febrero: «*esta concepción...obligaría a negar la existencia de derechos fundamentales en todos aquellos sistemas jurídico-constitucionales (la mayoría de los existentes en la Europa occidental, por ejemplo) en los que no existe esta vía procesal*»<sup>25</sup>. No obstante y aunque las tesis difieran según nos situemos en posturas de marcado positivismo o de dominante componente iusnaturalista, la doctrina constitucional viene a identificar como derechos fundamentales, bá-

---

pág. 31; PICO i JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997, págs. 147-148; SAINZ de ROBLES RODRÍGUEZ, F.C. y ALCABAR LÓPEZ, J.L., “El derecho a la prueba”, en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1983, pág. 603; DÍAZ CABIALE, *La admisión...*, op.cit., págs. 129-131; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Prueba ilegítimamente obtenida”, en *La Ley*, 1990-1, pág. 1200. Estos autores suelen citar en apoyo de su tesis la S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, F.J. 4º, anterior a la L.O.P.J., cuando en esta sentencia el T.C. no pretendía en modo alguno fijar una doctrina general acerca de la ilicitud probatoria, sino como se afirma expresamente en su F.J. 4º «*constatarla resistencia frente a la misma de los derechos fundamentales*».

<sup>23</sup> Al respecto de la caracterización del derecho a la propiedad como derecho fundamental, véase en general REY MARTÍNEZ, F., *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid, 1994.

<sup>24</sup> Argumento referido por PASTOR BORGONÓN, “Eficacia en el proceso...”, op.cit., pág. 348.

<sup>25</sup> Convenimos con CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 25, enero-abril, 1991, págs. 37-40, en que «*la utilización claramente antifibológica*» de la expresión “derechos fundamentales” por parte del T.C. ha dificultado aún más si cabe la clarificación de tal concepto.

sicamente, la totalidad de los contenidos en el Capítulo Segundo, conformando una única categoría. Los argumentos, como decimos, son diversos, tanto como adjetivar de “accidentales”, bien la tutela judicial reforzada mediante el recurso de amparo o la reserva de ley orgánica, descansando, pues, la fundamentalidad del derecho en la indisponibilidad de su contenido esencial, como afirma Cruz Villalón<sup>26</sup>; bien atribuyendo aquel calificativo también a la indisponibilidad legislativa, como considera Solozabal Echevarría<sup>27</sup>, para confirmar que su fundamentalidad derivaría «*de su relación...con la dignidad y la libertad de la persona humana*», pues, «*los derechos fundamentales se protegen por su importancia, pero, obviamente, no deben su importancia a su protección*». No constituye este aspecto el objeto central de nuestro análisis, y somos conscientes de la polémica que trae consigo la mera definición de “derecho fundamental”, pero sí entendemos que ésta es la interpretación constitucionalmente más correcta. Concluimos pues que, desde esta perspectiva, la distinción que pretenden los partidarios de la denominada “teoría de la ponderación de los intereses en conflicto” deviene espúrea, por cuanto, recordemos, el artículo citado contiene un mandato -«*no surtirán efectos las pruebas obtenidas...violentando los derechos y libertades fundamentales*»- y, en consecuencia, no otorga facultad alguna para discriminar entre unos derechos y otros, sino, antes al contrario, anula sin paliativos el resultado probatorio obtenido<sup>28</sup>.

En segundo lugar, la teoría citada acude a un silogismo para argumentar su tesis que decae en su premisa mayor, lo que le torna inaceptable en sus conclusiones. De esta forma, se atribuye al “derecho a la prueba” un carácter absoluto que le permite sobreponerse a la eventual infracción de las normas

<sup>26</sup> Ibidem, pág. 40. En la misma línea AGUIAR de LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº. 14, 1993, pág. 10.

<sup>27</sup> SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J.J., “La teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº. 71, enero-marzo, 1991, pág. 92.

<sup>28</sup> De este modo, tomando como punto de referencia exclusivamente los derechos fundamentales PEDRAZ PENALVA, E., “El derecho a la libertad y seguridad (art. 5 C.E.D.H.)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial (“La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”)*, Madrid, 1993, págs. 77-78, distingue entre la prueba prohibida y la prueba ilícita, *stricto sensu*. Considerando pues la intangibilidad, *ab initio*, afirmada y por lo tanto el desvalor del resultado que se hubiera obtenido mediante su violación; hemos de reconocer que por su naturaleza vamos a poder diferenciar entre aquéllos que conforman un núcleo irreductible, caracterizado por su indisponibilidad, y aquellos otros, que, de acuerdo con el cumplimiento de determinadas pautas legales, son susceptibles de constricción. En este orden de ideas, la prueba prohibida sería la que en sí misma atenta directamente contra aquel núcleo irreductible; mientras que la ilícita vendría definida porque siendo legítima si se cumplieran las normas previstas para su realización, deviene injusta, precisamente, por la transgresión de éstas.

legales en su obtención, para reconocer eficacia probatoria a lo obtenido de este modo. Cuestionamos, y con ello nos adherimos a lo manifestado por López Barja de Quiroga<sup>29</sup>, que en nuestra Constitución se reconozca un derecho absoluto a la prueba, que debe interpretarse en sus justos términos, como “prueba legal”. Y ello porque la conclusión contraria implicaría una ruptura de plano a la vez tanto de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, ambos de incuestionable dimensión constitucional (art. 9.1 y 3 C.E.), como del general que declara que “el dolo no puede aprovechar a la persona que lo utiliza”<sup>30</sup>, cuando no se estaría vulnerando, como pone de relieve el autor citado<sup>31</sup>, el derecho al proceso, al debido proceso, tal y como se configura en el art. 24.2 C.E.<sup>32</sup>.

Esta última exigencia constitucional no puede ser pervertida, ni siquiera en orden a la obtención de una verdad, que sólo puede ser entendida en clave formal. Y ello, «no sólo por la imposibilidad cognoscitiva de la verdad material absoluta, al menos a través del proceso, sino por los riesgos que tan soberbia pretensión conlleva»<sup>33</sup>. De este modo se manifiesta Hassemmer al afirmar que «la verdad no es la meta de la fase de producción en el proceso penal. La meta es más bien la obtención formalizada de la verdad»<sup>34</sup>. Lo que —añadimos nosotros— es imposible de alcanzar al margen de la legalidad. No podemos olvidar la trascendencia de las normas procesales en la realización de los principios constitucionales ínsitos en el debido proceso. De este modo, la vulneración de normas legales en sede procesal, cuando ésta fuera causante directa o indirectamente de la indefensión de alguna de las partes — como cuando se incumplen las reglas reguladoras de los actos de notificación, o se excluye al imputado de la práctica de una diligencia...—, subvertirá las garantías constitucionales que amparan a los justiciables, incurriendo pues en una ilicitud probatoria. En conclusión, y a pesar de la postura deslegitimadora que trasciende desde el T.S.<sup>35</sup>, podríamos cuestionarnos si

<sup>29</sup> *Las escuchas telefónicas...*, op.cit., págs. 11 y 135-145.

<sup>30</sup> Véase este argumento en SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, V. II, Madrid, 1964, pág. 70, que también suscriben MONTÓN REDONDO, A., *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977, pág. 174; y SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El derecho a la prueba en el proceso civil español”, en el *Libro Homenaje a Jaime Guasp*, Granada, 1984, pág. 570.

<sup>31</sup> *Las escuchas telefónicas...*, op.cit., págs. 134-135.

<sup>32</sup> De este modo, estimamos insuficiente la argumentación de en la línea de ASECIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op.cit., pág. 79, quien partiendo de la primera clasificación, se limitará a constatar la existencia de un vacío legal en orden a la protección de los supuestos encuadrables en la segunda categoría, sugiriendo que estas situaciones deberían ser merecedoras de amparo, en ocasiones, desde la perspectiva de la presunción de inocencia.

<sup>33</sup> GIMÉNEZ PERICAS, A., “Sobre la prueba ilícitamente obtenida”, en *Cuadernos de Derecho Judicial (La prueba en el proceso penal)*, Madrid, 1995, pág. 283.

<sup>34</sup> HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho penal*, Barcelona, 1984, pág. 190.

<sup>35</sup> Vid. S.T.S. de 22 de noviembre de 1995 (R. 8952), F.J. 2º.

las partes, a la vista de los principios que se verían afectados, no serían merecedoras de la protección que les depara el art. 11.1 L.O.P.J. —siendo indiscutible que situaciones como las relatadas serían encuadrables en los supuestos del art. 238 del mismo texto legal, si éstos tuvieran naturaleza procesal—. Sin duda, el Estado ostenta un interés en el descubrimiento de la verdad, que para la acusación consistirá, en último término, en lograr el convencimiento del juzgador, “más allá de toda duda razonable”, acerca de la existencia del hecho punible y de la participación del sujeto inculpado en su comisión, pero no podemos admitir que este interés se satisfaga a cualquier precio.

De este modo, ya Beling, tomando como punto de partida el principio de que «*el interés procesal penal es superado a veces por intereses opuestos*», confirmaba la existencia de ciertas prohibiciones probatorias que él dividía en “absolutas”, que proscriben toda prueba sobre un determinado tema, y “relativas”, que vendrían a excluir ciertos medios de prueba, sin impedir al Juez esclarecer el hecho por otros medios<sup>36</sup>. En el trámite de delimitar el alcance de estas prohibiciones probatorias (*Beweisverbote*), es común distinguir los siguientes supuestos<sup>37</sup>:

- a) Prohibiciones referidas al tema probatorio.- Determinados hechos no pueden ser objeto de prueba, como por ej. los secretos de Estado.
- b) Prohibiciones referidas a los medios de prueba.- Proscriben la utilización de determinados medios de prueba, como por ej. determinadas investigaciones corporales.
- c) Prohibiciones referidas al método probatorio.- Para la obtención de pruebas no podrán ser utilizados determinados métodos, como por ej. la tortura.
- d) Prohibiciones de prueba relativas o condicionadas.- Ciertas pruebas condicionan su validez a la intervención de determinados sujetos o a su realización por el modo prescrito, como por ej. las injerencias corporales sólo podrán ser practicadas por un médico.

Cada una de estas situaciones, que interesan por igual preceptos constitucionales y legales, gozarían de amparo. En conclusión estimamos que el ámbito material protegido trasciende la mera enunciación del art. 11.1 L.O.P.J., resultado proscriba la valoración en términos probatorios tanto de aquella actividad que se llevó a cabo con vulneración de los derechos fundamentales, entendiendo por tales todos los contenidos en el Capítulo II del Título Primero de nuestra Constitución, como la que infrinja la legalidad ordinaria<sup>38</sup>. Con ello

<sup>36</sup> BELING, E., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1943, pág. 218.

<sup>37</sup> Vid. ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, Munich, 1991, págs. 148 y ss.

<sup>38</sup> En esta línea compartimos los postulados de MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 1999, pág. 62,



no sólo propugnamos la imposibilidad de que el resultado obtenido con ellas pueda ser aportado al proceso, sino también, que de producirse tal eventualidad el órgano jurisdiccional se verá impedido para apreciar y valorar aquel resultado, repeliendo, de oficio si hubiere lugar, toda prueba viciada en los términos antedichos si fuese acreditada tal circunstancia, incluso de modo sobrevenido<sup>39</sup>.

## 2. El alcance de la prohibición probatoria contenida en el art. 11.1 L.O.P.J.: la exégesis del precepto

Prosiguiendo el análisis de la enunciación del art. 11.1 L.O.P.J. fijamos nuestra atención en el mandato contenido en la norma —recordamos «*no surtirán efectos la pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*»—, para lo cual procederemos a desmembrar el texto en tres partes, delimitando el alcance de la prohibición desde la perspectiva más acorde a una visión siempre favorable a la máxima vigencia de los derechos fundamentales.

- a) Principiando con la expresión “*no surtirán efectos*”, en ella se contiene, como ya se ha mencionado, un mandato dirigido inmediatamente al órgano jurisdiccional en orden a la no valoración de las pruebas ilícitas, tanto si fuera apreciada esta circunstancia de oficio como a instancia de parte<sup>40</sup>. De un modo indirecto vendría, pues, a fijar el momento procesal en que el Juez o Tribunal debería pronunciarse acerca de la eventual ilicitud de los medios probatorios, que de su tenor literal, se identificó con la sentencia<sup>41</sup>. Esta interpretación fue objeto de críticas por cuanto se opinaba, en buena lógica, que el órgano jurisdiccional habría podido manifestarse acerca de esta cuestión ya previamente, lo que, en algunos casos, habría supuesto la terminación del proceso, con la consiguiente efecto de una más adecuada optimización de los medios<sup>42</sup>. Con estos presupuestos, actualmente debemos entender superada aquella línea interpretativa, de modo que podemos identificar tres momentos procesales en que el órgano decisor estará facultado expresamente para repeler las pruebas ilícitas: en el propio trámite de admisión de las pruebas, aplicable a cualquiera de los pro-

---

cuando afirma que «*como regla general, las normas procesales penales que regulan la forma de obtención y/o producción de la prueba son auténticas normas de garantía*».

<sup>39</sup> Con el término “*inutilizzabilità*” se designa el Codice di Procedura Penale italiano de 1988 (art. 191) tanto la prohibición de admitir como de valorar la prueba ilícita.

<sup>40</sup> Incluso, a instancia de un tercero cuyos derechos se hubieran visto afectados por la práctica probatoria. ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op.cit., págs. 85-86.

<sup>41</sup> Vid. en este sentido, los ejemplos que proporciona GIMÉNEZ PERICAS, A.; “Sobre la prueba ilícitamente obtenida”, op.cit., págs. 288-289.

<sup>42</sup> En esta línea: MORENO CATENA, V., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, págs. 533-538; DÍAZ CABIALE, *La admisión...*, op.cit., pág. 120.

cedimientos (arts. 659 —procedimiento ordinario—, 792.1 —procedimiento abreviado— y 969 —juicio de faltas— L.E.Crim. y 37 c) y 45 de la Ley del Jurado); en la audiencia preliminar, en el marco del procedimiento abreviado (art. 793.2 L.E.Crim.); y, finalmente, en la sentencia<sup>43</sup>. Sin embargo, como se deducirá de lo que revelamos a renglón seguido, nuestra interpretación irá más allá, para reconocer que esta facultad operará a lo largo de todo el proceso, apreciando la ilicitud tanto de oficio como a instancia de parte.

En relación con ello, no resulta tan evidente el cauce procesal que han de usar las partes para denunciar la ilicitud probatoria, sobre todo en relación con el procedimiento ordinario, por cuanto en el abreviado (art. 793.2 L.E.Crim.)<sup>44</sup>, e incluso en el juicio ante el Tribunal del Jurado [art. 36.1.e) de la Ley del Jurado], sí se prevé una audiencia sanadora en que sería factible la sustanciación de un incidente con este objeto.

Desde luego que una vez admitidas las pruebas, las partes no podrán cuestionar la ilicitud en que se hubiera podido incurrir en el acto de admisión (arts. 659 y 792 L.E.Crim.) o circunstancialmente, y aunque suponga adelantar la interpretación que estimamos más adecuada de la expresión “*las pruebas obtenidas*”, en su practica. Tanto en el caso antedicho como en éste segundo, la formulación oral de protesta se torna en la solución más viable para que el órgano jurisdiccional tome conocimiento de la causa de ilicitud y, al amparo del art. 240 L.O.P.J., declare la nulidad de la prueba practicada ilícitamente o cuya ilicitud se hubiera descubierto de modo sobrevenido<sup>45</sup>.

Cosa distinta es si el órgano jurisdiccional será capaz de sustraerse al influjo que en su ánimo pudiera crear la prueba ya practicada, cuya ilicitud se ha constatado de forma sobrevenida; e, incluso siendo capaz de sustraerse, si no se dará entrada a una cierta apariencia de parcialidad subjetiva<sup>46</sup>. La abstención del Juez al amparo de la causa 10 del art. 219

<sup>43</sup> Al margen queda la vinculación a los postulados constitucionales del Juez de instrucción y, de acuerdo con ello, su deber de repeler de oficio aquéllos, en este caso, medios de investigación obtenidos con violación de los derechos fundamentales. En este sentido, PAZ RUBIO, J.M., “La prueba en el proceso penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (“*La prueba en el proceso penal*”), op.cit., págs. 232-233,

<sup>44</sup> Autores como GONZÁLEZ MONTES, J.L., “Nuevas reflexiones sobre la prueba ilícita”, pág. 106, sugiere que tal función podrá verse cumplida en la primera comparecencia del procedimiento abreviado (art. 789.4º «*in fine*») por las partes personadas.

<sup>45</sup> En este sentido, LÓPEZ BARJA de QUIROGA, *Las escuchas telefónicas...*, op.cit., pág. 99.

<sup>46</sup> La conexión entre la apariencia de parcialidad objetiva y la presunción de inocencia es evidente para el T.E.D.H.. Vid. Holm v. Suecia, de 25 de noviembre de 1995. Esta postura permite a JUANES PECES, A., “Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia. La imparcialidad del Juez como núcleo básico del derecho a la presunción de inocencia”, en *La Ley*, año XVII, nº. 3977, pág. 4, confirmar el concepto más

L.O.P.J., acaso constituya la respuesta más correcta al interrogante<sup>47</sup>, evitando lesionar la imparcialidad que debe presidir su actuación, lo que, en último caso, va a provocar la nulidad del juicio y su celebración ante otro Juez.

La hipótesis se complica, no obstante, a raíz de la aprobación de la Ley del Jurado. Ausente en este procedimiento una regulación expresa, sería aplicable analógicamente lo referido, esto es, que el órgano jurisdiccional, en este caso el Presidente del Tribunal, decrete la nulidad al amparo del art. 240 L.O.P.J., bien de oficio, bien previa protesta formulada por las partes. Pero al igual que señalábamos en relación con el Juez, es más que probable que la prueba reputada ilícita de modo sobrevenido y apartada del proceso por ese motivo haya penetrado ya en el ánimo del receptor último de las pruebas, que no es otro que el Jurado. Dicho de otra forma, es verosímil que ese Jurado se encuentre ya “contaminado” por el resultado presuntamente incriminatorio —aunque también pudiera ser que fuera exculpatorio— que aquella prueba había arrojado, al que será especialmente permeable dado su carácter de lego en derecho. No encontramos tampoco con excepción de la hipótesis en que la prueba en cuestión fuera la única de cargo, en cuyo caso procederá disolver el Jurado dictando sentencia absolutoria como prevé el art. 49 de la Ley del Jurado, solución expresa en la Ley<sup>48</sup>, aunque entendemos que será la disolución de este órgano la más acertada —acaso por la misma vía del art. 240 L.O.P.J.—, reiniciándose de nuevo el juicio con el nombramiento de otro Jurado, a la vez que con la designación de otro Magistrado Presidente.

- b) La segunda parte de la perifrasis: “*las pruebas obtenidas*”, presenta también ciertos problemas aparentes que devienen de la opción entre una concepción restrictiva o amplia del fenómeno que proscribe la Ley. En este sentido, nuestro T.C. —señaladamente en la S.T.C. 64/1986, de 21 de mayo—, ha postulado una hermeneusis estricta al considerar que ex-

---

amplio de la presunción de inocencia en el marco del C.E.D.H., avalando su transposición al derecho español. En nuestra opinión, la medida se torna innecesaria por la propia concepción que seguimos del debido proceso, en cuyo seno se incardina el derecho de defensa, comprensivo de la presunción de inocencia como una de sus manifestaciones, y sin duda, la imparcialidad, objetiva o subjetiva, del órgano jurisdiccional. Simplemente estimamos, como ya se manifestó, que la presunción de inocencia en el marco del C.E.D.H. se articula de modo diverso a la que se deriva de la C.E.

<sup>47</sup> En este sentido se manifiestan, entre otros: PASTOR BORGONÓN, “Eficacia...”, op.cit., págs. 362-368; ASENIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op.cit., pág. 86; LÓPEZ BARJA de QUIROGA, *Las escuchas...*, op.cit., pág. 131; FERNÁNDEZ ENTRALGO, “Prueba ilegítimamente...”, op.cit., pág. 1203; CACHÓN VILLAR, “La prueba...”, op.cit., págs. 24-25; GONZÁLEZ MONTES, “La prueba obtenida...”, op.cit., pág. 41.

<sup>48</sup> Este precepto es muy significativo de las contradicciones en que incurre la Ley por cuanto es el Magistrado Presidente, que no ha de valorar la existencia de los hechos, el órgano competente para resolver sobre la existencia de la prueba, disociándose pues ambas funciones.

clusivamente quedarían cubiertas bajo el manto protector del art. 11.1 L.O.P.J. las infracciones cometidas en el acto de obtención de la fuente de prueba<sup>49</sup>, reservándose para el resto de los supuestos el amparo que proporciona la interdicción de la indefensión. Por este mismo cauce discurren Pastor Borgoñón<sup>50</sup>, Fernández Entralgo<sup>51</sup>, González Montes<sup>52</sup> y Díaz Cabiale<sup>53</sup>, aunque para este último las situaciones no subsumibles en el precepto legal se contemplarían desde la perspectiva de la presunción de inocencia. La concepción lata vendrá ejemplificada por Asencio Mellado<sup>54</sup>, Vegas Torres<sup>55</sup> y Miranda Estrampes<sup>56</sup> quienes avalan la aplicación del art. 11.1 L.O.P.J. también a la fase de admisión y práctica de la prueba<sup>57</sup>.

Ciertamente, las diferencias prácticas entre ambas posturas son más aparentes que reales porque lo que no se otorga por un lado se completa con la configuración comprensiva que se reconoce bien a la interdicción de la indefensión bien a la presunción de inocencia. Conscientes de ello, nuestra postura, como ya revelamos, se dirige a aglutinar bajo la misma rúbrica, "ilicitud probatoria", la totalidad de los supuestos en que directamente o por incumplimiento de los requisitos que desplazan la posible antijuridicidad de la prueba, ésta fuera causante de menoscabo en los derechos constitucionales o legales que amparan al ciudadano, circunstancia que, en buena lógica, puede producirse no sólo en la obtención de la fuente de prueba sino también en la práctica de la misma, afectando, en ocasiones, a la regularidad de la misma. Decimos que, a veces, la ilicitud probatoria incidirá en la regularidad de la prueba, así cuando la incorporación de diligencias extraprocesales se lleva a cabo sin respeto de los principios de contradicción e intermediación, en último término, infringiendo el derecho de defensa y, de consuno el debido proceso. La regularidad probatoria tendrá un tratamiento específico más adelante, sin embargo, ya en este momento nos manifestamos favorables a que tales hipótesis gocen de la protección que depara el art. 11.1 L.O.P.J..

En esta tesitura parece conveniente distinguir los efectos de la ilicitud probatoria según ésta se produzca en la obtención de la fuente o en la práctica del medio de prueba, porque, aun cuando *ab initio* deban ser apartados del proceso en ambos casos los resultados que se derivaran de la conducta prohibida; en la primera hipótesis tal exclusión se producirá de

<sup>49</sup> Es lo que puede denominarse "ilicitud extraprocesal". Véase MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba...*, op.cit., págs. 26-29.

<sup>50</sup> "Eficacia...", op.cit., pág. 339.

<sup>51</sup> "Prueba ilegítimamente obtenida...", op.cit., pág. 1201.

<sup>52</sup> "La prueba obtenida...", op.cit., pág. 36.

<sup>53</sup> *La admisión...*, op.cit., pág. 121.

<sup>54</sup> *Prueba prohibida...*, op.cit., págs. 81-84.

<sup>55</sup> *La presunción de inocencia...*, op.cit., págs. 203-207.

<sup>56</sup> *El concepto de prueba ilícita...*, op.cit., pág. 30.

<sup>57</sup> Que podemos denominar "ilicitud intraprocesal". Véase MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba...*, op.cit., pág. 29.

raíz sin posibilidad de convalidación alguna, mientras que en el segunda, la actuación podrá, en ocasiones, ser subsanada, mediante su eventual repetición.

En definitiva, prescindiendo de la literalidad del precepto que parece actuar en favor de la una línea interpretativa estricta, nos inclinamos hacia una concepción amplia con el único objetivo de evitar que por causa de una desafortunada duda pueda devenir un resultado injusto, desvirtuando lo que, en nuestra opinión, constituye el espíritu de la norma.

- c) Para finalizar esta exégesis debe referirse que la exclusión del resultado de una práctica probatoria proscrita, será extensible, por mor del art. 11.1 L.O.P.J., a las pruebas ***derivadas tanto directa como indirectamente de la conducta reprobada***. No presenta mayores problemas el primero de los supuestos, en que se alude a la consecución de la prueba mediando la violación inmediata de un derecho. Respecto a la segunda de las hipótesis, esto es, cuando la prueba fuera en sí misma legítima pero se hubiese llegado a ella como consecuencia de una originaria vulneración de aquéllos, debe identificarse con la vigencia de la doctrina norteamericana del “fruto del árbol venenoso o emponzoñado” (“fruit of poisonous tree doctrine”) o “teoría de los efectos reflejos de la prueba ilícita”. Se rechazan, en consecuencia, interpretaciones de índole restrictiva por la que se estima que la responsabilidad a que daría lugar la actuación prohibida conformaría freno bastante a su plasmación práctica<sup>58</sup>. Colorario inevitable de esta última intelección sería abrir camino a prácticas más propias del oscurantismo inquisitivo que del Estado de Derecho que se postula, permitiendo una fácil elusión, si bien indirecta, de la prohibición probatoria<sup>59</sup>. En esta punto, nuestra posición se orienta a exigir la existencia de una conexión lógica causa-efecto, entre la actuación ilegal y la práctica probatoria lícita, cuya demostración habitualmente correrá a cargo del inculpado<sup>60</sup>.

A modo de cierre de este subapartado, es factible realizar una matización de fondo para coincidir con alguno de nuestros autores en que el efecto reflejo carecería de aplicación cuando fuera posible subsanar la deficiencia *a posteriori*<sup>61</sup>. Ciertamente, como ya manifestamos, ello será factible, en ocasiones, cuando la ilicitud se produzca en la práctica del medio de prueba, pero además esta circunstancia traerá de la mano la eventual

<sup>58</sup> Un ejemplo de esta posición doctrinal se encuentra en PASTOR BORGONÓN, “Eficacia...”, op.cit., págs. 360-362.

<sup>59</sup> En este sentido expresamente CACHÓN VILLAR, “La prueba ilícitamente...”, op.cit., pág. 23.

<sup>60</sup> Vid. acerca de este razonamiento LÓPEZ BARJA de QUIROGA, *Las escuchas...*, op.cit., pág. 117; y FERNÁNDEZ ENTRALGO, “Prueba ilegítimamente...”, op.cit., págs. 1204-1205. Este principio es admitido sin matices por el T.S. -S. de 16 de enero de 1995 (R. 31), F.J. 3º.

<sup>61</sup> Vid. ASECIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op.cit., pág. 89.

penetración de doctrinas vigentes en derecho comparado, señaladamente las procedentes del derecho norteamericano. En cualquier caso, la transposición de las soluciones allí previstas ha de tener muy presente dos observaciones: de carácter general la primera, en cuanto a que la doctrina jurisprudencial norteamericana tiene un sentido marcadamente casuístico, lo que dificultará la generalización de sus argumentos; específica la segunda, relativa a la “doctrina de exclusión de la prueba ilícita” (“exclusionary rule doctrine”) que engloba la de “los frutos del árbol emponzoñado”, porque, como ya pusimos de relieve, ésta tendrá como objeto esencial persuadir a los agentes de la autoridad de la comisión de actuaciones ilegales en su actuación, fin al que no responde *ab initio* la norma española. Parece conveniente referir, aunque fuera de modo resumido, la evolución de la doctrina norteamericana de “los frutos del árbol emponzoñado”.

Aun cuando aparecieron ciertos brotes esporádicos con anterioridad<sup>62</sup>, la doctrina antedicha se desarrolla en los EE.UU. de Norteamérica en los momentos de máximo apogeo de la “doctrina de exclusión de la prueba ilícita”<sup>63</sup>, en que ya se destacaba la obligación de acreditar la presencia de un nexo causal lo suficientemente sólido entre la actuación ilícita y su resultado para que tal objeción fuera merecedora de amparo. De este modo, se configuraba una excepción a la aplicación de la norma como consecuencia de que tal relación se difuminara, habitualmente, porque hubiera mediado alguna otra actividad tras la ilegalmente llevada a cabo que sugiriera una ruptura del nexo causal, ponderando en cada caso el lapso de tiempo que hubiera transcurrido entre ambos hechos<sup>64</sup>. En el sentido antedicho, la Corte Suprema opinó que tal ruptura se produciría cuando, con independencia de la actuación ilegal, otras fuentes hubieran conducido a la obtención de la prueba aportada a juicio, lo que conformaba la denominada “doctrina de la fuente probatoria independiente” (“independent source doctrine”)<sup>65</sup>. No estimamos que, en este punto, la incorporación de tal excepción al derecho español devenga en un debilitamiento de la garantía prevista en la norma, siempre que el órgano jurisdiccional motive adecuadamente su decisión relativa a la admisión del medio de prueba cuestionado. Confirmando nuestra postura el propio T.S. se ha decantado por una línea jurisprudencial bastante cercana a la norteamericana al manifestar: «*ha de quedar claro al respecto que la prueba ilegítimamente obtenida puede no viciar a las restantes investigaciones siempre que sea posible la consiguiente desconexión causal entre unas y otras. Pudo pues existir...una*

<sup>62</sup> Como *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).

<sup>63</sup> Vid.: *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963); *Brown v. Illinois*, 442 U.S. 590 (1975); *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. (1972).

<sup>64</sup> Vid. *Rawling v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980).

<sup>65</sup> Vid. *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984).

*línea de investigación ilegítima pero ello no empece para que otras pruebas, sin relación con la ineficaz, acrediten suficientemente los hechos acaecidos»* -S.T.S. de 28 de marzo de 1995 (R. 2246), F.J. 4<sup>º</sup>-<sup>66</sup>.

No mantenemos la misma opinión respecto a otras interpretaciones, también de la Corte Suprema norteamericana, como la que se deriva de la “doctrina del descubrimiento inevitable” (“inevitable discovery doctrine”), en cualquiera de sus acepciones, esto es, bien considerando suficientemente acreditada la excepción con que la acusación demuestre que “probablemente” (“probably”) la prueba se habría obtenido no mediando la conducta ilegal, bien reforzando el *standard* en el sentido de exigir un mayor grado de certeza en aquel resultado<sup>67</sup>. La sustancial ambigüedad y subjetivismo de este criterio y su potencial de abuso actuarán en contra de su aplicación<sup>68</sup>.

En todo caso, nuestros Tribunales deben ser cautos en el uso de argumentos como los relatados, haciendo nuestro lo manifestado en su voto discrepante por el Magistrado de la Corte Suprema norteamericana Stevens en *Nix v. Williams*<sup>69</sup>, al afirmar respecto de la decisión de la mayoría aceptando la “doctrina del descubrimiento inevitable”, que aquéllos habían enfatizado el coste social que se deduciría de una aplicación estricta de la “norma de exclusión”, sin evaluar de igual forma el coste social que tendría la inconstitucional conducta en que se había visto involucrada la Policía.

#### IV. La regularidad probatoria

La regularidad probatoria, que el T.C. refiere como “legitimidad” o “autenticidad” de la actividad probatoria, trae consigo la afirmación de que sólo ostentarán tal calidad la practicada en el juicio oral, bajo la intermediación del órgano decisor y con respeto del principio de contradicción. Se cuestiona, sin embargo, el valor probatorio que debe reconocerse, si hubiere lugar, a las diligencias policiales, fiscales y sumariales irreproducibles.

Con una naturaleza y fin diversos a los actos de prueba, los actos de investigación no satisfacen, además, las garantías constitucionales previstas para

<sup>66</sup> En el mismo sentido, las SS.T.S. de 5 de abril de 1994 (R. 2875), F.J. Único; 20 de mayo de 1994 (R. 3942), F.J. 2<sup>º</sup>; 23 de enero de 1995 (R. 157), F.J. 1<sup>º</sup>; 19 de octubre de 1995 (R. 8732), F.J. 3<sup>º</sup>. Vid. también la S.T.C. 54/1996, de 26 de marzo, F.J. 9<sup>ª</sup>.

<sup>67</sup> Vid.: *Brewer v. United States*, 430 U.S. 387 (1977); *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984). El criterio de la escasa gravedad de la conducta ilícita en combinación con la especial calidad y naturaleza de la prueba ha permitido, en ocasiones, subsanar el resultado, como el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Federal en *United States v. Ceccolini*, 542 F.2d 136 (2d.Cir., 1976).

<sup>68</sup> Tales argumentos fueron vertidos contra la “doctrina del descubrimiento inevitable” por el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia en *Crews v. United States*, 389 A.2d (D.C.App., 1978).

<sup>69</sup> Cit.

los primeros<sup>70</sup>. En este sentido, ni las diligencias sumariales y, por supuesto, aún menos las policiales o fiscales, cumplen con las exigencias formales que se deducirían de su plasmación en el juicio oral: oralidad, porque el órgano sentenciador conoce de ellas de forma documentada o mediante su lectura; inmediación, inexistente respecto al juzgador e, incluso, al propio instructor, tratándose de policiales o fiscales; publicidad, tanto relativa, por cuanto se sustraen al conocimiento de la comunidad (art. 301.I L.E.Crim.), como absoluta, dadas las posibilidades que se otorgan al instructor para decretar el secreto de las actuaciones para las partes (art. 302.II L.E.Crim.); y contradicción, esta exigencia con el mismo alcance que se lograría en el plenario.

En relación con el último de los principios antedichos, tal conclusión ha de defenderse porque, incluso aunque admitiéramos que tras la C.E. (señaladamente a raíz de la L. 53/1978, de 4 de diciembre) la intervención del imputado en esta fase de investigación se ha acrecentado, llegando el caso de que en la Exposición de Motivos de la Ley del Jurado (L.O. 5/1995), se proclama la nulidad e ilicitud de las investigaciones llevadas a cabo por el Juez de instrucción de no existir previa comunicación de la incoación del procedimiento al imputado<sup>71</sup>, también nos veríamos obligados a reconocer que, tanto por las premisas que actúan sobre este período como por la inaplicación

<sup>70</sup> En este sentido: MONTERO AROCA, J., "El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Justicia* 83, nº. II, págs. 284-289; VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia...*, op.cit., págs. 185-195. En este sentido, PEDRAZ PENALVA, E., "Apuntes sobre la prueba pericial...", op.cit., pág. 347, pone de relieve que «dentro de lo que es y constituye la prueba ha de comprenderse el cómo, el quién y el para quién». SANCHÍS CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, Granada, 1995, pone también de relieve las diferencias entre los actos de investigación y los de prueba, además de por las diferentes garantías que presiden unos y otros, porque: «1º.-El acto de prueba está dirigido a convencer al Juez de la verdad de una determinada afirmación. El acto de investigación no se refiere a una afirmación sino a una hipótesis. 2º.-El acto de investigación forma parte del procedimiento preliminar y está al servicio de sus funciones, el acto de prueba se integra en el juicio oral y sirve a éste. 3º.-Existe una diferente calidad del juicio en las resoluciones que se basan en actos de investigación (juicio de mera probabilidad) y en las que se basan los actos de prueba (plena convicción)» (pág. 65).

<sup>71</sup> § III.2.b) de la Exposición de Motivos. Aunque deba interpretarse con la excepción prevista en el art. 24.1 de la Ley del Jurado, referida a la práctica de «aquellas actuaciones inaplazables a que hubiere lugar», podemos convenir en que la infracción de este principio debe alegarse en el marco de las cuestiones previas (art. 36), presuntamente como «vulneración de algún derecho fundamental» (apartado b) -el derecho de defensa por no haber sido el imputado informado de la acusación en tiempo y forma-, dando lugar a la eliminación material de la diligencia en cuestión. No nos manifestamos, sin embargo, excesivamente favorables en relación con la expresión "inaplazables" referido a las actuaciones que sí podrían practicarse, que entendemos serán aquellas de naturaleza perentoria y urgente.



de los otros principios anteriormente citados, la contradicción que se derivaría de su participación en esta fase difiere de la que resultaría del juicio oral<sup>72</sup>.

En esta línea, el propio fin de ambos períodos desplazará cualquier tipo de similitud en el modo en que se proyecta la contradicción: si durante el sumario el inculpado, mediante su intervención contradictoria, intentará disuadir al instructor, frente a lo postulado por las partes acusadoras, de la oportunidad de abrir el juicio o de la adopción de una determinada medida por cuanto no concurren indicios racionales para ello; en el juicio oral, por el contrario, la contradicción estará en función de evitar la condena. Ello tratándose de la instrucción judicial o, con reservas, fiscal<sup>73</sup>, y siempre y cuando el sujeto pasivo esté individualizado, pues de otro modo, o siendo la Policía quien lleve a cabo la investigación, la práctica revela que la intervención del sujeto pasivo, en este momento mero sospechoso, deviene inexistente<sup>74</sup>.

A pesar de lo afirmado, siguiendo una inercia legislativo/doctrinal, criticable no sólo desde la Constitución<sup>75</sup> sino desde el propio espíritu de la L.E.Crim.<sup>76</sup>, se va a dar entrada en el proceso a las diligencias policiales, fiscales y sumariales, atribuyéndoles eficacia probatoria de acuerdo con una serie de pautas que a continuación expondremos<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> Al respecto véase ORTELLS RAMOS, M., "Eficacia probatoria de la investigación sumarial. Estudio de los arts. 730 y 714 de la L.E.Crim.", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1982, págs. 376-381; VEGAS TORRES, J., *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el proceso penal*, Madrid, 1992, págs. 178-202.

<sup>73</sup> Así cabe deducirlo de la expresión del art. 785.bis.2.

<sup>74</sup> Y ello aunque sea ineludible concluir que existirá un "encadenamiento espacio-temporal" entre la prueba y las diligencias instructoras, como afirma PEDRAZ PENALVA, "La práctica anticipada...", op.cit., pág. 20: «El esclarecimiento de lo que se dice acontecido, así como la búsqueda, aseguramiento y conservación de las fuentes de prueba son actuaciones ineludibles para poder abrir el juicio y, así, en él, vía medios de prueba —y según normativamente se contempla— tenga lugar la formal introducción en el proceso de aquellas fuentes aportando el material, cuya suficiencia para tener o no por desvirtuada la presunción de inocencia ha de ser valorada judicialmente»

<sup>75</sup> Que no desde el T.C.

<sup>76</sup> Vid. supra el texto transcrito de la Exposición de Motivos de 1882.

<sup>77</sup> En esta línea, MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, págs. 276-293, atribuye tal práctica viciosa a causas de índole histórico —inadaptación de los operadores jurídicos a los cambios legislativos—, legislativo —consecuencia de las perturbaciones legislativas que las sucesivas reformas han ocasionado en el diseño inicial de la L.E.Crim.—, económico —por la precariedad de medios que condiciona la práctica de pruebas costosas o difíciles— y doctrinales y jurisprudenciales —bien por la propia actitud favorable a este resultado, bien por la interpretación que se ha llevado a cabo de determinados preceptos—.

Con carácter previo al análisis sobre la eficacia probatoria de estos tres tipos de diligencias, no obstante, debemos hacer referencia, aunque someramente, a dos categorías probatorias: la “prueba preconstituida” y la “prueba anticipada”, cuya reiterada mención en la jurisprudencia que se citará más adelante exige, al menos, un esfuerzo clarificador, máxime cuando esta voluntad no se encuentra presente ni en la doctrina emanada del T.S. ni en la del T.C.

Principiando con la expresión “prueba preconstituida”, resalta su indiscutible origen civil, derivado de la clásica división que BENTHAM realizaba respecto a las “Diversas especies de prueba”<sup>78</sup>. Este autor, entre los varios criterios clasificatorios que manejaba, oponía, en este caso, las denominadas “pruebas por escritura causales”, aquéllas cuyo autor no las crea con la intención de hacerlas valer en una eventual causa posterior —aunque pudiera llegar a hacer uso de ellas—; a las “pruebas por escritura preconstituidas”, previstas para ser empleadas hipotéticamente como prueba jurídica<sup>79</sup> (esto es, aquéllas «*cuya creación y conservación se ha establecido por la ley, con anterioridad a la existencia de un derecho o una obligación, de tal modo, que la exhibición de esta prueba se haga indispensable para la subsistencia de este derecho o de esta obligación*»<sup>80</sup>). Considerando con Gómez Orbaneja que con estas últimas se vendría a designar a la prueba documental<sup>81</sup>; podríamos concluir afirmando que, en puridad, en el proceso penal, “prueba preconstituida” no sería otra cosa que los «*libros, documentos y papeles*» a que se refiere el art. 726 L.E.Crim.

Ahora bien, haciendo caso omiso de estos precedentes desde el T.S. y el T.C. se va a crear una categoría probatoria que sólo comparte con la clasificación de Bentham la aparente intencionalidad en hacer valer los resultados de estas diligencias en el juicio oral. De este modo, la denominada “prueba preconstituida” en sede penal vendría a identificarse, con la actividad investigadora que, siendo “irreproducible”<sup>82</sup>, se introduce en el juicio oral adquiriendo valor probatorio, desde la perspectiva del T.S. y del T.C. indiferenciadamente, como veremos, tanto si fuera el órgano jurisdiccional como la Policía quien interviniera la diligencia. El problema se suscita en cuanto al modo en que aquel resultado se alcanza. No es sólo pues que se incurra en un “error” voluntario, conceptualmente hablando, al utilizar el término “prueba” para referirse a meras diligencias policiales o actuaciones previas al juicio oral; sino que este “error” servirá para asignar a estas actuaciones, con la excepción de los casos expresamente previstos en el art. 730, un valor que

<sup>78</sup> BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales* (Trad. Gómez de Castro), Cap. VI, Madrid, 1835, págs. 29-35.

<sup>79</sup> *Ibidem*, págs. 31-32.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pág. 178.

<sup>81</sup> *Derecho Procesal Civil*, V. I, op.cit., pág. 290.

<sup>82</sup> Sobre la inadecuación de este calificativo volveremos más tarde.

no deberían tener. No de otro modo, desde la doctrina se ha pretendido desterrar tal denominación<sup>83</sup>, ya que, como subraya Díaz Cabiale y nosotros corroboraremos, el efecto esencial de la preconstitución probatoria «*no es otra cosa que preconstituir la imposibilidad de contradicción*»<sup>84</sup>, en desdoro, precisamente, del derecho de defensa. Sobre ello volveremos.

Por su parte, la “prueba anticipada”, aunque algunos sectores de la literatura parecen considerarla como una modalidad de la “prueba preconstituida”<sup>85</sup>, puede ser definida como la que prevista, excepcional y estrictamente, su irrepetibilidad, es solicitada por las partes en sus escritos de calificaciones y se practica una vez abierto el juicio oral y previamente a la vista probatoria<sup>86</sup>, con estricto cumplimiento de las garantías consustanciales al derecho de defensa (en especial la designación de Letrado<sup>87</sup> -arts. 448 y 449, y 467 y ss. L.E.Crim., en relación con los testigos y los peritos, respectivamente).

Resulta evidente que esta lectura prescinde del tratamiento legal de este tema que, en el marco del proceso ordinario por delitos, no así en el proceso abreviado, admite la práctica anticipada de un medio de prueba no sólo cuando «*por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral*», sino también cuando «*pusieran motivar su suspensión*» (art.657.III). Esta última hipótesis, que como manifestamos no se encuentra regulada en el proceso abreviado donde se limita la prueba anticipada a los supuestos en que «*no pueda llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral*» (art. 790.5.III), merece un juicio crítico adverso, suscribiendo lo manifestado por Miranda Estrampes cuando afirma que «*el órgano jurisdiccional sentenciador*

---

<sup>83</sup> En este sentido, MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria...*, op.cit., págs. 321-324. PEDRAZ PENALVA, “La práctica probatoria anticipada...”, op.cit., págs. 49-56, niega justificadamente su existencia.

<sup>84</sup> “Prueba documental...”, op.cit., pág. 350.

<sup>85</sup> En este sentido: GIMENO SENDRA, AA.VV., *Derecho Procesal*, T. II, op.cit., págs. 79-80; ASECIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op.cit., págs. 159-176.

<sup>86</sup> Esta interpretación estricta es la seguida por GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal* (con HERCE QUEMADA), op.cit., pág. 238, y en su línea MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria...*, op.cit., pág. 324-340, y PEDRAZ PENALVA, “La práctica probatoria anticipada...”, pág. 40-41.

<sup>87</sup> Debemos coincidir con ASECIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op.cit. págs. 174-175, en la integración de ciertas lagunas en esta materia: la posible nulidad del acto derivada de la falta de presencia del Abogado, y la eventualidad de prescindir del imputado y defensor en determinadas circunstancias. Respecto a la primera cuestión y en aras de evitar tácticas dilatorias que agraven lo perentorio del acto, deberá distinguirse si se trata de Abogado de confianza, en cuyo caso y habiendo sido citado en forma, su ausencia injustificada carecerá de efectos; o de oficio, en que procederá la suspensión del acto. De otro lado, la prescindibilidad de la citación del inculpa-do y la defensa pasará por la extrema urgencia a causa de la presumible desaparición de la fuente de prueba, objetivamente acreditada.

*debería, en primer lugar, en uso de las facultades que le conceden los arts. 659, párrafo último, y 792.2 L.E.Crim. señalar el inicio de las sesiones de la vista oral en una fecha en que la causa de la suspensión hubiera desaparecido, y, únicamente acordar su práctica anticipada en aquellos casos en que preveyesse la permanencia de la causa de suspensión durante un largo tiempo»<sup>88</sup>. Acaso de este modo se haría más cierto la declaración de principios de Alonso-Martínez contenida en la Exposición de Motivos de la L.E.Crim. al señalar «el juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal», incluso calificando como “idea fundamental” «que en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y de descargo, y donde los Magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio». Flaco favor se haría si nos sirviéramos de una excusa tal como la probable suspensión futura del juicio oral por esta causa para desplazar la práctica de la actividad probatoria a un momento en que el principio de contradicción no ha llegado a la plenitud que sólo se alcanza en las sesiones del juicio oral.*

Si ya expresamos nuestro rechazo a la aceptación de la otra categoría, entendemos que respecto a ésta, presente que sean las limitaciones de contradicción que existen en un momento procesal previo a la fase probatoria, no puede repudiarse su práctica, siempre y cuando se someta a los requisitos exigidos para ella, esencialmente, su irrepetibilidad y urgencia<sup>89</sup>. Siempre presente que la anticipación probatoria tendrá siempre lugar cuando ya se ha abierto el juicio y por lo tanto ante el órgano decisor. Cuando esta actividad tiene lugar ante el instructor se tratará de meras diligencias de investigación que como tales y en su caso penetrarán en el proceso por la vía del art. 730 y no de otro modo ni ostentando otra calidad. Pero además, si una vez abiertas las sesiones se tuviera constancia de la posibilidad de su práctica deberá procederse a ello, careciendo de valor alguno lo anteriormente actuado, que acaso mereciera la consideración que posibilita el art. 714 L.E.Crim., como consecuencia de las contradicciones que se hubieran apreciado. Como destaca Pedraz Penalva: «La validez de la “prueba anticipada” viene condicionada por el mantenimiento de su causa justificativa, que una vez desaparecida crearía la necesidad de su reiteración para poder ser utilizable a fin de formar la convicción judicial y, eventualmente, tener por desvirtuada la presunción de inocencia»<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> *La mínima actividad probatoria...*, op.cit., pág. 334. En el mismo sentido PEDRAZ PENALVA, “La práctica probatoria anticipada...”, op.cit., pág. 30.

<sup>89</sup> Desde luego, como afirma PEDRAZ PENALVA, “La práctica probatoria anticipada...”, op.cit., pág. 36, «la excepcionalidad de la anticipación connota su reafirmación con algo más que la mera sospecha de desvanecimiento de la fuente de prueba».

<sup>90</sup> “La práctica probatoria anticipada...”, op.cit., pág. 47.

## 1. Las diligencias instructoras

En el marco ya descrito, el principio de “regularidad probatoria” se ve cuestionado a causa de la eventual incorporación al juicio oral de las denominadas diligencias sumariales, esto es, aquéllas practicadas por el Juez durante la instrucción de la causa. La eficacia probatoria de estas diligencias, previa lectura de las mismas, se prevé en los arts. 714 y 730 L.E.Crim.<sup>91</sup>: en el primer caso, a raíz de las contradicciones observadas entre lo declarado por el testigo en el acto del juicio oral con respecto a lo vertido en la fase de instrucción; en el segundo, derivado de la irreproducibilidad absoluta de la diligencia, no imputable a la parte que solicitara la lectura, que el T.C. ha convalidado «*por el hecho de que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material*»<sup>92</sup> —afirmación ésta que cuestionamos—, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción»<sup>93</sup>.

En cualquier caso, y antes de proceder a una exégesis más profunda de estos preceptos, debe reconocerse el carácter excepcional de los supuestos que contemplan, pues de lo que se trata es de que, prescindiendo de lo manifestado en el art. 741, una diligencia sumarial pueda fundar legítimamente la convicción del juzgador predeterminando el fallo, aunque esta última afirmación será matizada al analizar el art. 714.

### a) *Los requisitos del artículo 730 de la L.E.Crim*

Como decíamos el art. 730 prevé que diligencias sumariales puedan, en determinadas circunstancias, pasar a formar parte del acervo probatorio, siendo suficientes para destruir la presunción de inocencia. Para ello estas diligencias deberán cumplir una serie de requisitos que clasificamos como: objetivos, identificado con la “irreproducibilidad” de la diligencia; subjetivos, la intervención del instructor y de las partes personadas en su realización, con especial atención en el imputado, asistido de su Abogado; y formales, el respeto del principio de contradicción mediante la lectura de la diligencia en el juicio oral<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> En la que, entendemos, abundan los arts. 46.5 y 34.1.b) y 46.4, respectivamente.

<sup>92</sup> Ya manifestamos nuestra opinión acerca del objetivo de “búsqueda de la verdad material”.

<sup>93</sup> S.T.C. 137/1988, de 7 de julio, F.J. 2º. No han faltado autores, como RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal*, op.cit., pág. 354, para quien «*la lectura constitucional del art. 730 L.E.Crim. conduce a ignorarlo sin más*».

<sup>94</sup> Se prescinde pues de la clasificación que aparentemente acoge nuestro T.C. que los articula en los siguientes: material -La imposibilidad de reproducción-, subjetivo -la intervención del Juez-, objetivo -la posibilidad de contradicción, para lo cual se deberá proveer al acusado de Abogado- y formal -la lectura-. Vid. SS.T.C. 303/1993, de 25 de octubre, F.J. 3º; 36/1995, de 6 de febrero, F.J. 2º.

a.1) *El requisito objetivo: la “irreproducibilidad” de la diligencia*

Debemos iniciar el análisis de este apartado con una cuestión aparentemente de menor trascendencia como es nuestro posicionamiento crítico respecto a la propia enunciación de este requisito, esto es, la exigible “irreproducibilidad” de la diligencia. En este punto, y como subraya DÍAZ CABIALE<sup>95</sup>, la expresión empleada en el art. 730 —recordamos «no pueden ser reproducidos en el juicio oral»— olvida que las diligencias de investigación no se “reproducen” en el juicio oral, siendo más correcto hablar en el plenario de “práctica de la prueba”. Somos, pues, conscientes de esta diferenciación, que marcará el discurso que a continuación se desarrolla.

Presente lo antedicho, la “irreproducibilidad” de la diligencia debe identificarse con la imposibilidad absoluta de la práctica del medio de prueba con que aquélla se corresponde durante el juicio oral. Así, en relación con la prueba testifical, esta circunstancia se produciría cuando el testigo hubiere fallecido<sup>96</sup>; se encuentre en el extranjero, fuera del territorio del Tribunal, no siendo factible lograr su comparecencia<sup>97</sup>; o se encuentre en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales realizadas para su localización<sup>98</sup>. Fuera de estos casos de impracticabilidad total, la valoración como prueba de cargo de una declaración testifical vertida en sede sumarial, no sólo conculcará la presunción de inocencia, sino además el mandato contenido en los arts. 14.3.e) P.I.D.C.y P. y 6.3 CEDH, que establece el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo.

No obstante, la prueba pericial presenta ciertas singularidades<sup>99</sup>, esencialmente, como consecuencia de la posibilidad de conservar muestras en los términos prescritos en el art. 338 L.E.Crim. que, en su caso, podrán ser objeto de examen en el juicio oral. El actual estado de los avances técnicos que facilitan el mantenimiento, casi sin excepción y sin cambio alguno en sus propiedades, de cualquier sustancia u objeto, permitiría que conjeturáramos acerca del escaso número de informes periciales que se verían afectados por la “irreproducibilidad” que condiciona la aplicación del art. 730 L.E.Crim.

Por otro lado, en la pericia es factible distinguir entre la realización de operaciones previas al informe pericial y el informe mismo. Desde esta perspectiva, coincidimos con cierto sector de la literatura especializada que pone de relieve que la imposibilidad de reproducción del acto pericial

<sup>95</sup> “Prueba documental...”, op.cit., pág. 326.

<sup>96</sup> S.T.S. de 15 de abril de 1991 (R. 5935).

<sup>97</sup> SS.T.S. de 16 de julio de 1991 (R. 5938), y 15 de enero de 1992 (R. 160).

<sup>98</sup> S.T.S. de 16 de junio de 1992 (R. 5396).

<sup>99</sup> A salvo los casos de infungibilidad de los peritos. Vid. acerca de este aspecto VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia...*, op.cit., págs. 517-522.

de reconocimiento —eventualmente porque se haya destruido el objeto sobre el que recae—, de ningún modo, afectará al hecho de que los peritos puedan comparecer a la vista probatoria, para emitir oralmente su informe, viéndose sometidos al interrogatorio de las partes<sup>100</sup>. No cabría, sin embargo, deslindar en el seno del informe, como se procede en ocasiones a efectos de su eventual lectura, entre una parte descriptiva, en que se incluyen la explicación del objeto de reconocimiento y de las operaciones que se hubieren practicado; y otra valorativa, en que los peritos vierten las conclusiones que hubieren alcanzado; para deducir que, en relación con la primera, bastaría la lectura, no así respecto a la valorativa, que sería susceptible de reiteración mediante la presentación de un nuevo informe de los mismos peritos<sup>101</sup> o de otros nuevos. En tal caso se incurriría en un desafortunado error al obviar que la descripción del objeto y la elección de un determinado método de análisis, objeto de la parte descriptiva e íntimamente vinculado a la capacidad aprehensiva del perito y a los conocimientos técnicos de que dispusiera, prejuzgará, casi siempre, el resultado que se obtenga. De lo manifestado se concluye que: por un lado, debe exigirse que el informe sea vertido oralmente en su totalidad para que puedan cuestionarse no sólo los resultados sino también las operaciones que se hubieren efectuado; de otro, que la previsible intervención de otros peritos no deberá limitarse a valorar las conclusiones adoptadas por los primeros, sino, la actuación pericial, en su conjunto.

Sin embargo, lo cierto es que jurisprudencialmente, se ha venido entendiendo que dichas actuaciones, comprendida la actividad puramente valorativa, constituyen prueba preconstituida<sup>102</sup>, lo que, al igual que ocurrirá con ciertas actuaciones policiales, las eximirá de la necesidad de ratificación.

Finalmente, debe considerarse que la lectura sólo procederá cuando la “irreproducibilidad” futura de la diligencia no pudo preverse en el momento de su realización, pues sería inadmisibles trasladar a quien va a sufrir previsiblemente las consecuencias desfavorables de una actuación la carga de una falta de celo no atribuible a su persona<sup>103</sup>. Estimamos, en consecuencia, que el requisito de que la imposibilidad de reproducir la diligencia lo fuera «*por causas independientes de la voluntad de aquéllas (las partes)*» merece una interpretación lata, hasta el punto de que siendo previsible tal eventualidad sólo cuando se tomaron las medidas precisas, resultando infructuosas, o cuando no fuera procedimentalmente factible solventar el problema intentando la práctica anticipada del medio de prueba

---

<sup>100</sup> En este sentido: ORTELLS RAMOS, “Eficacia probatoria...”, op.cit., págs. 397-398; MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria...*, op.cit., pág. 381-382.

<sup>101</sup> De este modo, VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia...*, op.cit., págs. 515-516.

<sup>102</sup> Como así lo reconoce DÍAZ CABIALE, “Prueba documental...”, op.cit., pág. 359.

<sup>103</sup> En este sentido, véase ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op.cit., págs. 183-184; DÍAZ CABIALE, *La admisión...*, op.cit., págs. 240-241.

de que se trate, la diligencia podrá introducirse en el proceso por el cauce del art. 730. Desde luego la situación proscrita por la norma comprenderá los supuestos extremos en que la irreproducibilidad devenga de la conducta no ya negligente sino dolosa de quien después pretende la valoración en términos probatorios de la diligencia instructora.

En ocasiones<sup>104</sup> se ha sugerido la posible sanación de este requisito mediante la aplicación de las facultades que el art. 729.2º L.E.Crim. otorga al órgano jurisdiccional en orden a la práctica de medios probatorios no propuestos por las partes. Ciertamente, hemos de reconocer que nuestra L.E.Crim. atribuye al órgano jurisdiccional una posición prevalente en la actividad probatoria, en consonancia con el principio acusatorio formal vigente en nuestro ordenamiento<sup>105</sup>, pero ello no puede traer consigo una alteración sustancial de los términos en que se expresa la ley. No es sólo que el art. 730 prevea explícitamente que la eventual lectura se llevará acabo a instancia de parte, excluyendo tácitamente al órgano jurisdiccional —ello cabe deducir de la neta separación entre los supuestos del art. 729 y 730—, sino que además permitiendo la actuación de oficio del órgano jurisdiccional en este marco, estaríamos reconociéndole la facultad de convertir en medio de prueba algo que por su naturaleza no puede serlo. Tal debemos inferir de la excepcionalidad del supuesto contemplado en el art. 730, cuyo objeto, recordemos que se refiere a actos de investigación sumariales, difiere de aquel sobre el que recae el art. 729.2º, diligencias de prueba no propuestas por las partes. El hecho cierto es que el problema que se pretende resolver por el art. 730 no es la sanación de la inactividad de las partes en orden a la propuesta de una determinada diligencia de prueba, sino la posible conversión de un acto de investigación en medio de prueba a través de su lectura, de modo que incluso siendo propuesta esta operación por alguna de las partes, no será admitida si la irreproducibilidad de la diligencia fuera imputable a quien la solicitara<sup>106</sup>. Incumplida aquella condición, el acto de investigación sumarial conservaría su naturaleza originaria siendo inviable su transformación en medio de prueba al margen de las prescripciones de la Ley. Por todo ello estimamos notablemente excesivo admitir que en este marco puedan operar las facultades que el art. 729.2º atribuye al órgano sentenciador.

a.2) *Los requisitos subjetivos: la intervención judicial y la participación de las partes personadas, en especial el inculgado, en la realización de la diligencia*

<sup>104</sup> De este modo, ORTELLS RAMOS, "La eficacia probatoria...", op.cit., págs. 395 y 411.

<sup>105</sup> Vid. DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del Juez*, Granada, 1996, págs. 339-360.

<sup>106</sup> Acerca de este argumento véase MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria...*, op.cit., págs. 419-420.



La fijación de los requisitos subjetivos en relación con el órgano que interviene en la diligencia, puede válidamente plantearse en el sentido de dilucidar a qué diligencias se está refiriendo el art. 730, esto es, si entendemos como tales exclusivamente las practicadas por el instructor o si, tienen cabida bajo esta rúbrica también las que, presumiblemente, en el marco del procedimiento abreviado, lleve a cabo el M.F. Para ello debemos partir del hecho de que las diligencias fiscales, en los términos del art. 789.3 L.E.Crim., es decir, siendo suficientes para formular la acusación, podrán llegar a ser las únicas que se realicen previamente al juicio oral, además de que en su práctica se habrán observado las mismas garantías señaladas para las judiciales (art. 785.bis.2). En esta tesitura parece obligado fijar el valor que debe atribuirse a las diligencias intervenidas por el M.F. En relación con este punto, la norma vigente no es otra sino el art. 5 E.O.M.F. que proclama “la presunción de autenticidad” de todas las diligencias que lleve a cabo directamente o se practiquen bajo su dirección. Tal expresión permite sugerir una posición prevalente respecto a las meramente policiales, pero, en modo alguno, puede llevarnos a pensar que las diligencias intervenidas por el M.F. ostentan una calidad especial que las privilegia incluso sobre las llevadas a cabo por el Juez instructor. Cabría, *ab initio*, coincidir con lo afirmado por la Fiscalía General del Estado<sup>107</sup>, sin duda en cuanto a que estas actuaciones carecerán de valor probatorio alguno en el juicio oral; pudiendo admitir, con reservas, que de lo único que harán prueba será de su realización y del resultado obtenido con ellas, pero no de la veracidad de su contenido<sup>108</sup>. Pero estimamos que tal aseveración debe ser matizada, para ponerla en relación con las posibilidades que a las diligencias fiscales otorga la propia L.E.Crim., señaladamente el art. 789.3, para así reconocer que esta calidad de “autenticidad” estaría en función de su “suficiencia” en orden a formular la acusación, sin que quepa deducir mayores consecuencias<sup>109</sup>.

La negación de este valor probatorio se corrobora desde otra perspectiva, pues el M.F. no goza de carácter jurisdiccional y, en consecuencia, no puede contribuir mediante su intervención a crear medios de prueba, siendo su función más bien la de asegurar fuentes probatorias. Lo que, de acuerdo con lo manifestado por el T.C. y aparentemente sugerido por algún autor<sup>110</sup>, en sí mismo bastaría para excepcionar las diligencias fiscales de la vía proporcionada por el art. 730, aunque, inevitablemente, ello condujera a la pérdida de los resultados que, en su caso, se hubieran obtenido.

---

<sup>107</sup> *Circular 1/1989*, págs. 40-41.

<sup>108</sup> En el mismo sentido, VARELA CASTRO, “Investigación...”, *op.cit.*, pág. 134.

<sup>109</sup> Debemos reconocer que, voluntaria o inintencionadamente, la definición que de la “autenticidad” de las diligencias fiscales lleva a cabo la Fiscalía guarda bastante similitud con los efectos probatorios que se deducirán de un documento. Vid. *supra*.

<sup>110</sup> En esta línea DÍAZ CABIALE, *La admisión...*, *op.cit.*, págs. 196-198; y en *Prueba documental...*, *op.cit.*, pág. 328.

Esta línea argumental, sin embargo, no es la correcta. Y es que el objeto del art. 730 no está constituido por medios de prueba, sino diligencias instructoras a las que excepcionalmente se les atribuye valor probatorio. En este orden de ideas, el mismo motivo serviría para excluir las diligencias intervenidas por el Juez de instrucción porque no podrían ser calificadas como prueba en ningún caso. La labor del Instructor es esencialmente la de asegurar fuentes de prueba, como antes señalamos en relación con el M.F. Podríamos acudir, no obstante, a otros argumentos para alcanzar este mismo resultado.

Un primer acercamiento al tema nos llevaría a ponderar una cuestión de mínimos. Convenimos, como ya afirmamos, en que se trata de una situación excepcional que lleva a valorar como prueba, al margen de las prescripciones del art. 741, algo que por su naturaleza no puede revestir tal carácter. En este sentido, nada parece oponerse a que intentemos acercar las exigencias inherentes a la actividad probatoria a diligencias instructoras que, por mor de su "irreproducibilidad", van a adquirir aquella calidad. Desde esta posición, la exclusiva admisión de las diligencias instructoras, en sentido estricto, permitiría cumplimentar la garantía esencial de los actos de prueba, esto es, la intervención judicial, que se nos antoja irrenunciable, siendo impracticable una efectiva contradicción de las partes en la realización de la diligencia.

Además, el M.F. ostenta en el proceso una posición interesada<sup>111</sup>, de modo que de admitir la lectura de sus diligencias investigadoras se estaría privilegiando a una de las partes en perjuicio de la otra, que ve limitada su actuación a cuestionar negativamente el contenido de la diligencia en el acto del juicio oral, máxime cuando la diligencia en cuestión es, como requiere el art. 730, irrepetible, lo que implicaría una ruptura del principio de igualdad que se encuentra en la raíz del de defensa. Y, finalmente, este privilegio resultaría igualmente censurable respecto de las otras partes acusadoras, invirtiéndose de este modo la objeción para reconocer la indudable indefensión en que las acusaciones particulares y populares se encontrarían ante la actuación "interesada" del M.F., que no goza del rasgo de independencia que caracteriza la actuación de los Jueces<sup>112</sup>.

Evidentemente, ello supondría una pérdida de los resultados obtenidos mediante aquellas actuaciones. Quebranto que se debiera imputar a la incompetencia del legislador al regular el procedimiento abreviado y que

---

<sup>111</sup> La discusión sobre si el M.F. es o no parte nos parece espuria y alejada de la realidad. En este sentido se manifiesta ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op.cit., págs. 186-187. Este mismo motivo, unido al carácter preprocesal y extrajudicial de las diligencias practicadas por el M.F. es puesto de manifiesto por MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria...*, op.cit., págs. 355-356.

<sup>112</sup> Acerca de los efectos de la investigación fiscal sobre el derecho a la tutela judicial del ofendido y de la acción popular, véase ORTELLS RAMOS, M., "Nuevos poderes para el M.F. en el proceso penal", en *Revista de Derecho Procesal*, 1990, nº. 2, págs. 252-257.

objeta la propia existencia de las diligencias fiscales con la amplitud que presupone el art. 789.3 L.E.Crim. Porque el M.F., las más de las veces, como cuando sea preciso la práctica de prueba sumarial anticipada, se verá obligado a cesar en su investigación poniendo al Juez de instrucción en conocimiento de la *notitia criminis* para que practicara las diligencias que estimara pertinentes. Estas sí, cuando estuvieren afectadas de una irrepetibilidad sobrevenida, susceptibles de ser valoradas por el juzgador de acuerdo con lo prescrito en el art. 730.

Instaurado un mecanismo de sustitución como el sugerido, la cuestión de la pérdida de aquellas diligencias tendría una trascendencia menor. Sin embargo, debemos admitir que esta interpretación introduciría un elemento de distorsión importante, como se deriva del hecho de que mientras las diligencias policiales podrían ser incorporadas al proceso por los medios que abordaremos en este trabajo, no sería factible decir otro tanto de las intervenidas por el M.F., cuando aparentemente se las atribuye una "presunción de autenticidad" que no comparten los actos de investigación policiales. Debemos también rechazar la posibilidad de que el Fiscal "instructor" declarara como testigo de referencia en la causa, y ello no sólo como consecuencia de la previsibilidad del carácter escrito de su declaración como se desprende de lo dispuesto en el art. 703 L.E.Crim., con el consiguiente menoscabo de las garantías de inmediación y contradicción que, precisamente, se pretenden hacer valer mediante su comparecencia, sino principalmente por el contrasentido de que un miembro de una institución caracterizada orgánicamente por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica actuará como testigo en un procedimiento en que otro miembro ejerce la acusación<sup>113</sup>. Para algunos autores ello obligaría a aceptar su lectura por un trámite similar al previsto en el art. 730<sup>114</sup>. Desde la óptica imperante en la jurisprudencia del T.C. y T.S. en relación con las diligencias policiales, debiera concluirse admitiendo la incorporación de las fiscales. Pero tales argumentos, no obstante, se estiman de menor peso que los vertidos en favor de la exclusiva consideración de las diligencias judiciales. Ciertamente, si se pretende la recuperación del carácter predominante del juicio oral en orden a enervar la presunción de inocencia, evitando la valoración en términos probatorios de lo sucedido en la fase de investigación; aspecto que se alega por quienes favorecen la adopción de una instrucción fiscal<sup>115</sup>, además de expresa-

<sup>113</sup> También rechazado por ASECIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op.cit., pág. 187; y MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria...*, op.cit., pág. 357.

<sup>114</sup> En este sentido, tanto, VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia...*, op.cit., págs. 420-421; como SANCHÍS CRESPO, *El Ministerio Fiscal...*, op.cit., pág. 67.

<sup>115</sup> Vid. entre otros: GIMENO SENDRA, "Las partes acusadoras", op.cit., págs. 98-101, y en "Algunas sugerencias sobre la atribución al M.F. de la investigación oficial", en *Justicia* 88, nº. IV, págs. 829-834; VIVES ANTÓN, T.S., "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en *Poder Judicial*, nº. especial VI ("Jornadas sobre la Justicia penal en España"), 1987, págs. 96-106.

mente reconocido en la Ley del Jurado (Exposición de Motivos, IV.3)<sup>116</sup>, nos parece poco correcto facilitar la penetración de tales diligencias por la vía del art. 730. El Fiscal pues habrá de ser lo suficientemente diligente en su actuación para instar la colaboración del instructor cuando temiera la pérdida de alguna fuente de prueba, consciente de sus propias limitaciones.

Esto es, las diligencias del M.F. sólo tendrían valor en el sumario, en la medida en que, de acuerdo con la finalidad de éste, el Juez las estimara suficientes, a instancia de aquél, para formular la acusación. Dar un paso más y sobrevalorar estas actuaciones para hacerlas susceptibles de convertirse en fuentes de prueba vulneraría el espíritu de la norma.

En definitiva, nuestra posición será la de considerar que la vía del art. 730 quedará reservada a las diligencias sumariales, en sentido estricto, entendiéndose por tales las intervenidas por el órgano judicial en funciones instructoras de la causa.

Desde la perspectiva del derecho de defensa y de la eventual participación del inculpado y de las otras partes personadas en la realización de la diligencia, la cuestión adquiere otra dimensión. Desde luego que no nos encontramos aquí en el marco de la prueba anticipada, cuya práctica deberá llevarse a cabo con absoluto respeto de las garantías que presiden la actividad probatoria<sup>117</sup>. Al contrario, el objeto específico de esta actuación serán las diligencias sumariales irrepetibles, cuya incorporación viene condicionada, a decir del T.C. y de la literatura, porque en su práctica se garantice, en la medida de lo posible, «*el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción*»<sup>118</sup>. En verdad, ello sólo será posible si todas las partes personadas, entre las que se encuentra el inculpado, han dispuesto de la oportunidad de intervenir en su práctica. Tal posibilidad de contradicción en la realización de la diligencia sumarial constituirá, pues, el otro requisito subjetivo de la lectura de las actuaciones sumariales al amparo del art. 730 L.E.Crim.

En este sentido, si bien podemos coincidir con Vegas Torres<sup>119</sup>, ampliando su argumentación a cualquier otra diligencia sumarial, en cuanto a que quedarían excluidas las declaraciones testificales producidas con anterioridad a la imputación, así como las que se practicaran durante el secreto de las actuaciones, y todas aquellas declaraciones en las que de hecho

<sup>116</sup> Circunstancia que cuenta con el posicionamiento favorable del CGPJ -Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº. 117, mayo de 1994, p. 66- y FGE -Memoria de 1995, pp 21 y 22.

<sup>117</sup> Y ello aunque la vía del art. 730 pueda ser la correcta para introducir los resultados que de ella se dedujeran. ORTELLS RAMOS, en AA.VV., *Derecho jurisdiccional*, op.cit., pág. 330, quien además sugiere el trámite previsto en el art. 703.

<sup>118</sup> Vid. SS.T.C.: 182/1989, de 3 de noviembre, F.J. 2º; 124/1990, de 2 de julio, F.J. 2º. También ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op.cit., pág. 186; VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia...*, op.cit., págs. 227-228.

<sup>119</sup> *La presunción de inocencia...*, op.cit., págs. 428-429.

no se hubiera dado oportunidad de intervenir al imputado, aunque legalmente estuviera prevista su intervención; disentimos, sin embargo, de la exclusión de los testimonios vertidos en autos con posterioridad al acto de imputación, pero previamente a que el sujeto pasivo se personara en la causa, siempre que se respetara un plazo lógico para ello.

La objeción se asienta en la doctrina constitucional relativa al derecho de defensa y al nacimiento de este derecho en el marco del proceso penal. En cuanto al primero de los aspectos, no cabe hablar de una transgresión del derecho de defensa si la situación perniciosa para la parte fuera atribuible de modo directo a ésta, es decir: provocada, consentida o voluntariamente adoptada por el sujeto<sup>120</sup>. El acto de imputación, de acuerdo con lo establecido en el art. 118 L.E.Crim.<sup>121</sup>, y la transmisión de la noticia al inculpado<sup>122</sup> marcan el punto de arranque del derecho de defensa, a partir del cual este derecho despliega todos sus efectos, significativamente, la

<sup>120</sup> Vid. SS.T.C.: 48/1984, de 4 de abril, F.J. 1º; 90/1987, de 3 de junio, F.J. 2º; 8/1991, de 17 de enero, F.J. 3º; 50/1991, de 11 de marzo, F.J. 5º; y ATC 703/1984, de 21 de noviembre, F.J. 2º.

<sup>121</sup> Acto de imputación que se identifica tanto con la adopción de cualquier medida cautelar, como con la dicción del auto de procesamiento, o incluso, por la determinación del sujeto en alguno de los medios de iniciación de proceso penal; resultando implícito, aunque no se mencione en la citación intimidatoria de los arts. 486 y 789.4 L.E.Crim. - Vid. en este sentido: GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, op.cit., págs. 76 y ss.; GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, Madrid, 1988, pág. 91; VERGÉ i GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994, pág. 50-. Matizado este aserto para negar que denuncia y querrela, como modos de iniciación del proceso penal, constituyan por sí mismos actos de imputación que provoquen el surgimiento del derecho de defensa, sino que, antes bien, estarán en función de su admisión por el órgano jurisdiccional, debe convenirse en que se tratará, en su conjunto, de actos emanados del Juez. El derecho de defensa, no obstante, se encuentra también presente en las actuaciones pre-procesales, aun cuando, como no puede ser de otro modo, se manifieste con las peculiaridades propias de ese momento. Es ésta la única interpretación admisible de la potenciación de las competencias instructoras del M.F. en el procedimiento penal abreviado. De forma que si en aplicación del art. 785.bis.2, el M.F. citase a quien, a causa de una denuncia aparece como sospechoso de la comisión de un hecho punible, éste gozará de los mismos derechos que le amparan cuando de modo semejante se practica la citación intimidatoria ante el Juez -Véase: ALMAGRO NOSETE, en AA.VV., *El nuevo proceso penal*, op.cit., págs. 75-80; VERGÉ i GRAU, *La defensa...*, op.cit., pág. 53-. La minusvaloración de la intervención del Juez en este período que comporta la sustracción de facultades que hasta ahora venía desempeñando, a nuestro entender sin tacha alguna, en modo alguno puede avalar un menoscabo de los derechos que amparan al sujeto pasivo.

<sup>122</sup> Cuya dimensión constitucional resulta del art. 24.2 C.E. al reconocer el "derecho a ser informado de la acusación", constituye la piedra angular sobre la que descansa el derecho de defensa, configurándose como «una garantía en favor del equilibrio entre acusador y acusado en el proceso penal» (S.T.C. 9/1982, de 10 de marzo, F.J. 1º). Identificada, en el momento que nos ocupa, más bien, como el "derecho a ser informado de la imputación" y sin perjuicio de su constancia ulterior por escrito, tendrá un carácter eminentemente oral, aunque de forma que garantice la comunicación -Vid. STEDH,

facultad de presenciar e intervenir en todas las diligencias de procedimiento (art. 302.I L.E.Crim.)<sup>123</sup>. La omisión de esta actuación, personándose en la causa, constituirá, salvo que pueda justificarlo de algún modo, un acto únicamente imputable a su persona, sin que su derecho de defensa se vea por ello lesionado. En estos, como en aquellos otros casos en los que ya personado se negara a asistir, será constitucionalmente admisible su lectura con los presupuestos del art. 730 L.E.Crim. Lo mismo sería predicable de los casos en que las otras partes personadas hubieran hecho "oídos sordos" a la notificación sobre la celebración de un determinado acto de prueba.

### a.3) *El requisito formal: la lectura de las diligencias*

El requisito formal de la incorporación de las diligencias sumariales por los trámites del art. 730 L.E.Crim. se materializa en la exigencia de la lectura pública de las mismas durante el juicio oral. Desde el T.C. se ha llevado a cabo una labor correctora de lo que hasta el momento constituía la práctica generalizada, a la vez que, en relación con lo anterior, se ha atribuido a la lectura una trascendencia inusitada<sup>124</sup>.

En el primero de los sentidos, la actuación del T.C. ha ido dirigida a la eliminación de la corruptela que venía siendo común de no proceder casi nunca a la lectura, siendo ésta sustituida por la fórmula de darla "por reproducida"<sup>125</sup>, abogándose porque este trámite se haga efectivo «*no como una simple fórmula retórica o de estilo*». Tal exigencia se conectaba, como

Caso Brozicek, de 19 de diciembre de 1989-, que debiendo ser practicada de inmediato de acuerdo con lo previsto en los arts 118.2 L.E.Crim. y 25.1 de la Ley del Jurado, planeará sobre todo el proceso. Acerca de los modos de transmisión de la información en derecho comparado véase, en general, VERGÉ i GRAU, *La defensa...*, op.cit., págs. 54-55. Sobre el hecho natural o histórico que integra el contenido de la comunicación, además de la calificación jurídica, en el momento procesal oportuno que merece, véase GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 1947, T. I, págs. 51 y ss.; GIMENO SENDRA, *Constitución...*, op.cit., pág. 101; VERGÉ i GRAU, *El derecho...*, op.cit., pág. 57.

<sup>123</sup> Con la salvedad, durante el juicio oral, del supuesto de expulsión «*cuando el acusado altere el orden con una conducta inconveniente y persista en ella a pesar de las advertencias del Presidente y el apercibimiento de hacerle abandonar el local*» (art. 687 L.E.Crim.), o cuando la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad o, siendo de distinta naturaleza, cuando no exceda de seis, habiendo sido citado en persona o en su domicilio o en persona señalada por él a tal efecto, a solicitud del M.F. o de la parte acusadora, y oída la defensa, si el juzgador estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento (art. 793.1.II L.E.Crim.), o en los juicios de faltas (art. 970). Desde la doctrina, no obstante, se solicita que se regule una disposición por la que se exija, de modo general, -específicamente se recoge en los arts. 333 y 336 L.E.Crim.- la previa comunicación al imputado de cualquier diligencia sumarial. Vid. ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op.cit., pág. 167.

<sup>124</sup> Vid. SS.T.C. 22/1988, de 18 de febrero, F.J. 2º; 10/1992, de 16 de enero, F.J. 2º; 32/1995, de 6 de febrero, F.J. 4º.

<sup>125</sup> Recordar la condena de esta fórmula por el T.E.D.H. en el Caso Barberá, Messegue y Jabardo, de 6 de diciembre de 1988.

se subrayó, con la trascendencia que a la lectura de la diligencia se asignaba, por cuanto se entendía que su cumplimiento permitiría que se viera satisfecho plenamente el principio de contradicción. Es en este segundo aspecto en el que debemos disentir. Convenimos en afirmar que la lectura satisfará sin duda la exigible oralidad y publicidad de las actuaciones<sup>126</sup>, pero no ocurrirá otro tanto con la contradicción, que requerirá la posibilidad para las partes de controvertir directamente el medio de prueba<sup>127</sup>, objetivo que difícilmente se alcanzará con la simple lectura. Sólo desde la propia excepcionalidad de la situación que ampara el art. 730, cabe admitir tan deficiente plasmación del principio.

b) *Los requisitos del art. 714 de la L.E.Crim*

Según reza el art. 714 de la L.E.Crim.: «*Cuando la declaración de un testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes*». Después de lo manifestado en relación con el art. 730, la lectura de las declaraciones vertidas durante el sumario por la vía del art. 714, cuya aplicación se amplía vía jurisprudencial a las que, en su caso, llevarán a cabo los imputados<sup>128</sup>; e, incluso, según parte de la literatura, a los informes periciales<sup>129</sup>; en buena lógica, se referirá exclusivamente a las realizadas ante el instructor, debiéndose respetar la contradicción del acto mediante la presencia física del deponente en la lectura. No será ésta, sin embargo, la línea interpretativa seguida por nuestros Tribunales, quienes van a admitir como elemento de comparación de las eventuales contradicciones que se observaran las declaraciones prestadas ante la Policía, aunque no fueran ratificadas ante el Juez de instrucción<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> Destacado por ORTELLS RAMOS, M., "Eficacia probatoria del sumario ante el Tribunal del Jurado", en *Justicia* 87, nº. II, pág. 349.

<sup>127</sup> Especialmente cierto tratándose de declaraciones testificales. Vid. al respecto LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J.L.; y RODRÍGUEZ RAMOS, L., "El abandono de la teoría de la lectura sanadora", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 13 de febrero de 1992, año II, nº. 40, págs. 1-3.

<sup>128</sup> Vid. S.S.T.S. de 13 de octubre de 1989 (R. 7684), F.J. 2º; 28 de mayo de 1990 (R. 4455), F.J. 1º; 15 de octubre de 1990 (R. 8084), F.J. 2º; 2 de noviembre de 1990 (R. 8505), F.J. Único.

<sup>129</sup> En este sentido: ORTELLS RAMOS, "Eficacia probatoria...", op.cit., p. 418, aunque en *Derecho jurisdiccional*, op.cit., p. 332, manifieste ciertas dudas. Refiriéndose a los casos de coincidencia entre los peritos que realizaron el informe en sede sumarial y en el plenario es admitido por VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia...*, op.cit., pp. 536-541.

<sup>130</sup> TOMÉ GARCÍA, J.A., en AA.VV., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1993, pp. 447-448, también se posiciona dentro de esta corriente, lo que no parece armonizarse muy bien con el hecho de que no admita que por el cauce del art. 730 L.E.Crim. se introduzcan también diligencias intervenidas por la Policía (p. 449). Muy crítico con esta postura se manifiesta VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia...*, op.cit., pp. 396-402.

Objetivamente la lectura de la declaración sumarial procederá cuando se observe la existencia de contradicciones entre ésta y la prestada durante la fase probatoria. Tal disconformidad, cuya "sustancialidad" será valorada por el órgano jurisdiccional, podrá consistir tanto en la mera contradicción entre lo declarado en ambas sedes como en la omisión de algún dato esencial en la declaración posterior. ORTELLS<sup>131</sup> también refiere el supuesto en que la declaración prestada en el plenario complementara la anterior, pero estimo que tal circunstancia sólo sería subsumible en los términos del art. 714 cuando tal complementación fuera contradictoria con lo inicialmente declarado. La preeminencia de lo actuado durante el juicio oral avalaría esta conclusión, sin embargo, no parece tan claro este principio entre la jurisprudencia emanada tanto del T.C. y T.S.

Esta postura se manifiesta especialmente en el valor probatorio que se atribuye a la declaración sumarial. En este sentido, si en aras de aquel principio, la finalidad de la lectura debería tener por objeto controvertir la credibilidad del sujeto, ofreciendo al juzgador «*un elemento de valoración de la declaración ante el prestada*», como manifestara Herce Quemada<sup>132</sup>, la doctrina del T.C. y del T.S. se orientará más bien, a igualar el valor probatorio de ambas deposiciones, para incluso reconocer la posibilidad de que el órgano jurisdiccional funde su decisión en lo vertido en sede sumarial<sup>133</sup>.

Notablemente críticos con esta actitud, que actuará contra la plena efectividad de las garantías probatorias inherentes al debido proceso, debemos dar constancia del intento de justificar esta lectura por parte de la doctrina desde una doble perspectiva. Un primer argumento lo brinda Silva Melero al reconocer la posibilidad de que la declaración sumarial «*grave en el ánimo de los juzgadores a efectos de formar el convencimiento*»<sup>134</sup>. Tal circunstancia, no obstante, no será motivo bastante para admitir que el órgano sentenciador pueda basarse en aquella declaración para

<sup>131</sup> "Eficacia probatoria...", op.cit., p. 419.

<sup>132</sup> Con GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 257. En el mismo sentido, DÍAZ CABIALE, "Prueba documental...", op.cit., pp. 363; MIRANDA ESTRAMPES, "Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado", en AA.VV, *Cuadernos de Derecho Judicial ("El Tribunal del Jurado")*, Madrid, 1996, p. 498; VERGÉ i GRAU, J., "Algunas observaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 20 de abril de 1994", en *Justicia 94*, nº. III, pp. 569-570; y en "Las pruebas ante el Tribunal del Jurado", en *Cuadernos de Derecho Judicial ("El Tribunal del Jurado")*, op.cit., pp. 454-455.

<sup>133</sup> Vid. SS.T.C. 137/1988, de 7 de julio, F.J. 3º; 98/1990, de 24 de mayo, F.J. 2º; 133/1994, de 9 de mayo, F.J. 4º; y SS.T.S. de 18 de julio de 1988 (R. 6601), F.J. Único; 12 de enero de 1989 (R. 21), F.J. 1º; 4 de junio de 1990 (R. 5116), F.J. 1º, y de la misma fecha (R. 5121), F.J. Único; 18 de abril de 1991 (R. 2808), F.J. 2º, respectivamente. En este mismo sentido se manifiesta ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, op.cit., pp. 332-333 y 426.

<sup>134</sup> *La prueba procesal*, op.cit., p. 194.



dictar sentencia, antes al contrario, constituirá un supuesto de "contaminación" del órgano jurisdiccional, con los efectos que ya referimos al hablar de la licitud probatoria, que además, atemperado por la exigencia de motivación devendrá inoperante. Por otro lado, autores como Vegas Torres<sup>135</sup>, quien comparte inicialmente la posición de Herce Quemada, llegan a excusar la actitud de los Tribunales en aras a lograr una mayor eficacia en la represión de los delitos, subrayando el menor sacrificio de las garantías que rodean la producción de las pruebas en el juicio que implica la aplicación de este artículo frente al 730. No podemos compartir tampoco esta posición por cuanto supedita garantías constitucionales que deberían ser inatacables a la resolución de problemas, tales como el olvido de los testigos o el temor a represalias, que tienen más que ver con una adecuada dotación de medios en orden a evitar dilaciones injustificadas o la propia seguridad de los intervinientes en el proceso<sup>136</sup>.

## **2. Las diligencias policiales. Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo**

Anticipando nuestras conclusiones debe partirse del hecho cierto de que la doctrina emanada sobre todo del T.S. prescinde del principio que, en nuestra opinión, debería orientar el reconocimiento de valor probatorio de las diligencias instructoras consideradas en general, esto es, la imposibilidad absoluta de practicar la diligencia como acto de prueba en el juicio oral. Conscientes de ello, no obstante, vamos a intentar esbozar y, si fuera posible, armonizar la posición que acerca de esta materia sostiene el T.C. con la resultante de la jurisprudencia del T.S., constatando la crucial penetración de la línea interpretativa seguida por el T.S. en los postulados del T.C.<sup>137</sup>.

No se suscitará problema alguno con las declaraciones vertidas por los propios agentes o por terceros recogidas en el atestado, que carecerán de valor probatorio si no son ratificadas en el juicio oral por sus autores<sup>138</sup>, o subsidiariamente, en el segundo supuesto, constatada la imposibilidad de

<sup>135</sup> *Presunción de inocencia...*, op.cit., págs. 384-396.

<sup>136</sup> En esta línea se ha ganado bastante con la L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales.

<sup>137</sup> Aunque el T.C. asimila las diligencias de "imposible" y "muy difícil reproducción" -así, S.T.C. 82/1988, de 28 de abril, F.J. 2º-, debe ponderarse que el órgano decisor deberá prestar especial cuidado en orden a evitar que por mediación de las de la segunda categoría resulte afectado el predominio del juicio oral en la configuración de la actividad probatoria.

<sup>138</sup> Vid. SS.T.C. 100/1985, de 23 de octubre, F.J. 2º; 182/1989, de 3 de noviembre, F.J. 2º; 217/1989, de 21 de diciembre, F.J. 2º; 259/1994, de 26 de septiembre, F.J. 3º. El propio T.E.D.H. declaró en el Caso Unterpertinger, de 24 de noviembre de 1986, que la lectura en el juicio oral de las declaraciones policiales, no era contrario al

cumplir por el tercero con aquel requisito, por los agentes que presenciaron la declaración como testigos de referencia<sup>139</sup>.

La posición del T.C. acerca de la eficacia probatoria de las diligencias policiales tiene su ejemplo más representativo, entre las presuntamente irreproducibles, en la denominada “prueba alcoholométrica” o “prueba de impregnación alcohólica” —prescindimos de cuestionarnos de nuevo acerca del acierto terminológico—. La controversia sobre si podría llegar a juzgarse atentatoria contra el derecho “a no declarar contra sí mismo” y, en la misma medida, ser ineficaz para enervar la presunción de inocencia, fue resuelta con absoluta claridad, en cuanto a decir del T.C.: «*no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia*» —S.T.C. 103/1985, de 4 de octubre, F.J. 3º—<sup>140</sup>.

Aunque el uso de un calificativo tal como “pericial” para referirse al “test alcoholométrico” merecería, ya *prima facie*, nuestra objeción, por cuanto se hace muy difícil aceptar que la utilización de un aparato medidor como el alcoholímetro exija conocimientos especializados de alguna técnica, ciencia o arte que condiciona la práctica de una prueba pericial<sup>141</sup>; no conseguiría este aspecto que nos parásemos más en él, salvo que de esta caracterización se pretendieran deducir consecuencias que sí afectarían al objeto de nuestro

derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de descargo en las mismas condiciones que los de cargo -art. 6.3 d) C.E.D.H.-, siempre que se respete el derecho de defensa del inculcado, cosa que en el caso no se produjo al ampararse los testigos en su condición de parientes del acusado para no declarar en el juicio oral, lo que a la postre determinó que se entendiera infringido el artículo antedicho.

<sup>139</sup> Vid. S.T.C. 79/1994, de 14 de marzo, F.J. 3º; 261/1994, de 3 de octubre, F.J. 2º, 35/1995, de 6 de febrero, F.J. 3º; 51/1995, de 23 de febrero, F.J. 2º.

<sup>140</sup> En la misma sentencia se rechazaban otras objeciones como las de considerar contraria esta diligencia al derecho a la libertad personal, a la integridad física, a la no obligación de declarar y a no declararse culpable (*Ibidem*). Autores como GIMENO SENDRA, en AA.VV., *El proceso penal*, op.cit., págs. 525-329, se han cuestionado también la afectación por esta diligencia de los derechos antedichos, a los que se suma el derecho a la libertad de movimientos (art. 17 C.E.) y a la legalidad material y procesal (art. 25 C.E.). En contra de la doctrina constitucional se manifiesta VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia...*, op.cit., págs. 152-153; además de ASENIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op.cit., págs. 140-143, quien se revela favorable a considerar que el derecho a la libertad se vería infringido por causa de la detención ilegal que implican los controles indiscriminados de alcoholemia. Más en la línea de la jurisprudencia constitucional GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales...*, op.cit., págs. 44-45.

<sup>141</sup> El propio T.C. parece consciente de este exceso al referirse en otra ocasión a esta operación como “prueba pericial lato sensu” (S.T.C. 145/1985, de 28 de octubre, F.J. 4º). No obstante, como “informes periciales provisionales” vienen citadas tales diligencias en el apartado c) del art. 28 del RD. 769/1987.

estudio. Esto es, si lo que se esconde tras esa identificación es un intento de homogeneizar los efectos que presumiblemente se derivarían de una prueba pericial llevada a cabo con todas las garantías (arts. 456-485 L.E.Crim.) y los resultados que se obtuvieran del “test de alcoholemia” que, por supuesto, no cumple con aquéllas. De ahí que, a modo de preámbulo se haga constar nuestro rechazo a la lectura antedicha. El lenguaje del Constitucional puede llevarnos al error de pensar que para éste los resultados del “test de alcoholemia” carecerían por sí mismos de valor probatorio alguno. Así cabría deducirlo de pronunciamientos tempranos acerca de esta cuestión, como el de la S.T.C. 100/1985, de 3 de octubre, al afirmar que para que «*el atestado policial...se convierta en auténtico elemento probatorio en el proceso, no basta con que se dé por reproducido en el juicio oral, sino que es preciso que sea reiterado y ratificado ante el órgano judicial, normalmente, mediante la declaración testifical de los agentes policiales firmantes del atestado*» (F.J. 1º).

La clave interpretativa, pues, habría que buscarla en el significado que se atribuye a la ratificación ante el órgano jurisdiccional, esto es, si aquélla condiciona o no los efectos probatorios del “test”. Aparentemente así sería si descontextualizáramos algunas manifestaciones de la S.T.C. 145/1985, que en relación con este tema requería que el resultado del “test de alcoholemia” fuera «*avalado o completado en el curso del proceso para que (pudiera) convertirse en prueba de cargo*». No obstante una lectura completa sugeriría otro resultado. De este modo, el T.C., recurriendo para ello al tipo delictivo en que más habitualmente se plasmaba esta prueba, como era el regulado en el art. 340.bis.a).1 del antiguo C.P., anticipaba, en buena lógica, que éste «*no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas*». De ahí venía la necesaria complementación, pero no para que los resultados del “test” se convirtieran en prueba de cargo, que ya lo eran aunque en relación con determinados elementos del tipo —esto es, la presencia en la sangre de un grado de impregnación alcohólica prohibido—, sino para que se perfeccionara en su totalidad el tipo y con él la preceptiva existencia de una “mínima actividad probatoria de cargo”. El objeto de la declaración testifical será, pues, completar la prueba incriminatoria, pero el T.C. incurre en un nuevo error en la citada Sentencia 145/1985 al referir, además de la declaración testifical de los agentes, otros medios “presuntamente confirmatorios” entre los que se cuenta la conservación de muestras de sangre para su posterior análisis (F.J. 4º), ya que de existir tales, desde una ajustada interpretación de la eficacia probatoria de las diligencias investigativas, debería procederse a la práctica de la prueba en el juicio oral, sin que se atribuyera valor alguno a los resultados obtenidos con anterioridad<sup>142</sup>.

<sup>142</sup> Salvo cuando, como veremos, fueran éstos contradictorios, en cuyo caso, jurisprudencialmente, se asimilan a los supuestos previstos en el art. 714 L.E.Crim.

De los ambiguos términos referidos cabe deducir, provisionalmente, dos conclusiones: por un lado, que el T.C. reconoce, ya en este primer período, eficacia probatoria a las diligencias policiales irreproducibles; por otro, que la comparecencia en la causa de quienes practicaron la diligencia no condiciona la eficacia probatoria de la actuación, sino que se dirige a consumir la exigencia de una “mínima actividad probatoria de cargo”.

Desde la perspectiva del T.S., las diligencias policiales incorporadas al atestado son clasificables en tres categorías cuya eficacia probatoria difiere<sup>143</sup>, atribuyendo el valor de meras denuncias a aquéllas de naturaleza esencialmente subjetiva, como las declaraciones testificales recogidas en la fase de investigación<sup>144</sup>. Al lado de éstas se consolidan otras dos categorías: las resultantes de operaciones de carácter técnico, a las que, como también ocurría con el T.C., se califica de “periciales”; y las caracterizadas como “objetivas y de resultado incontestable”, relativas básicamente a actividades de aprehensión de delincuentes y recogida de efectos e instrumentos del delito, que Vegas Torres<sup>145</sup> denomina “actos de constatación policiales documentados en el atestado”.

Las primeras centrarán nuestra atención más adelante. Respecto a los “actos de constatación policiales”, el T.S. considera que tal y como vienen reflejadas en el atestado ostentan el valor de “verdaderas pruebas”, de modo que los funcionarios intervinientes se verán exonerados en todo caso de comparecer ante el órgano jurisdiccional<sup>146</sup>. Como veremos las presuntas diferencias entre la doctrina jurisprudencial referida a tales diligencias y las de carácter técnico, por los resultados prácticos que se derivarían de ambas, serán mínimas.

Aun siendo más proclive a admitir el valor probatorio de las diligencias policiales, hemos de convenir en que la posición del T.S. en relación con las diligencias de carácter técnico ha experimentado sucesivos vaivenes. Esta situación se pone de manifiesto en el tratamiento de la “prueba dactiloscópica”, respecto de la cual, tras afirmar reiteradamente la obligación de comparecer en juicio de los practicantes<sup>147</sup>, se ha procedido a intentar justificar su ausencia desde

<sup>143</sup> A esta triple clasificación se refieren entre otras las SS.T.S. de 23 de enero de 1987 (R. 450), F.J. 4º; y 5 de diciembre de 1988 (R. 9362), F.J. 4º.

<sup>144</sup> En este sentido las SS.T.S. de 11 de julio de 1990 (R. 6294), F.J. 1º; 5 de diciembre de 1990 (R. 9423), F.J. 3º; 14 de febrero de 1995 (R. 758), F.J. 1º.

<sup>145</sup> *La presunción...*, op.cit., págs. 557 y ss.

<sup>146</sup> Vid. SS.T.S. de 17 de mayo de 1988 (R. 3675), F.J. 1º; y de 18 de abril de 1991 (R. 2808), F.J. 3º.

<sup>147</sup> Véase las SS.T.S. de 20 de junio de 1987 (R. 5982), FF.JJ. 1º y 2º; 20 de noviembre de 1987 (R. 8569), F.J. Único; 29 de enero de 1988 (R. 511), F.J. 2º; 17 de mayo de 1988 (R. 3675), F.J. 1º; 6 de febrero de 1989 (R. 1475), F.J. 3º; 13 de febrero de 1989 (R. 1548), F.J. Único.

una diversidad de argumentaciones, con muy poca relación entre ellas si no fuera la voluntad firme de liberar a los funcionarios intervinientes de lo que para autores como Luzón Cuesta constituye «*un, a veces, exagerado formalismo*»<sup>148</sup>. Notablemente críticos con esta actitud, y sin perjuicio de que los criterios puedan aparecer entremezclados<sup>149</sup>, debemos continuar con el análisis de estas diversas posturas jurisprudenciales<sup>150</sup>.

En este sentido, desde el T.S. se brindan tres tipos de argumentos. Un primero que puede calificarse de economicista, orientado realmente a evitar el entorpecimiento del servicio prestado por los organismos oficiales encargados de la práctica de tales exámenes, y que asienta la no exigibilidad de personación de los técnicos en la presunta “fiabilidad y garantía” de los informes prestados por gabinetes centrales —Gabinete Central de Identificación de la Dirección General de la Policía—, rasgos que no parecen compartir los procedentes de gabinetes asentados en el territorio del órgano jurisdiccional<sup>151</sup>. Tal solución debe rechazarse de plano al implicar el sacrificio de derechos de dimensión constitucional a meras necesidades de servicio.

Un segundo argumento vendría a considerar que la “prueba dactiloscópica” ostentaría la categoría de documental<sup>152</sup> —S.T.S. de 23 de febrero de 1989 (R. 1648)—, no exigiendo para su valoración como prueba de cargo ratificación alguna del técnico que la llevó a cabo<sup>153</sup>. Se asiste pues a un cambio de naturaleza de la considerada “prueba pericial” transformándola, con el único apoyo de su constancia escrita, en “documental”.

Tal actitud revela una intencional confusión entre “prueba documental” y “prueba personal documentada”. La distinción entre ambos conceptos resulta de la propia caracterización de la “prueba documental” como medio de prueba real —«*tiende a convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un dato*

<sup>148</sup> LUZÓN CUESTA, J.M., “La presunción de inocencia ante la casación”, en *Poder Judicial*, nº. 12, pág. 164. Postura que parece compartir ASENCIO MELLADO, J.M., “La prueba en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo”, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial* (“*El Tribunal del Jurado*”), Madrid, 1996, pág. 378.

<sup>149</sup> Vid. a modo de ejemplo la S.T.S. de 4 de febrero de 1991 (R. 745), F.J. 2º B).

<sup>150</sup> Vid. al respecto MANZANARES SAMANIEGO, “Sobre la presunción de inocencia” (I), en *Actualidad Penal*, 1992, T.I, págs. 102-103.

<sup>151</sup> Véase SS.T.S. de 6 de julio de 1988 (R. 6503), F.J. 3º; 25 de abril de 1989 (R. 3515), F.J. 3º; 12 de julio de 1989 (R. 6209), F.J. 1º.

<sup>152</sup> Aunque, como destaca PEDRAZ PENALVA, “Apuntes sobre la prueba pericial...”, *op.cit.*, pág. 379, el T.S. haya sido claro en negar el carácter documental a la prueba pericial en numerosas ocasiones, a efectos del recurso de casación por la vía del art. 849.2º L.E.Crim.

<sup>153</sup> En el mismo sentido, véase las SS.T.S. de 4 de febrero de 1991 (R. 745), F.J. 2º; y 6 de febrero de 1992 (R. 1989), F.J. 3º.

*procesal determinado mediante la utilización de un objeto o cosa*—, frente al carácter personal de la prueba pericial. En esta línea, el “documento” se asimilaría, de acuerdo con el art. 726 L.E.Crim., a las denominadas piezas de convicción —«*libros, documentos y papeles*»—, por lo tanto de origen extraprocesal, aunque diferenciándose de las demás piezas de convicción al estar dotada de un contenido ideológico, y dirigida a convencer al juzgador sobre la verdad de un determinado hecho; mientras que la “documentación” de una diligencia tendría un carácter instrumental, en función de que dé constancia escrita de su realización, sin que tenga por sí misma valor probatorio alguno<sup>154</sup>. Con tal delimitación, la “prueba documental” se ordenaría a «*probar el hecho de que una declaración con un contenido determinado se ha producido y que la ha realizado un determinado sujeto*»<sup>155</sup>, no así, la verdad de los hechos a que se refiere la declaración, objeto al que presuntamente atendería la “prueba pericial”, en general, y la “dactiloscópica”, en particular<sup>156</sup>. En definitiva, podemos concluir que tal cambio de naturaleza subvierte, por segunda vez —ya lo hizo al transformar un mero acto de investigación en medio de prueba—, la legalidad vigente.

Este argumento se vertebraría fácilmente con el tercero, dominante en la actualidad, que propone el T.S. y que Miranda Estrampes titula como “doctrina de la aceptación tácita”<sup>157</sup>. De acuerdo con esta solución, la actitud pasiva del inculpado respecto a los resultados de la diligencia policial implicaría la aceptación de su eficacia probatoria<sup>158</sup>. La aplicación de esta doctrina tanto a los informes emitidos por gabinetes centrales, como a aquellos otros procedentes de departamentos de ámbito territorial inferior, revela la extensión del primero de los argumentos referidos en este apartado —el economicista— a estos últimos, permitiéndonos también hacer extensibles las críticas allí vertidas, agravadas por la proximidad geográfica de los operadores y la mayor facilidad para asistir, en cumplimiento de su deber, al juicio oral.

La exigencia de un comportamiento activo del inculpado en orden a desvirtuar un “medio probatorio” creado extrajudicialmente, y la innecesariedad de la presencia de los autores del atestado, ha penetrado finalmente en la doc-

<sup>154</sup> Vid.: PEDRAZ PENALVA, “Apuntes...”, op.cit., págs. 388-389; CLIMENT DURÁN, C., *La prueba documental*, Valencia, 1995, págs. 16-19 y 77.

<sup>155</sup> VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia...*, op.cit., pág. 422.

<sup>156</sup> Ibidem. En este sentido también FENECH, M., *El proceso penal*, V. I, Barcelona, 1974, págs. 132-133.

<sup>157</sup> *La mínima actividad probatoria...*, op.cit., págs. 458.

<sup>158</sup> Vid.: SS.T.S. de 20 de noviembre de 1989 (R. 7726), F.J. Único; 26 de abril de 1990 (R. 3337), F.J. Único; 5 e febrero de 1991 (R. 763), F.J. 3º; 19 de febrero de 1992 (R. 1211), F.J. 1º; 27 de marzo de 1995 (R. 2241), F.J. 1º; 4 de abril de 1995 (R. 2815), F.J. 2º; 5 de mayo de 1995 (R. 3566), F.J. 7º; 13 de noviembre de 1995 (R. 8026), F.J. 2º.

trina del T.C. (por todas S.T.C. 138/1992<sup>159</sup>)), que ha categorizado como “prueba preconstituida o anticipada”, diligencias policiales irrepetibles ya referidas anteriormente (como la aprehensión de delincuentes sorprendidos “in fraganti”, la constancia del cuerpo, los efectos o instrumentos del delito, el hallazgo de droga, armas, documentos o cualquier otro objeto); además de otras de naturaleza esencialmente técnica (como son los croquis sobre el terreno, las fotografías en él obtenidas y la comprobación de alcoholemia).

Recapitulando, debemos convenir en que se asiste a la creación jurisprudencial de un trámite específico de incorporación de diligencias policiales, con la salvedad de las de carácter subjetivo; que además, a instancia de las partes, puede llevar a su eventual lectura o a la comparecencia de los agentes a efectos de la ratificación de la diligencia, pero tales actuaciones no condicionarán la eficacia probatoria de la misma. Con todo ello, la posición que se evidenciaba en relación con los “actos de constatación policiales” al calificarlos como “verdaderas pruebas” será extensible también a las diligencias de carácter técnico. Ciertamente la lectura a la que nos hemos referido no podrá llevarse a cabo al amparo de lo previsto en el art. 730 para las diligencias sumariales irrepetibles. No es sólo porque su eventual repetición en modo alguno condiciona su traída a la causa - sino por que los actos de investigación policiales en modo alguno pueden ser considerados “diligencias sumariales” en los términos del art. 730, antes al contrario, ya fueran “precaucionales” o “auxiliares”<sup>160</sup>, serán meramente “administrativos”, con tal definición aparecen incorporados al atestado, no así al sumario<sup>161</sup>.

De otro lado, en ocasiones, se lleva a cabo un artificioso cambio de naturaleza jurídica de las actuaciones que califica de “carácter pericial”, procurando su entrada en el proceso por el cauce de art. 726, “a modo de prueba documental”<sup>162</sup>. Tal criterio, como ya subrayábamos se desmerece por sí mismo provocando el consiguiente menoscabo de las garantías probatorias atinentes a las partes, con especial incidencia en la presunción de inocencia y el principio de contradicción<sup>163</sup>.

<sup>159</sup> S.T.C. 138/1992, de 13 de octubre, F.J. 3º. También S.T.C. 303/1993, cit., F.J. 4º.

<sup>160</sup> Acerca de esta doble clasificación, véase QUERALT, J.J.; y JIMENEZ QUINTANA, E., *Manual de la Policía Judicial*, Madrid, (2ª Ed.) 1989, págs. 25-26.

<sup>161</sup> Sobre este argumento véase DÍAZ CABIALE, “Prueba documental...”, op.cit., pág. 332.

<sup>162</sup> Tal expresión es la que utiliza JUANES PECES, A., “El principio de presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial*, nº. especial VI (“Protección jurisdiccional...”), op.cit., pág. 147, confundiendo aparentemente los ámbitos de aplicación los arts. 726 y 730, afirmando que este último sería hábil para que penetraran «a modo de prueba documental» diligencias sumariales.

<sup>163</sup> De este modo, afirma DÍAZ CABIALE, “Prueba documental...”, op.cit., pág. 311, que no sólo podría verse vulnerada la presunción de inocencia «cuando dicha actividad incriminara al acusado (sino que además)...provocaría la indefensión de la acusación si favoreciera las tesis de la defensa». Íntimamente relacionada con este punto

Frente a tal impostura, afirmamos que las razones meramente estructurales o las necesidades de servicio que subyacen, sobre todo, en la posición del T.S. no pueden superar las exigencias constitucionales de la actividad probatoria, consustanciales al debido proceso. Aunque sería factible, con reservas, reconocer la presunta objetividad de los “actos de constatación policiales”<sup>164</sup>, lo que es indudable es que la comparecencia de los agentes, amén de posibilitar la inmediación como subraya Pedraz Penalva<sup>165</sup>, dada la irreproducibilidad de la diligencia, permitirá controvertir la legalidad de su actuación y, en relación con las de carácter técnico, la adecuación de los procedimientos seguidos<sup>166</sup>, para en su caso, validar o provocar el rechazo de los datos obtenidos.

Finalmente, cabe cuestionarse acerca de si la exigencia de un comportamiento activo por parte del inculpado no implicaría una inversión de la carga de la prueba, al exigir de éste una actitud determinada en orden a desvirtuar un medio probatorio creado previamente sin su colaboración -que llega al punto de desconocer los peritos que han llevado a cabo las operaciones, viéndose excluido de la posibilidad de recusarlos-, agravado por la no partici-

---

se suscita la posible introducción de declaraciones extraprocesales por la vía del art. 726, y, subsidiariamente, del 730. Respecto a la primera de las hipótesis serían válidos los mismos argumentos referidos al hablar del carácter documental de la prueba pericial. En relación con la segunda, y salvando la postura jurisprudencial favorable, la literatura, con matices, también se manifiesta en contra, significativamente, por no tratarse de diligencias sumariales *estricto sensu*. Vid. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria...*, op.cit., págs. 357-360; VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia...*, op.cit., págs. 423-425. Igual posición resulta respecto a declaraciones prestadas ante la autoridad judicial en otros procesos o ante órganos jurisdiccionales y autoridades extranjeras. Vid. DÍAZ CABIALE, *La admisión...*, op.cit., pág. 187; MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria...*, op.cit., págs. 360-365. Respecto al diverso objeto de los arts. 726 y 730 L.E.Crim. véase MONTERO AROCA, “El principio de oralidad...”, op.cit., págs. 289-291; y DÍAZ CABIALE, *La admisión...*, op.cit., pág. 188. En este sentido, mientras el art. 726 se refiere a libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción, el 730 tendría por objeto actos de investigación documentados durante el sumario. Vid. infra. al hablar de las diligencias sumariales.

<sup>164</sup> Al respecto véanse las dudas que manifiestan tanto VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia...*, op.cit., págs. 563-564; como MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria...*, op.cit., pág. 471-482.

<sup>165</sup> “Apuntes sobre la prueba pericial...”, op.cit., pág. 393. También en “La práctica probatoria...”, op.cit., págs. 59-62.

<sup>166</sup> Conviene recordar la situación, extremadamente grave, que se ha suscitado recientemente en Gran Bretaña, a raíz del descubrimiento del hecho de que la máquina que procesaba los análisis forenses relacionados con atentados terroristas se encontraba contaminada con una sustancia química (RDX) asociada a un explosivo (Semtex), que provocaba que todos los análisis que se practicaran con ella arrojaran un resultado positivo acerca de la posesión de esa sustancia. Vid. sobre este hecho la información publicada en el diario “El País” de 16 de mayo de 1996.



pación del órgano jurisdiccional<sup>167</sup>. En la línea de lo que afirma Manzaneres Zamaniego<sup>168</sup>, es la acusación quien debe soportar la carga de aportar las pruebas incriminatorias, siendo ella la que sufre las consecuencias negativas de su actuación. El procesado ni tiene la obligación de rebatirlas ni tampoco la de pronunciarse sobre ese particular.

### 3. Las diligencias instructoras y policiales en la Ley del Jurado

La Ley del Jurado ha modificado sustancialmente el tratamiento de las diligencias instructoras. De este modo y con el elogiado fin de dar preeminencia a lo actuado durante el juicio oral se han introducido elementos que serán causa de una notable confusión.

La situación parece clara para las diligencias policiales, y podría servir para corregir las deficiencias jurisprudenciales que se han venido detectando. En este sentido podemos recordar lo postulado en el art. 34.1.b) de la Ley reguladora de este procedimiento: «*En la misma resolución (el auto de apertura del juicio oral), el Juez acordará que se deduzca testimonio de:...b) La documentación de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral*»-. La exigencia de ratificación, por cuanto en principio no es predicable de ninguna otra diligencia, permite la reconducción a este supuesto de las diligencias policiales. Que, en definitiva, sea ésta la línea interpretativa seguida por los Tribunales es algo que se resolverá en un futuro próximo.

Una vez confirmada la aparente idoneidad de lo previsto en el art. 34.1.b) como vía de incorporación de los actos de investigación policiales irrepetibles, no encontramos una correspondencia semejante para las diligencias sumariales, salvo que aceptáramos que en el mismo trámite se deduciría testimonio de estas últimas. Ello nos llevaría a dilatar los límites marcados por la literalidad del precepto, entendiendo que la lectura de la diligencia sería equiparable a la “ratificación” a la que se hace referencia en este artículo, pero ello no parece oponerse al espíritu de la Ley<sup>169</sup>. Sería inasumible que el legislador ha pretendido que las diligencias sumariales irreproducibles se vean privadas de valor probatorio alguno, siendo minusvaloradas en relación con las practicadas por la Policía. Por otra parte, reconocido el carácter supletorio de la L.E.Crim. respecto a lo previsto en la Ley del Jurado, estimamos que nada obsta a que los criterios previstos en el art. 730 sean plenamente útiles

<sup>167</sup> Como subraya PEDRAZ PENALVA, “Apuntes sobre la prueba pericial...”, op.cit., pág. 397, citando el F.J. 2º de la S.T.C. 182/1989: «*se exige a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos*».

<sup>168</sup> “Sobre la presunción de inocencia...”, op.cit., págs. 102-103.

<sup>169</sup> Vid. la opinión al respecto, no enteramente compartida por nosotros, de ASENCIO MELLADO, “La prueba en el juicio oral...”, op.cit., págs. 362-379.

en el marco de este procedimiento. De este modo, si el instructor tuviera conocimiento de la imposibilidad de practicar el medio de prueba con que una determinada diligencia se corresponde al tiempo de dictar el auto de apertura del juicio oral, deberá deducir testimonio de las mismas. Al igual, si la imposibilidad tuviera un carácter sobrevenido, el Presidente del Tribunal, a instancia de las partes, deberá recabar del instructor testimonio en ese momento de la diligencia, que como se establece en el art. 46.4 «*podrá(n) ser exhibida(s) a los jurados en la practica de la prueba*». Tal “exhibición”, interpretada de acuerdo con lo postulado en el art. 730 L.E.Crim., no podrá consistir en otra cosa que en la lectura de la misma, cuya importancia, para el T.C., ya se ha revelado.

Para más, al proscribirse en el art. 46.5 de la Ley del Jurado la lectura de las declaraciones vertidas en sede sumarial se ve claramente afectado el discutible tratamiento que, a tenor del art. 714, venían teniendo las supuestas contradicciones entre aquellas declaraciones y las que se efectuaran en el plenario. Si bien podemos presumir que tal cambio de orientación se lleva a cabo con el elogiado fin de reintegrar el juicio oral en su posición prevalente, también hemos de reconocer que el hecho de que se unan los testimonios recogidos en el sumario al acta del juicio, de la que según lo previsto en el art. 53.3 se dará copia a cada uno de los miembros del Jurado, causará indefectiblemente una influencia perniciosa en el ánimo de los componentes de aquel cuerpo. Y ello porque la constancia documental de tales declaraciones facilitará su consulta, gozando de este modo de una inmediatez de la que se encuentra exenta la deposición oral. Se hace necesaria pues, la articulación legal de medidas procedimentales que eviten el resultado antedicho<sup>170</sup>. En este punto, Miranda Estrampes<sup>171</sup> sugiere bien la lectura de las declaraciones efectuadas durante la fase de instrucción, aunque sólo en aquellos aspectos en que resulten contradictorias, bien, no aceptada la lectura, la no constancia en acta de aquéllas. Estimo, no obstante, que la lectura como elemento corrector carecería de efectividad alguna, por cuanto el Jurado podría verse válidamente instruido en los extremos antedichos de resultados del interrogatorio que se practicara en la vista. La supresión sin más de la incorporación en el acta de las declaraciones sumariales permitiría alcanzar el fin pretendido.

Finalmente, debemos agregar que la negación de valor probatorio alguno de las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción en los términos anteriormente citados del art. 45.5.11 Ley del Jurado, esto es, respecto a los hechos en ellas afirmadas, actuará favorablemente en orden a la corrección de

<sup>170</sup> Vid.: MIRANDA ESTRAMPES, “Algunas reflexiones...”, op.cit., págs. 499-500; VERGÉ i GRAU, “Las pruebas...”, op.cit., pág. 456.

<sup>171</sup> “Algunas reflexiones...”, op.cit., págs. 499-500.

la línea jurisprudencial que avalaba que el órgano jurisdiccional pudiera formar su convicción de acuerdo con lo declarado en sede sumarial, al mismo tiempo que arrojará nuevas dudas sobre la utilidad de la constancia en el acta de tales declaraciones. Una actuación armonizadora desde la perspectiva legal de la doctrina antedicha por parte del propio T.S., acaso sea lo más recomendable.

# El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo

María del Carmen Blasco Soto  
Profesora Titular de derecho Procesal,  
Universidad de Valladolid

## I. Introducción

Inquisición, expresión de mala fama pero necesaria en su fondo. Estas palabras de Fairen, nos introducen en el objeto de este trabajo. Pretendemos ahondar en el contenido actual del término evitando las reflexiones emotivas, el fin principal es señalar sus manifestaciones en nuestro sistema procesal penal así como su compatibilidad con el principio acusatorio.

Esta exposición sigue vigente en el actual momento reformador procesal, en el que los tradicionales principios se alteran improvisando nuevas reglas que no son operativas en los países de donde se trasplantan, o al menos no lo son en los términos que se importan<sup>1</sup>. Lo peligroso es que se puede instrumentalizar la justicia que, como destaca Pedraz<sup>2</sup>, se ha visto propiciada, de un lado, por determinadas medidas orgánico-procesales y, de otro por los diferentes intentos de desvirtuar, aun más, el viejo modelo procesal de enjuiciamiento, desnaturalizando alguna de sus esencias fundamentales todavía

---

<sup>1</sup> Este campo de la política legislativa es en la actualidad sumamente interesante, y más cuando se advierte que el nuevo proceso penal está importando muchas instituciones jurídicas extranjeras que aunque se conozca su diseño originario no se sabe muy bien como funcionan y si efectivamente funcionan en el país de origen. Este aspecto es trascendental en el estudio del actual derecho procesal penal, se copian instituciones que se venden como panacea en la medida en que resuelven muchos problemas, cuando en el país de origen se están rechazando. La doctrina destaca cómo en materia procesal se utiliza mucho la improvisación y el mal hacer. Hay cierta incoherencia y falta de sistemática que se advierte cuando se estudia el proceso penal singularizado, que sorprende por una serie de medidas caracterizadas por la parcialidad. Vid. por todos VAZQUEZ SOTELO, J. L., «Pautas metodológicas para elaborar un nuevo código procesal», en La reforma del Proceso Penal, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid 1989, p. 184.

<sup>2</sup> PEDRAZ PENALVA, E., Privilegios de las administraciones públicas en el Proceso Civil, Madrid 1993, pp. 19 y ss.

imprescindibles en el Estado de Derecho, en cuanto previstas en la Norma Suprema, se elude la historia, experiencia y logros que durante años han informado nuestro sistema.

Reflejo de esta instrumentalización son las iniciativas que pretenden actualizar nuestro proceso penal, sobre las bases del sistema acusatorio norteamericano. Como si de una novedad se tratara se solicita la urgente implantación del acusatorio, sin que se sepa bien en qué consiste o qué se quiere instituir, aunque es evidente que se confunden los modelos con los principios interesadamente. Propuestas que no señalan, por ignorancia o falta de atrevimiento, el pensamiento ultraliberal que sustenta este procedimiento, al que me niego calificar como progresista.

Los pilares de esta filosofía (modelo acusatorio puro o "adversary system"<sup>3</sup>), no son muy complejos porque simplifican en extremo los principios. La finalidad es delimitar los "roles" de los sujetos principales que intervienen en el proceso. Lo cardinal es la posición enfrentada de las partes, por ello se les otorga mayor protagonismo debilitando, consecuentemente, la función jurisdiccional. En el acusatorio puro las partes disponen del inicio y fin del proceso, de su objeto, evidentemente de la actividad probatoria, anulando y replegando, en esta distribución de funciones, al judicial, a fin de salvaguardar su imparcialidad y dotar de mayores garantías al acusado. La perplejidad debe ser grande porque de lo evidente se deducen consecuencias y principios que no tienen conexión lógica con el hecho que las fundamenta. Lo indiscutible es que la contienda procesal se da siempre entre partes contrapuestas en la que decide un tercero imparcial, de esta realidad no se puede inferir la necesidad de incrementar la actividad parcial si se quiere realizar plenamente el acusatorio<sup>4</sup>.

Para nosotros la opción por este sistema no es la más progresista ni tampoco la más eficaz; Amodio<sup>5</sup> ilumina la confusión y acertadamente destaca que no puede dejar de sorprender que por un mal entendimiento del principio inquisitivo, las actuales tendencias de reforma en EEUU y en el continente Europeo sean radicalmente distintas. En el primero se busca reforzar y ampliar los poderes del juez; en el continente se intenta que el juez tenga un rol menos activo. Tampoco se reconoce que la declaración de culpabilidad del acusado

---

<sup>3</sup> Algún autor, incurre en el barbarismo de traducir «adversary system», por sistema adversarial.

<sup>4</sup> Vid. sólo como expresión clara de estas manifestaciones, DÍAZ CABIALE, J. A., Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez. Granada 1996, principalmente pags. 229 y ss.

<sup>5</sup> AMODIO, E., «Il modello acusatorio statunitense e il nuovo Processo Penale Italiano: miti e realtà della giustizia americana», en Il proceso penale negli Stati Uniti d'America, ob. colec., dir. por AMODIO, E. y BASSIOUNI, Ch., Milán 1988, p. XXV

como paso previo al consenso o acuerdo, institución estrella de este modelo, se asemeja más al sistema inquisitivo que se pretende rechazar que al acusatorio que se intenta reforzar<sup>6</sup>, de ahí las duras palabras que destacan que entre las aberrantes implicaciones de la opción USA debe contar también lo que constituye un verdadero retorno a la fase inquisitorial del proceso caracterizada por la consideración de la confesión del reo como *optima regina probationum*<sup>7</sup>.

El justificante teórico de las modificaciones es la crisis del proceso penal continental, incapaz de hacer frente a los costes de una justicia penal inspirada en el principio de estricta legalidad. Ahora bien, el sistema que ilumina la transformación está impregnado de la filosofía de los econométricos americanos<sup>8</sup>, en abierta polémica con los juristas continentales. Sostienen que el proceso es un método de «distribuir recursos escasos», y es imposible para los jueces alcanzar el *quantum* de recursos disponibles, de ahí que sólo proporcione buenos resultados si el «precio» fijado autoritariamente por él (decisión del juez sobre la pena) coincide con el convenido por las partes en su contrato. En otras palabras la eficiencia del aparato judicial debe medirse más por su productividad que por la calidad de sus decisiones; los principios inherentes al proceso deben rectificarse para acomodarse a los propios de la eficacia administrativa. Es muy significativa la ironía que Fanchiotti realiza sobre la justicia penal, cada vez más parecida a la que administraba la reina de corazones de Alicia en el país de las maravillas, que reclamaba la pena antes que el juicio y la acusación y el veredicto sin proceso<sup>9</sup>.

No es de extrañar que las críticas hacia el legislador arrecien, pues tiene una tendencia inequívoca por adjudicar a la administración de la justicia, los valores dominantes en la sociedad capitalista.

---

<sup>6</sup> MARTIN OSTOS, J., «La instrucción preliminar en el Salvador ¿Juez o Fiscal?», en Justicia 1992, p. 974. En el mismo sentido SCHÜNEMANN, B., «¿Crisis del procedimiento Penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», en Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1991, p. 54.

<sup>7</sup> ANDRÉS IBAÑEZ, P., «El Ministerio Fiscal entre el «viejo» y «nuevo» proceso», en La reforma del proceso penal, Madrid 1990, p. 106.

<sup>8</sup> Como destaca FAIREN, recientemente han atracado en las riveras del proceso penal. «Los equivalentes jurisdiccionales», en Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. III La reforma Procesal penal 1988-1992, Madrid 1992, p. 83.

<sup>9</sup> CARROLL, L., Alicia en el país de las maravillas, Madrid 1987, pp. 173 y s. «¡La pena primero! ¡ya habrá tiempo para el veredicto después!», así mismo a la rapidez que exigía su marido, el rey de corazones, «¡heraldo! ¡proclamad la acusación!, ordenó el rey, ¡considerad vuestro veredicto!, ordenó el rey al jurado, ¡Aún no! ¡Aún no!, se apresuró a interrumpir el conejo blanco, ¡es preciso pasar por otros muchos trámites antes de llegar a eso!». FANCHIOTTI, V., «Spunti per un dibattito sul plea bargaining», en Il proceso penale negli Stati Uniti d'America, ob. colec., dir. por AMODIO, E. y BASSIOUNI, Ch., Milán 1988, pp. 272 y ss., esp. p. 285.

Somos conscientes de que la lentitud es muy grave, frustra el derecho a la tutela de la víctima y también los efectos preventivos y disuasorios de la pena, al unísono el inculpado se ve gravado por la carga no sólo del proceso sino de un proceso largo. Ahora bien, surge la sospecha que durante décadas se ha abusado de este aspecto dramatizándolo, forzando reformas escasamente fiables que alteran los valores constitucionalizados. Por grave que sea la situación de saturación es inaceptable que se quiera paliar a base de un proceso cada vez más sumario y con menos garantías<sup>10</sup>. Eficacia y rapidez son objetivos primordiales, pero no son principios. En nuestro procedimiento priman las garantías por lo que la defensa de la celeridad no ha de ir más allá de su instrumental significado; la agilización del proceso no es *a priori* ni *in abstracto* criterio susceptible de configurar indiferenciadamente el proceso<sup>11</sup>. Es más se afirma que si nuestro sistema penal ha entrado en crisis es precisamente por acoger el sistema acusatorio puro<sup>12</sup>

Si sólo se han apuntado algunas notas del «adversary system» es porque pretendemos únicamente acentuar que muchas de las manifestaciones pretendidamente progresistas reconducen a un modelo opuesto al que se predica. Se mezclan y desdibujan rasgos inquisitivos y acusatorios que cuando conviene, son resaltados de modo unilateral y fuera de contexto. Las reformas no son expresión del acusatorio que quiere imponerse, sino de un desvío del mismo. Pero además la inquietud es grande porque cuando se habla de acusatorio es difícil saber si se hace referencia a su formación histórica, en la que persistía la concepción privada del delito y por ende civilista del proceso penal, reinando en plenitud la oportunidad; o, por el contrario, se alude al principio tal y como ha venido evolucionando y formulándose en nuestro sistema donde el *ius puniendi* es indisponible

Nos interesa por tanto destacar los desvíos del sistema principalmente cuando se identifica acusatorio y dispositivo, seducciones simplistas que eluden la

---

<sup>10</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., Jueces imparciales, fiscales «investigadores» y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal, Barcelona 1988, pag. 51 destaca que es perentorio atajar un reformismo procesal profundamente erróneo con el que se aborda frecuentemente la sobrecarga de trabajo de los tribunales. Por la sobrecarga y lentitud se incurre en el gravísimo error de reaccionar con propuestas cuya aceptación y plasmación supondrían una completa subversión de la Administración de justicia, por no hablar de valores fundamentales de nuestra civilización: los procesos acabarían diseñados en función de los tribunales y no en función de los derechos e intereses de los sujetos jurídicos. Como afirma ANDRES IBAÑEZ, op. cit., pag 118 muchas de las opciones (se refiere a las legislativas), se resumen en la búsqueda de un simple abaratamiento de los costos de la criminalización, despojando precisamente al proceso de su más expresivo momento de racionalidad crítica y con ello, tratando también de evitar ver sometida a contradicción y control la calidad de trabajo de quienes operan en la fase preprocesal.

<sup>11</sup> PEDRAZ PENALVA, E., Privilegios de las... , op. cit., pp. 40 y ss.

<sup>12</sup> SCHÜNEMANN, B., «¿Crisis del procedimiento Penal?...», op. cit., p.54 y ss.

esencia de la potestad jurisdiccional y que convierten al Juez en un simple órgano decisor sin diferenciar los tipos de tutela que se otorgan —el contradictorio puro y sus principios son válidos tanto para el proceso civil como para el penal—, sin diferenciar apenas las figuras del juez, árbitro y mediador. Discuto los efectos de estos argumentos, estimo que es necesario reafirmar la posición del juez en el proceso penal, incontestablemente vinculada a las garantías constitucionales diseñadas en favor del acusado.

## II. Contenido del principio inquisitivo. Introducción

El empleo del término inquisitivo puede dar lugar a confusiones, pero se evitan si se hace referencia al eje medular que parte de la configuración del Juez sólo desde la clave constitucional. Pese a su ambigüedad el término es acertado, porque identifica y ampara rasgos autónomos del proceso penal, legalidad, oficialidad, investigación e iniciativa judicial; manifestaciones que no pueden entenderse sin la alianza necesaria con el principio acusatorio.

Encuentra también justificación el término en el interés social amparado por la ley penal y, consecuentemente, en la actividad investigadora que permite descubrir los delitos y sus autores; en el deber de integrar total y plenamente el hecho, tanto fáctica como jurídicamente; actividades perfectamente armonizadas con la conquista irrenunciable de determinados derechos, en definitiva, con los límites establecidos en la 1ª norma.

Cabe afirmar que así como el principio acusatorio hace referencia a la imparcialidad del juez con relación a los derechos de las partes, sobre todo del imputado, el inquisitivo articula la función jurisdiccional en el proceso penal entendido siempre desde la clave constitucional, limitado principalmente por los derechos fundamentales de las personas. Lo que interesa destacar es que estas realidades son perfectamente compatibles entre sí, en sus manifestaciones no hay contradicciones, es más ambos certifican y aseguran nuestro sistema de garantías procesales penales.

En el proceso moderno prima el principio acusatorio (garantía para las partes), pero coexiste con el inquisitivo, que otorga al juez poderes autónomos y le dota de iniciativas procesales, no tanto para la incoación como para la instrucción del proceso. Como órgano imparcial es una fuerza que sirve sólo a los intereses generales, superiores a los de las partes, que deben coordinarse con los fines del proceso<sup>13</sup>. El contenido de la jurisdicción y su ejercicio queda salvaguardado por la conjunción de ambos principios.

<sup>13</sup> FLORIAN, E., Derecho Procesal penal, (trad. de Prieto Castro ), Barcelona 1934., p. 102. En la pp. 76 y s. señala que en cuanto a las formas principales atañe, los criterios que deben presidir en su crítica y elección son muy distintos hoy de los que



Las manifestaciones actuales del principio inquisitivo no tienen nada que ver con sus orígenes que en su forma más radical revela la situación del hombre que se sabe sometido a un proceso pero ignora de qué se le acusa<sup>14</sup>, con total ausencia de contradicción y publicidad. La tradicional contraposición entre inquisición y acusación, aplicada la primera a la fase de instrucción y la segunda a la fase del juicio oral ha quebrado rotundamente en la nueva perspectiva constitucional del proceso penal. Desde el momento en que se obliga a informar al ciudadano de la acusación formulada contra él, se ha enterrado la concepción clásica del principio inquisitivo<sup>15</sup>.

Exigido constitucionalmente el principio acusatorio en el proceso penal, queda por determinar si el mismo suprime al inquisitivo<sup>16</sup>, eludiendo toda reflexión emotiva que oculta intencionadamente la actual experiencia continental de garantías.

La realidad demuestra que es perfectamente compatible la coexistencia de los dos principios en el sistema, es más, generalmente la violación del acusatorio supone también la del inquisitivo en su actual expresión.

El contenido principal del inquisitivo se condensa en la actividad que al juez le corresponde en el proceso penal (como titular del *ius puniendi*); actividad que se traduce en la aplicación del Derecho Penal por los órganos jurisdiccionales, tras una contienda pública, con igualdad de armas y sin lesionar el derecho de ninguna de las partes a defender su propia posición. Un proceso penal en el que las partes no disponen de derechos sustantivos propios y menos aún de los hechos en que puedan fundarse esos derechos.

Tiene su fundamento en el interés social amparado por la ley penal y, consecuentemente, en la actividad investigadora del descubrimiento de los delitos y sus autores. Actividad perfectamente armonizada con la conquista irrenun-

---

hubieron de predominar en el pasado, cuando hacia falta demoler el terrible proceso inquisitivo y reformarlo adaptandolo a los nuevos principio de justicia. Los criterios para la elección no deben estar sujetos a fetichismos políticos, por muy subjetivos que sean».

<sup>14</sup> STC 141/1986 de 12 del de noviembre.

<sup>15</sup> RAMOS MENDEZ, F., *El Proceso penal. lectura Constitucional*, 3ª ed., Barcelona 1993, p. 31. En parecidos términos ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Barcelona 1995.

<sup>16</sup> Como destaca AMODIO, Hay mucha reflexión lastimosa sobre este principio, que es reflejo de los hechos de una historia del proceso penal que ha visto el proceso como el de Ancien régime dominado por los jueces y por el empleo de los medios probatorios como la tortura. Esta idea es totalmente errada porque oculta la actual experiencia continental de garantías. AMODIO, E., «Il modello acusatorio statunitense e il nuovo Processo Penale Italiano: miti e realtà della giustizia americana», en *Il processo...*, op. cit., p. XXII.

ciable de determinados derechos y garantías, establecidas por la Constitución. El principio inquisitivo no va más allá de la determinación de un hecho y la del sujeto que ha infringido la ley. Es decir, el tribunal ciñéndose a los sujetos acusados y a los hechos por los que se acusa, tiene el deber de investigar e integrar total y plenamente el hecho, tanto fáctica como jurídicamente. La cuestión está en determinar si estos poderes mantienen la imparcialidad exigida constitucionalmente.

Es un tópico socialmente asumido toda una crítica descalificadora e interesada que conduce a la anulación del judicial, impera la filosofía de que sólo queda garantizada la imparcialidad si asume una posición impasible, alejado de la actividad procesal limitando su función al control de los formalismos. Se socava la noción continental de nuestro juez, con la demagógica y arcaica pretensión de reintroducir en su total impureza el principio acusatorio<sup>17</sup>, para evitar manifestaciones inquisitivas.

Nuestro sistema acusatorio formal permite que ambos principios permanezcan inalterados, y su equilibrio es posible y estable a la vez que demostrativo de los derechos de las partes y de las funciones del juez, por ello la voluntad legislativa debe tender coherentemente a garantizarlos.

El principio de oficialidad y el objeto del proceso.

Por el principio acusatorio el acusador ha de ser necesariamente persona distinta del juez. Para ese fin el Estado desdobra las funciones de acusar y juzgar; separando a los titulares de ambas<sup>18</sup>. El Estado garantiza la imparcialidad distribuyendo formalmente sus funciones, encomendando la titularidad y ejercicio de cada una a sujetos diferentes, se erradica así la posibilidad de que acusador y sentenciador coincidan.

La acción penal, se atribuye al Ministerio Público, órgano del estado, como parte necesaria<sup>19</sup>, (frente a la contingente de los acusadores particulares<sup>20</sup>)

---

<sup>17</sup> PEDRAZ PENALVA, E., «La política criminal desde el Proceso Penal», conferencia pronunciada en las Palmas, el 20, 4, de 1994, p. 8 del manuscrito a máquina. En términos parecidos, DE LA OLIVA SANTOS, A., «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal», en RGD 1992, vol 577-578 p, 9901.

<sup>18</sup> Vid. sobre ello VERGÉ GRAU, J., La defensa del imputado y el principio acusatorio, Barcelona 1994, pp. 22 y ss.

<sup>19</sup> Ciertamente hay delitos y faltas que son perseguibles sólo a instancia de parte por la naturaleza de los hechos.

<sup>20</sup> No es pretensión de este trabajo introducirse en este problema de la acción penal, pero en España coexisten: Acusación oficial que es ejercitada por el Ministerio Fiscal, la acusación particular, ofendido por el delito, Acusación popular, la acción la puede ejercitar cualquier ciudadano, y acusación privada, cuando determinados

cuya actividad está sometida al principio de legalidad. Es, como dice Montero<sup>21</sup>, una creación artificial que sirve para hacer posible el proceso, manteniendo el esquema básico de éste, de ahí que se le convierta en parte acusadora que debe respetar el principio de legalidad. En nuestro proceso penal el Estado interviene con un doble carácter: de un lado como único titular del *ius puniendi*, que pertenece a los tribunales; de otro tiene también competencias de acusación, que pertenecen al ministerio fiscal por medio del ejercicio de la acción penal. Se configura así el proceso penal como un proceso entre partes donde el juez actuará *Supra partes*, garantizando la imparcialidad que exige el acusatorio.

Esta acusación define el objeto del proceso delimitando el debate del contradictorio y la sentencia. Este objeto es esencialmente un hecho, un *factum*, no un crimen. En palabras del TS, el objeto del proceso no es un delito determinado y concreto sino un suceso o acontecimiento natural e histórico<sup>22</sup>. La conclusión es que la calificación jurídica del hecho (incluso respecto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad), no pueden servir para determinar el objeto y no vinculan al juez.

El principio acusatorio sólo delimita el contenido de la acusación pero ésta sólo se refiere a la persona imputada y al hecho criminal. El juzgador no puede condenar ni a persona distinta ni por hechos distintos de los contenidos en la acusación.

En el análisis de la vinculación judicial al objeto del proceso, es inevitable hacer una breve referencia al art. 733 LECrim. cuya interpretación, aparte de divergente, se ha complicado por las disposiciones contenidas, entre otros en los arts. 732, 851.4, 793.6 y 7<sup>23</sup>. Porque excede del ámbito de este trabajo no es posible examinar el origen de esta norma y las distintas corrientes que existen en cuanto a su interpretación, me sumo a la mayoría que entiende que el fundamental error analítico está en considerar que este precepto representa una excepción al principio acusatorio.

---

delitos reservan a los particulares la iniciativa y a veces el poder de decisión sobre la persecución de los mismos, es decir ostenta el monopolio de la acusación, en determinados tipos de delitos o faltas se atribuye a los sujetos pasivos un poder de disposición explicable por la naturaleza de los hechos.

<sup>21</sup> MONTERO AROCA, J., «La garantía procesal penal y el principio acusatorio», en La Ley 1994, p. 977.

<sup>22</sup> STS de 28 de febrero de 1984, como veremos la contradicción es grande posteriormente. De igual modo STC de 29 de octubre de 1986 y de cuatro de noviembre del mismo año.

<sup>23</sup> Sobre la interpretación que debe darse a estos arts. y su falta de relación con el principio acusatorio Vid, ASENSIO MELLADO, J.M, Principio acusatorio y derecho de defensa en el Proceso Penal, Madrid 1991., pp. 116 y ss.

Esta norma permite que el juez realice un cambio en la calificación jurídica realizada por las partes (la conocida como tesis de desvinculación); lo curioso es que la jurisprudencia y algún sector de la doctrina entiende que sólo quebranta el acusatorio cuando de oficio se modifica más gravemente y sin embargo no padece cuando las variaciones son *in melius* o *in aequo*. El error está en considerar que el 733 LECrim es una excepción al acusatorio, gran error porque el acusatorio exige acusación realizada por persona distinta del juez sentenciador; lo no acusado, sea de la entidad punitiva que sea, no puede ser objeto de pronunciamiento judicial<sup>24</sup>.

Creemos con la doctrina mayoritaria que la calificación jurídica no conforma el principio acusatorio (en orden al objeto del proceso). Es más este principio autoriza al tribunal a separarse de las peticiones de la acusación, y a condenar por un delito más grave o más leve. Pero además el Tribunal Supremo, en su interpretación actual de esta norma, limita aún más la posibilidad de que el juez utilice la tesis, pues si las partes no la aceptan no puede fundamentar la sentencia<sup>25</sup>, en otras palabras la falta de aceptación de la tesis por las partes, aun dentro del mismo hecho procesal, impide su utilización por el tribunal so pena de estar actuando como órgano acusador. Se ha destacado por Armenta<sup>26</sup> que a esta concepción se llega por la identificación del sistema acusatorio con el principio dispositivo.

Esta concepción tiene su mayor crítica<sup>27</sup> en el cambio del concepto de objeto del proceso pues se afirma que al juez le vincula no sólo el hecho, sino tam-

---

<sup>24</sup> En realidad esta norma no recoge, pese a lo que estimara el legislador, una excepción al principio acusatorio. Esta es la interpretación que rige también en Alemania, por lo establecido en el §155.1 StPO, el Tribunal puede conocer de circunstancias no comprendidas en la acusación pero que formen parte del hecho, ya que el 155.2, obliga al Tribunal a realizar toda actividad que ayude a esclarecer los hechos.

<sup>25</sup> SSTs de 28 de marzo de 1988, 11 de diciembre de 1989 y 7 de febrero, 21 de septiembre de 1990, 5 de febrero de 1991, donde en virtud de este art. el Tribunal sólo sugiere pero si las partes no aceptan esta sugerencia en relación con la calificación, estas sugerencias carecen de valor en orden a la posibilidad de ampliar los límites de sus facultades resolutorias.

<sup>26</sup> ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., p. 75

<sup>27</sup> Vid. TAPIA FERNÁNDEZ, I., "La incongruencia penal por "ultra petita": estudio Jurisprudencial", en RGD, nº 558, donde destaca que la confusión creada por la doctrina del TS es total y que está fundamentada en un cambio de criterio por parte del TC. MORENO CATENA, V., «Algunos problemas del derecho de defensa», en La reforma del proceso Penal, II Congreso de derecho procesal de Castilla y León, Madrid 1989, pp. 450 y ss. Afirma que si la tesis es planteada por el tribunal y esta no es aceptada por las partes la situación creada no deriva en indefensión para el acusado ni en vulneración del principio de contradicción. El acusado conoce que debe articular su defensa sobre todos y cada uno de los hechos que la acusación consignó en su calificación y el tribunal actúa bajo el principio del iura novit curia, limitándose a mantener la consideración jurídica que le merecía los hechos objeto de la acusación.

bién la calificación jurídica realizada por la acusación. Se confunde y olvida con esta interpretación, en palabras de Asencio<sup>28</sup>, lo que es el contenido del principio acusatorio. Cuando el juez de oficio modifica la calificación jurídica realizada por las partes, no determina el contenido fáctico de la acusación por lo que el principio acusatorio permanece en este punto inalterado. La variación de la tesis exige, por el contradictorio, un nuevo debate; debe informarse al acusado para que pueda defenderse, pero en absoluto convierte a la calificación jurídica del hecho en elemento del objeto del proceso que vincula al juzgador. Nada tiene que ver con la imparcialidad el que el juez modifique las calificaciones una vez realizado el proceso y por tanto no se quebranta el acusatorio porque que el título de condena no goza de función identificadora del objeto<sup>29</sup>.

Todavía más, el que el Tribunal no dependa de las calificaciones jurídicas de las partes se justifica en que éstas no tienen derecho subjetivo a la imposición de una determinada pena. Las partes acusadoras no hacen valer en el proceso punitivo derechos que le son propios, quedando la acusación pública sujeta en su actuación al principio de legalidad. El acusador no tiene autonomía de voluntad para determinar la pena que considere oportuna y en nada afecta a la imparcialidad que el juez no quede vinculado a la petición concreta del acusador, porque no existe disposición en la aplicación del derecho penal. Si llegara a establecerse legalmente que la petición acusadora vincula al juzgador respecto de la pena estaríamos reconociendo al acusador un derecho subjetivo penal<sup>30</sup>. Limitar las facultades del órgano jurisdiccional, impidiéndole incluso la aplicación del *iura novit curia* —a no ser que las partes consientan—, conduce irremediamente a la privatización del proceso penal.

Los jueces en el Proceso penal, deben aplicar el derecho tras una contienda pública, con igualdad de armas y sin lesionar las garantías de las partes a

---

<sup>28</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., op. cit., pp. 127 y ss.

<sup>29</sup> MONTERO AROCA, J., «La garantía...», op. cit., p. 981. GOMEZ ORBANEJA, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Tomo I, Barcelona 1947, pp. 289 y ss. ASENCIO MELLADO, op. cit., p. 69. Como destaca DE LA OLIVA, el error jurisprudencial está en entender que el uso del art. 733, es acto de acusación. Pero una cosa es que el Tribunal juzgador no deba en ningún caso atribuir a una o varias personas una determinada conducta y otra cosa es ampliar el concepto de acusación introduciendo en el mismo la calificación jurídica del objeto procesal sin tener en cuenta en qué fase y momento se hace uso de la tesis del 733, a saber: cuando el objeto del proceso ha sido ya introducido por otros; cuando ha sido iniciado el proceso por iniciativa de otros; y cuando la actividad probatoria ha terminado y también el juicio oral.

<sup>30</sup> ASENCIO MELLADO, J.M., op. cit., p. 121, «Sostener la necesidad de la aceptación por el Tribunal de las calificaciones jurídicas efectuadas por las partes supondría la introducción en el proceso de criterios netamente dispositivos que podrían conducir a situaciones más allá de lo razonable en tanto que ni tan siquiera en el proceso civil es reclamable una solución como ésta»..

defender su propia posición. Pero esto no se traduce en el otorgamiento de derechos sustantivos y menos aun, de los hechos en que pudieran fundarse esos derechos.

Realizado el proceso el Tribunal puede modificar la calificación si no se alteran los hechos objeto del proceso, está permitido un cambio del punto de vista jurídico que no necesita ser compartido por la acusación<sup>31</sup>, puede asimismo apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad aunque no sean alegadas, o modificar las suscitadas, porque en el cambio de calificaciones no existe variación sustancial del hecho, sin olvidar el principio de indivisibilidad por el cual el juez tiene el deber de investigar e integrar total y plenamente el hecho, tanto fáctica como jurídicamente<sup>32</sup>.

Así pues el acusatorio mixto permite afirmar que el interés público que existe en el proceso penal y que se plasma en una acertada persecución de los delitos, hace que el Tribunal sea «beligerante», por el deber de integrar totalmente el hecho; destaca por tanto la absoluta libertad que, en realidad tiene el Tribunal, en orden a las variaciones de oficio de la totalidad de elementos constitutivos del objeto procesal, salvo el hecho y la persona acusada.

Esta beligerancia del juez que se traduce en la necesidad del objeto del proceso y en la prohibición de disponer del mismo por las partes, se compagina perfectamente con el principio acusatorio, es más como ya hemos destacado este principio se ve confirmado y realizado por el contenido del artículo 733 LECrim.

De igual modo, por el de verdad material, que rige respecto del objeto del proceso penal, el juez debe completar el hecho, aunque, sin ninguna duda, respetando los principios inherentes al proceso: acusatorio, de contradicción, defensa.

---

<sup>31</sup> VERGÉ GRAU, J., *op. cit.*, p. 164.

<sup>32</sup> Ciertamente y como se refleja en las notas es la opinión mayoritaria pero sólo eso. Así MARTINEZ ARRIETA, A., «El principio acusatorio: teoría general y desarrollo jurisprudencial», en *Justicia* 92., pp. 860 y s, donde destaca que el planteamiento de una nueva calificación por parte del tribunal si no es aceptado, no puede servir como título de imputación: el tribunal no puede acogerse a una acusación no formulada para realizar su calificación en la sentencia. El simple uso de la tesis del art. 733 LECrim. no permite al Tribunal desvincularse y encauzar su sentencia por los derroteros de las tesis, sino que para esa configuración sería necesaria la asunción formal de la tesis por la acusación. En este caso se violaría el Principio acusatorio. En el mismo sentido RUIZ VADILLO, e., «Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal», en *La Ley* 1988, nº 4, pp. 873 y ss.

Esta norma permite que el juez realice un cambio en la calificación jurídica realizada por las partes (la conocida como tesis de desvinculación); lo curioso es que la jurisprudencia y algún sector de la doctrina entiende que sólo quebranta el acusatorio cuando de oficio se modifica más gravemente y sin embargo no padece cuando las variaciones son *in mellius* o *in aequo*. El error está en considerar que el 733 LECrim es una excepción al acusatorio, gran error porque el acusatorio exige acusación realizada por persona distinta del juez sentenciador; lo no acusado, sea de la entidad punitiva que sea, no puede ser objeto de pronunciamiento judicial<sup>24</sup>.

Creemos con la doctrina mayoritaria que la calificación jurídica no conforma el principio acusatorio (en orden al objeto del proceso). Es más este principio autoriza al tribunal a separarse de las peticiones de la acusación, y a condenar por un delito más grave o más leve. Pero además el Tribunal Supremo, en su interpretación actual de esta norma, limita aún más la posibilidad de que el juez utilice la tesis, pues si las partes no la aceptan no puede fundamentar la sentencia<sup>25</sup>, en otras palabras la falta de aceptación de la tesis por las partes, aun dentro del mismo hecho procesal, impide su utilización por el tribunal so pena de estar actuando como órgano acusador. Se ha destacado por Armenta<sup>26</sup> que a esta concepción se llega por la identificación del sistema acusatorio con el principio dispositivo.

Esta concepción tiene su mayor crítica<sup>27</sup> en el cambio del concepto de objeto del proceso pues se afirma que al juez le vincula no sólo el hecho, sino tam-

---

<sup>24</sup> En realidad esta norma no recoge, pese a lo que estimara el legislador, una excepción al principio acusatorio. Esta es la interpretación que rige también en Alemania, por lo establecido en el §155.1 StPO, el Tribunal puede conocer de circunstancias no comprendidas en la acusación pero que formen parte del hecho, ya que el 155.2, obliga al Tribunal a realizar toda actividad que ayude a esclarecer los hechos.

<sup>25</sup> SSTs de 28 de marzo de 1988, 11 de diciembre de 1989 y 7 de febrero, 21 de septiembre de 1990, 5 de febrero de 1991, donde en virtud de este art. el Tribunal sólo sugiere pero si las partes no aceptan esta sugerencia en relación con la calificación, estas sugerencias carecen de valor en orden a la posibilidad de ampliar los límites de sus facultades resolutorias.

<sup>26</sup> ARMENTA DEU, T., Principio acusatorio..., op. cit., p. 75

<sup>27</sup> Vid. TAPIA FERNÁNDEZ, I., "La incongruencia penal por "ultra petita": estudio Jurisprudencial", en RGD, nº 558, donde destaca que la confusión creada por la doctrina del TS es total y que está fundamentada en un cambio de criterio por parte del TC. MORENO CATENA, V., «Algunos problemas del derecho de defensa», en La reforma del proceso Penal, II Congreso de derecho procesal de Castilla y León, Madrid 1989, pp. 450 y ss. Afirma que si la tesis es planteada por el tribunal y esta no es aceptada por las partes la situación creada no deriva en indefensión para el acusado ni en vulneración del principio de contradicción. El acusado conoce que debe articular su defensa sobre todos y cada uno de los hechos que la acusación consignó en su calificación y el tribunal actúa bajo el principio del *iura novit curia*, limitándose a mantener la consideración jurídica que le merecía los hechos objeto de la acusación.

La filosofía del acusatorio puro limita la actividad del juez penal también y principalmente en la actividad probatoria, pero este criterio no es compatible con el principio de búsqueda de la verdad material que rige en el proceso penal. Su contenido es la necesidad de agotar el objeto del proceso penal, aunque sólo se haya ofrecido a enjuiciamiento aspectos parciales del mismo. El tribunal es libre e incluso está obligado a definir el hecho planteado en la forma que lo crea más adecuado, con la única limitación de que permanezca esencialmente inalterado.

Facultad perfectamente compatible con el acusatorio, ya que en nada se altera su contenido esencial, es decir la imparcialidad del juzgador, al contrario le favorece ya que la iniciativa probatoria se ejerce también a favor del acusado.

Para evitar confusiones conviene destacar que no se trata de aportar hechos sino de probar los aportados por las partes. Prevalece el interés público de reconstrucción total de los hechos supliendo, en su caso, la inactividad probatoria de las partes para el conocimiento de la verdad material.<sup>33</sup>.

Es claro que entran en juego variados principios y garantías: la ausencia de prueba, la prohibición del *non liquet*, las presunciones de inocencia e *in dubio pro reo*, que exigen para que se produzca una condena una mínima actividad probatoria, con todas las garantías y que sea de cargo<sup>34</sup> y completa. No basta pues con obtener la prueba de cargo, debe estar presente la de descargo puesto que en ella se puede apreciar también insuficiencia. En otras palabras, por la conjunción de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* se exige prueba completa de los hechos, siempre que haya existido cierta actividad probatoria. La consecuencia es clara, la proposición de la prueba no vincula al juez penal, la ley le concede amplias iniciativas para averiguar la verdad<sup>35</sup>.

Esta injerencia del órgano jurisdiccional en la actividad probatoria, como facultad autónoma, está sometida a muy pocos requisitos. Las limitaciones que

---

<sup>33</sup> Se ha alegado que este es el fundamento de que en el proceso penal no puede hablarse de un *onus probandi* en sentido formal ss Vid. sobre esto FLORIAN, E., De las pruebas penales, T. I. 3ª ed., Bogotá 1962, pp. 388, en el mismo sentido GOMEZ COLOMER, J.L., «Anotaciones introductorias sobre el proceso penal español», en Introducción..., p. 228 y s op. ult. cit., DE LA OLIVA, Derecho..., op. cit., p. 18, considera, no obstante, que esto no significa que en el proceso penal no desempeñe ningún papel la carga de la prueba. entiende que precisamente por este aspecto, en el proceso penal no existe carga de la prueba, a diferencia del proceso civil.

<sup>34</sup> ASENSIO MELLADO, J.M., Prueba prohibida y prueba preconstituida, Madrid 1989, pp. 41 y ss.

<sup>35</sup> Vid arts. 729.2 LECrim., por el que puede ordenar prácticas de prueba, 700.2 y 708.2 LECrim



establece la ley son que la diligencia de prueba no haya sido propuesta por las partes, que juez considere necesaria su práctica y que la prueba se refiera a hechos objeto del escrito de calificación. Sin embargo del acusatorio también se desprende límites, el más importante es que las pruebas solicitadas deben practicarse en el juicio oral, momento procesal oportuno salvo excepciones, quiere esto decir que las diligencias sumariales no pueden sin más utilizarse libremente por el Juez para formar su convicción<sup>36</sup>.

Frente a las dos posibilidades juez como espectador inerte y pasivo en el desarrollo y adquisición de la prueba, o juez con iniciativa en la dirección de las pruebas y su proposición optamos por esta segunda más acorde con la finalidad de la actividad probatoria, cual es el logro de la convicción del juez acerca de las afirmaciones deducidas por las partes. El juez tiene que fallar conforme a lo probado en el proceso, por eso es trascendente otorgarle facultades para exigir las pruebas y tomar la iniciativa que estime necesaria a fin de poder pronunciarse con convencimiento pleno. Es evidente que la adquisición o aproximación a la certeza por parte del juez dependerá mucho de las limitaciones que se establezcan al juzgador.

### III. El acusatorio mixto y la prohibición de pactos sobre el objeto del proceso

El sistema acusatorio puro en su finalidad de aligerar el cometido de los órganos jurisdiccionales, aporta medidas normativas que tienden a la desprocesalización, principalmente privatizando conductas y desjudicializando determinados asuntos<sup>37</sup>; se introduce la oportunidad y la justicia negociada a efectos de conseguir una mayor implantación de principio acusatorio<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Vid PEDRAZ PENALVA, E., «La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba <<preconstituída>>», en Cuadernos de derecho Judicial 1998 pp. 13 y ss.

<sup>37</sup> Se busca de un lado desjudicializar la sociedad, ciertamente imbuida de un espíritu pleiteador, compartiendo ámbitos de conocimiento entre los Organos Jurisdiccionales con otras instituciones. En el ámbito procesal civil se refuerza el fomento del arbitraje e incluso se privatizan trámites procesales. Estas alternativas no son en sí misma rechazables siempre que la justicia no sea perjudicada como remedio ineficaz para obtener la realización de los derechos, o cuando refleje la incapacidad estatal para dar cumplimiento a su deber de poner a disposición de todos los órganos jurisdiccionales que con los precisos medios puedan satisfacer la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., Privilegios de las..., op. cit., p. 25.

<sup>38</sup> Es interesante advertir que los investigadores españoles del sistema americano cuando se han acercado a esta institución han acabado por advertir los peligros que su introducción provocaría. Vid. CABEZUDO RODRIGUEZ, N., El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica, Granada 1996 y BARONA VILAR, S., La conformidad en el Proceso Penal, Valencia 1994.

Ahora bien estas tendencias, primero doctrinales luego legislativas, no son conciliables con el monopolio que tiene el Estado sobre el derecho de penar, ni siquiera aunque se hable de oportunidad reglada<sup>39</sup>. El campo penal se concibe tradicionalmente como el reino del principio de legalidad, a este planteamiento responden los artículos 25.1 y 124 CE; es, por tanto, un principio normativamente consagrado en la Constitución.

El predominio del interés público en el proceso penal, determina su realización necesaria. Puede definirse, en palabras de De la Oliva<sup>40</sup>, como aquel criterio, derivado de un interés público predominante, marcado por la ley, por el cual el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia no están subordinados al poder de disposición de sujetos jurídicos en relación con la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sino que dependen de que aquel interés público se ponga de manifiesto al tribunal y se haga valer ante situaciones reales subsumibles en supuestos taxativamente determinados por la ley. Las exigencias Constitucionales de este principio se traducen en que la pena, como consecuencia del acto ilícito tipificado, sólo puede ser impuesta por los órganos jurisdiccionales a través del proceso<sup>41</sup>.

Este principio condiciona por tanto, la actividad de los órganos jurisdiccionales pero también la del que necesariamente debe ejercitar la acción penal.

El contenido esencial del principio de legalidad, sin olvidar sus variadas manifestaciones<sup>42</sup>, es la necesidad del proceso para realizar el derecho penal. El Estado tiene el monopolio en el ejercicio del *ius puniendi*, que revierte de modo definitivo en la garantía del proceso; es decir garantiza la justicia del procedimiento y sus consecuencias indispensables: seguridad jurídica y fiabilidad del Derecho<sup>43</sup>.

No cabe, en el proceso penal como regla general, decidir que el ilícito no provoque la iniciación del proceso. Ahora bien, nos referimos al momento

---

<sup>39</sup> PEDRAZ PENALVA, E., «Principio de ...» op. cit., p. 351.

<sup>40</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., Derecho..., op. cit., p. 8.

<sup>41</sup> RAMOS MENDEZ, F., El Proceso..., op. cit., p. 30. más que en ningún otro sector el proceso es la única voz posible del Derecho Penal.

<sup>42</sup> PEDRAZ PENALVA, E., op. cit., p. 353.

<sup>43</sup> DOEHRING, K., «Estado social, Estado de Derecho y orden democrático», p. 127, cit., por PEDRAZ PENALVA, E., op. cit., p. 371. En el mismo sentido ARMENTA DEU, T., Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, Barcelona 1991., p. 187. «Cuando se ha querido incrementar a defender la vigencia del repetido principio de legalidad, ha resultado factor clave, la alegación de la seguridad jurídica que para la comunidad y el Estado de Derecho supone la estricta sujeción al referido principio. En este sentido, cualquier excepción a la mencionada sujeción al p. de legalidad conlleva una ruptura de la repetida garantía, amén de otros inconvenientes.»

procesal no al penal, muchas veces, de modo consciente o inconsciente según los casos, se produce una confusión entre ambos, con los peligros que conlleva. Por criterios de política legislativa, cabe una necesaria reordenación de los delitos y las faltas despenalizando algunos tipos. La meta de no castigar, o castigar más levemente, es un desafío del legislador vinculado al perfeccionamiento del Derecho Penal sustantivo, a él le corresponde seleccionar las conductas que constituyan ilícito penal y su correspondiente sanción. Lo que no cabe es diferir este criterio al momento procesal, recurriendo a la oportunidad para evitar la sanción o la condena. Si el legislador ha incluido en los códigos determinados actos como ilícitos, nada puede dar a entender que procesalmente no se persigan.

El principio de legalidad penal representa una conquista de la civilización y un pilar fundamental del Estado de Derecho, la exigencia de que no hay delito ni pena, sin ley previa que lo establezca, evita arbitrariedades, salvaguardando el principio de igualdad. Ciertamente la igualdad ante la ley es formal, es decir negativa, pero Hegel, percibió con claridad la naturaleza puramente formal-negativa de la libertad, y previno acerca de las consecuencias de desecharla<sup>44</sup>. Por eso, pese a su necesaria relación, es preciso no confundir ambos momentos, más que en ningún otro sector el proceso es la única voz posible del Derecho Penal<sup>45</sup>.

Procesalmente lo que está en juego es la respuesta jurídica ajustada a la legalidad, incompatible con la disponibilidad del proceso. Los particulares, en virtud del monopolio estatal, ni disponen del derecho penal, ni de la consecuencia jurídica penal.

Se puede por tanto afirmar que la indisponibilidad es también exigencia del principio acusatorio que tiene en este elemento su máxima expresión: el derecho penal se aplica sólo por los tribunales y estos actúan sólo por medio del proceso. En el Derecho Penal los tipos penales legales formalizan y delimitan la justicia, pero ésta sólo puede realizarse en el proceso penal, debidamente desarrollado, es decir <<formalista>>, sólo así se puede condenar y remover la presunción de inocencia»<sup>46</sup>.

La oportunidad es, por tanto, una alternativa o excepción a la legalidad, incluso aunque se hable de oportunidad reglada, no discrecional. En este aspecto

---

<sup>44</sup> NEUMANN, F., *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires 1968, pp. 47 y ss.

<sup>45</sup> MARTIN OSTOS, J., «La instrucción...», *op. cit.*, p. 973.

<sup>46</sup> TIEDEMANN, K., «El derecho...», *op. cit.*, el contenido del principio de legalidad obliga a la fiscalía a intervenir a acusar de todos los hechos punibles perseguibles, en caso de que exista una sospecha suficiente del hecho, y así se consagra en §152, ap. 2, StPO.

hay que detenerse porque pese a la imposibilidad lingüística y conceptual de conciliar ambos términos se han empeñado muchos esfuerzos en definirla<sup>47</sup>, destacando principalmente, que es un concepto jurídico indeterminado que no se corresponde con la arbitrariedad o lo discrecional<sup>48</sup>. Así la discrecionalidad acontece cuando el ordenamiento jurídico atribuye un margen de actuación donde caben muchas soluciones válidas, hay un espacio libre de actuación y fiscalización, que no está sujeto a control. La oportunidad bajo regulación legal, por el contrario sólo puede recibir una única interpretación y solución correcta, siendo, por tanto, posible su control. Parece pues que cuando el fiscal ejerce o no la acusación (si esa facultad se le concede), sólo tiene una solución justa por tanto no hay oportunidad.

Este análisis es poco riguroso ya que la conclusión a la que se llega es realmente acertada, pero no el motivo que la fundamenta. El error está en entender que legalidad y oportunidad son lo mismo. De hecho esta doctrina sigue la concepción alemana que entiende la oportunidad como parte integrante y reguladora de la legalidad<sup>49</sup> ya que ésta incorpora las notas que se predicán de aquélla. Tratamiento que importa una inadecuada elaboración doctrinal del derecho administrativo y del principio de legalidad<sup>50</sup>.

Es difícil aceptar esta postura y más cuando se advierte que la oportunidad legalmente establecida, no es más que una habilitación en blanco o simple apoderamiento legal, lo que en absoluto suprime arbitrariedades.

<sup>47</sup> Lo oportuno no está ni puede estar reglado. Lo que sí se puede reglar son ciertos requisitos necesarios y su ámbito de actuación, para que el Fiscal (o, eventualmente, el órgano jurisdiccional) se pueda regir con criterios de oportunidad. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la conformidad del imputado y la «negociación» de la sentencia en el proceso penal español», en el Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1992, marzo-abril, pp 62 y s

<sup>48</sup> Vid por todos DELGADO BARRIO, J., «El principio de oportunidad en el Proceso Penal. (Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados), en La reforma..., op. cit., pp-309 y ss. RUIZ VADILLO, E., «La actuación del Ministerio Fiscal en el Proceso Penal», en R.P.J., núm esp. II, p. 68, para quien la oportunidad reglada, al venir establecida por ley y estar sujeta a determinadas reglas o pautas de comportamiento, se convierte en legalidad

<sup>49</sup> Para RIESS, P., «Zum Legalitätsprinzip», NSTZ, 1981 p. 55 y ss, en escritos en homenaje a Peters, cit por ARMENTA, Criminalidad..., op. cit., p. 60., el principio de legalidad obedece actualmente a otros fundamentos, no es que los cambios de las tendencias penales o la necesidad de racionalización de los medios justifiquen la excepción al sometimiento al principio de legalidad, sino que tales causas deben constituir los nuevos fundamentos de una renovada concepción del principio de legalidad, en el que su contenido se acomode a aquellas finalidades que habitualmente se han predicado del principio de oportunidad. No hay porqué justificar nuevas construcciones dogmáticas del principio de oportunidad, la nueva concepción del principio de legalidad es suficiente. La doctrina, no obstante, estima la singularidad de este autor respecto a la concepción del principio de legalidad.

<sup>50</sup> ARMENTA DEU, T., op. ult. cit.

Al definir la oportunidad no se puede eludir su contenido esencial, en el que prevalece el interés subjetivo, que se traslada también al proceso, concediendo a las partes disposición sobre él y su objeto. Pese a que se niega, la oportunidad en el sistema acusatorio puro, conduce a la privatización del proceso penal<sup>51</sup>, porque este criterio encuentra su fundamento conceptual en la existencia de una relación jurídico-material entre partes, de la que se deducen derechos y obligaciones.

Los argumentos en contra de la oportunidad los proporciona nuestro sistema que establece unos límites que impiden que otros objetivos desvirtúen su contenido. Hay que dilucidar, por tanto, si se compadece con la legalidad la posibilidad de que las partes modelen el objeto del proceso influyendo evidentemente, en la decisión final. Entendemos que tal y como se realiza la pregunta no cabe más remedio que responder negativamente.

Si nos trasladamos al proceso penal español, donde en el abreviado se regula la conformidad<sup>52</sup>, lo primero que destaca es la ausencia de lo reglado y el control; existe un inevitable entronque con lo discrecional, elemento que forma parte del contenido principal de este criterio. Por eso la ley ofrece pluralidad de soluciones justas o indiferentes, que se traducen en la disponibilidad por las partes del objeto del proceso. Es difícil regular la oportunidad sin indeterminación, sobre todo cuando quiere regularse y acomodarse a conceptos entre sí incompatibles como son la legalidad, el control o falta de discrecionalidad. Como estima Gómez Colomer<sup>53</sup>, respecto a la conformidad en el procedimiento abreviado, existen posturas auténticamente contradictorias y, lo que es peor, todas ellas perfectamente defendibles. Es, pese a la vaguedad, incuestionable que se permite que los hechos se confirmen por el resultado de un acuerdo, al margen de lo que procesalmente hubiera podido suceder. Esto, se analice como se analice, es inconciliable con la legalidad, por mucho que se añada a lo sustantivo el adjetivo de «reglada».

Nuestra conclusión es que es imposible conciliar la legalidad con el criterio de la oportunidad, pero además otros principios esenciales del sistema se pueden ver alterados por la incorporación de la oportunidad; son aquellos que están estrechamente vinculados a la legalidad.

El primero es el de igualdad <<strictu sensu>>. Si esta garantía prohíbe la arbitrariedad subjetiva, menos puede concebirse que admita la arbitrariedad institucionalizada y ello es lo que supondría la aceptación de desigualdades

---

<sup>51</sup> Vid, por todos, DÍAZ CABIALE, J:A., op. cit., pag236 y ss. que defiende que la justicia negociada no significa privatización del proceso penal

<sup>52</sup> Arts. 789.5.5ª, 791.3 y 793.3 de la LECRim

<sup>53</sup> GOMEZ COLOMER, J. L., Derecho Jurisdiccional, III proceso Penal, p. 298.

jurídicas establecidas<sup>54</sup>. En la conformidad o negociación del procedimiento abreviado, no se ha estructurado un control de la misma; no permite al juez apreciar si se han incluido situaciones, que en atención a su finalidad deberían haber quedado excluidas o, por el contrario, excluye otras que debieron incluirse. Se imposibilita también el control de la proporcionalidad; es decir qué diferencias fácticas se toman en cuenta para establecer un régimen que se aparta del común, y este aspecto es especialmente grave. Por último se viola también la igualdad entre las partes ya que la negociación descarta el proceso; el acuerdo se suscribe entre partes, pero el principal agente sancionador es el Ministerio Fiscal: «ejercita no sólo su función tradicional de imputar cargos, sino que además va a determinar la culpabilidad y la pena»<sup>55</sup>; la forma y conclusión de las negociaciones depende mucho de la postura que adopte el ministerio público. Cuando la igualdad se desvanece se introducen rasgos propios del sistema inquisitivo; los acuerdos son el resultado de reconocer por el acusado el contenido de la investigación, ya que es la única actividad procesal practicada, se elimina el juicio oral y por lo tanto la actividad probatoria. La negociación es lo opuesto del contradictorio, propio del principio acusatorio, evoca sobre todo las prácticas persuasoras permitidas por el secreto en la relación desigual que caracteriza la inquisición.

Por iguales motivos se desconoce también la presunción de inocencia, la justicia negociada exige que se llegue a un acuerdo entre la fiscalía y la defensa con el fin de reconocer la culpabilidad del acusado, se negocia la culpabilidad no la inocencia. Con esta institución se contradice la esencia del sistema penal ya que para destruir esta presunción se exige una suficiente prueba de cargo<sup>56</sup>, que sólo puede practicarse en el juicio oral. Con la negociación esta fase se excluye y se llega a una decisión condenatoria con base

---

<sup>54</sup> PEDRAZ PENALVA, E., op. cit., p. 370.

<sup>55</sup> BARONA VILAR, S., op. cit., p. 71 destaca como el papel del fiscal como negociador va a ser extraordinario, dado que va a legar a hacer concesiones, recomendaciones o promesas a cambio de una declaración de culpabilidad.

<sup>56</sup> Vid. STC de 28 de julio de 1981. El TC español, según GOMEZ COLOMER, J.L., «Anotaciones introductorias sobre el proceso penal español», en Introducción..., p. 228 y s., interpretando correctamente el principio, ha formado la teoría de la mínima actividad probatoria, por la que el principio de la libre valoración de la prueba supone que los distintos elementos de la prueba puedan ser valorados libremente por el Tribunal de instancia, al que corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llegar a desvirtuar la presunción de inocencia, se requiere una mínima actividad probatoria producida por las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado. Es decir, nadie puede ser condenado si por lo menos no se ha practicado una prueba en la cual pueda basarse el convencimiento judicial de la culpabilidad del acusado (STC 26 de julio de 1982). Vid. también SSTC de 7 de febrero y 7 de marzo de 1984, entre otras muchas.

a la confesión del acusado<sup>57</sup>, es más puede confesar su inocencia pero asumir la pena negociada<sup>58</sup>, desde luego esta solución no se adecua, en absoluto, con el principio acusatorio tal y como se ha definido.

La negociación provoca un desplazamiento del criterio probatorio, en favor de otro indeterminado como es las probabilidades de condena y el valor de las confesiones ofrecidas por el M. Público. Se produce una apoteosis de la investigación que florece indisimuladamente a través de la práctica de los acuerdos, en otras palabras, se renuncia al juicio oral, fundamentándose la condena exclusivamente en el reconocimiento parcial o total del contenido de la instrucción. De ahí que Schünemann<sup>59</sup> destaque cómo desde un punto de vista dogmático se invierten todos los valores, en los que se basa toda la práctica continental europea. Se potencia la fase de instrucción en cuanto que es la única actividad procesal realizada, pero en ella la posición del acusado está debilitada. Es bastante discutible que la oportunidad se acomode al principio acusatorio.

Está claro que ambos principios legalidad/oportunidad son en su intención diversos, por no decir opuestos, choca con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, la seguridad jurídica se desplaza en cuanto impide prever las consecuencias de los delitos sin olvidar que el acusado se sentirá, en la mayoría de los casos, la parte más débil de un acuerdo transaccional.

No obstante los que respaldan la exteriorización más pura de la oportunidad —adversary system—, destaca como determinados principios se garantizan más planamente con este criterio.

Así la posibilidad de que el imputado eluda el juicio y una sentencia que pueda irrogarle una pena más grave, está íntimamente vinculada con el ejercicio del derecho de defensa ya que su contenido esencial comprende el voluntario cumplimiento a una sanción a fin de evitar los resultados inciertos del juicio oral. Enaltecer las fórmulas de autocomposición procesal penal como la mejor garantía del derecho de defensa es substancialmente un error, el ámbito fundamental protegido no es la obtención de una pena más leve por medio del posible acuerdo; ni siquiera forma parte de su contenido instru-

---

<sup>57</sup> Se ha entendido, en relación con el art. 406 de la LECrím. que el proceso es indisponible, por lo que si se entiende que la conformidad es posible, es te art. debe entenderse derogado.

<sup>58</sup> ALSCHULER, cit. por cabezudo destaca que el sistema americano elabora técnicas que permiten al acusado expresar su conformidad con el resultado sin reconocer formalmente su culpabilidad, lo que demuestra que el Plea Bargaining es una estructura bien diseñada para provocar la condena de inocentes

<sup>59</sup> SCHÜNEMANN, B., op. cit., p. 56.

mental, al menos en el ámbito penal, si fuese así como derecho irrenunciable de la parte acusada, debería darse en toda clase de procesos.

De la negociación se destaca también el logro de una justicia que incide de manera singular en la situación de los sujetos intervinientes, se perfecciona y alcanza la individualización<sup>60</sup> de la pena como instrumento hacia la resocialización<sup>61</sup> del delincuente (art. 25.2 CE), frente a la retribución. Evidentemente creemos que no es muy fidedigna esta afirmación, la realidad y la reflexión doctrinal demuestran lo contrario.

El consenso como criterio para determinar la pena e individualizarla en atención al acusado, incurre en el error de situarla en el reconocimiento del hecho, pero este factor no puede ser el fundamento ni de la determinación y menos aún de la atenuación de la pena. Los elementos que deben utilizarse para establecer la punibilidad —que consiste en determinar la existencia del hecho punible, típico y antijurídico<sup>62</sup>—, no pueden, al menos jurídicamente, ser los mismos que para determinar la pena individualizada y personalizadamente<sup>63</sup>. Su confusión lo que produce es una desorientación de la finalidad del proceso penal.

En este caso no se está sancionando el hecho punible del autor individualizadamente, sino su comportamiento procesal<sup>64</sup>. Con el consenso no se logra una pena individualizada, se logra simple y llanamente una reducción de la sanción; concepción más propia del sistema retributivo, en el que prima la pena de cárcel aunque sea menor.

---

<sup>60</sup> La individualización pretende la posible resocialización del delincuente a través de la personalización del tratamiento penal y de la determinación de la pena. En virtud de ésta deberá tenerse en cuenta no sólo las circunstancias sociales en las que se ha desenvuelto el delincuente, sino también con las que se va a encontrar al reincorporarse a la vida social, es decir contempla no sólo el pasado, sino también el presente y futuro del acusado.

<sup>61</sup> Es la creencia de que el fin social de la pena se consigue con la reacción brutal y simple contra la infracción cometida. ROTMAN, «L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale», en *Aspects Nouveaux de la Pensée Juridique*, T.I, Paris 1975, p. 163.

<sup>62</sup> Vid. HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho penal*, (traducción de MUÑOZ CONDE, F. Y ARROYO ZAPATERO, L.), Barcelona 1984, Lib. III, cap. I.

<sup>63</sup> Vid. en este sentido HASSEMER, W., op. cit., p. 132. BARBERO SANTOS, M., *La división en dos fases del Proceso Penal*, Valladolid 1972, p. 197.

<sup>64</sup> Como destaca SCHÜNEMANN, B., op. cit., p. 57, las individualización de la pena como último nivel de la imposición de la norma debe poner al autor hipotéticamente en el momento anterior a la comisión del hecho y ello demuestra con evidencia que la amenaza de una pena esencialmente atenuada para el caso de estar dispuesto a confesar a fin de reducir la duración del proceso penal, sepulta tanto la seriedad de la norma como el respeto de pueblo a tales prácticas.



La eventualidad de incidir singularizadamente, resocializando, no es posible con los acuerdos ya que el influjo atenuante de la pena es producto de la capitulación procesal del acusado; no de la individualización. El Fiscal sólo puede ofrecer lo que la legalidad le permite, es decir una pena reducida, no medidas resocializadoras. Es más en muchos casos se producirá el efecto contrario: reducción del efecto preventivo de las leyes penales al restarle credibilidad, fruto del divorcio entre el acusado y la realidad de su delito.

A todo ello se añade que en nuestro sistema a cada delito le corresponde el ejercicio de una acción y el subsiguiente proceso. En este último se obtendrá una verdad, que aunque relativa y limitada, es la resultante jurisdiccional en el Estado de Derecho<sup>65</sup>. Con la justicia negociada se llega a una verdad consensuada que posiblemente poco tenga de coincidencia con la que, siguiendo los trámites procesales establecidos, se hubiera alcanzado en la sentencia. En definitiva se puede producir una quiebra en el deber judicial de esclarecimiento de los hechos en busca de la verdad material. Cabe reconocer que si la conformidad vincula al Tribunal como mecanismo que hace innecesaria la prueba de lo reconocido, este principio queda marginado<sup>66</sup>. Este elemento tiene trascendencia porque el juicio oral corporiza, por su estructura contradictoria, recursos para hallar la verdad, que desaparecen en un procedimiento regido por acuerdos<sup>67</sup>. La instrucción refleja una imagen selectiva del hecho, imagen que no puede conducir a la determinación de la verdad material sin una verificación crítica a la luz de los hechos que presenta el acusado en el juicio oral<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> MARTIN OSTOS, J., «La instrucción...», op. cit., p. 973.

<sup>66</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., op. cit., destaca que por mucho que se subraye que el artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se encuentra en sede de sumario, resulta innegable que la fuerza vinculante del reconocimiento de los hechos habría de responder a una ratio distinta -en realidad, la ratio opuesta- a la ratio iuris del artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, en mi opinión, vale en todo momento, porque, además de su armonía con el principio de la «verdad material», parte de la razonable máxima de la experiencia o regla de la sana crítica que induce a desconfiar siempre de las autoinculpaciones penales (aunque la desconfianza pueda variar según los casos y los momentos: de muy grande a muy leve).

<sup>67</sup> SCHÜNEMANN, B., op. cit., p. 56.

<sup>68</sup> Aun cuando se tomara distancia de la pena basada en la culpabilidad y se quisiera otorgar primacía en la individualización de la misma a la idea de prevención, tampoco se llegaría a buen fin por medio de los acuerdos procesales. Desde el punto de vista de la prevención especial la atenuación por medio de los acuerdos no resulta adecuada, pues el condenado es difícil que tome en serio la sentencia producto del acuerdo, se sentiría en la mayoría de los casos como la parte más débil de un acuerdo transaccional. Incluso el efecto que se produce es justamente el contrario, se reduce el efecto preventivo de las leyes penales al restarle credibilidad y respeto, ya que se produce un divorcio entre el acusado y la realidad de su delito.

La oportunidad coloca al juez en una posición de impasibilidad total, se potencia la posición de las partes reconociendo implícitamente, la existencia de una relación jurídico-material, de la que se deducen derechos y obligaciones y consecuentemente disposición sobre el proceso y su objeto. Existe así el grave peligro de una improcedente privatización del proceso penal, al permitir a las partes la posibilidad de moldear, según su voluntad, el objeto del proceso, con influencia sobre la decisión final; inevitablemente se introduce el principio dispositivo en este sistema.

Creemos por tanto que la justicia negociada no permite una mayor penetración del principio acusatorio, por el contrario expresa del inquisitivo su aspecto más deleznable, esto es la ausencia de garantías.

Siendo realistas parece que éstas opciones sólo valoran, en palabras de Andrés Ibañez<sup>69</sup>, el abaratamiento de los costos de la criminalización, despojando al proceso de su más expresivo momento de racionalidad crítica: el juicio oral.

#### IV. El acusatorio mixto y el inicio de oficio del sumario

Esta nota, traducida en la oficialidad, es decisiva para la formación del sumario. Desde el momento en que la *notitia criminis* llegue a conocimiento del juez, deberá iniciar el sumario o diligencias equivalentes<sup>70</sup>, derecho-deber perfectamente compatible con los de los sujetos a los que la ley concede el ejercicio de la acción penal.

Su fundamento se encuentra en el interés público predominante en el proceso penal (que se traduce en el monopolio del Estado del *ius puniendi*), de ahí que no exista la posibilidad de que la investigación del delito quede en manos de los acusadores, ni tampoco que el inicio de la persecución penal se deje en manos del ofendido, siempre que concurren las circunstancias objetivas previstas en las leyes<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> ANDRES IBAÑEZ, P., op. cit., p. 118.

<sup>70</sup> Art. 303 LECrim. Se configura como el derecho y el deber para el juez siempre que se trate de delitos cuya persecución no se reserva al particular agraviado

<sup>71</sup> Es precisamente esta característica la que permitió que el inquisitivo se introdujera poco a poco. VAZQUEZ SOTELO, J.L., «El principio...», op. cit., pp. 376 y s., destaca que el que el juez fuera el que pudiera comenzar de oficio la acusación tendía a evitar que graves delitos por los que se consideraba ofendida la comunidad quedasen impunes ante la inactividad o negligencia de los acusadores, por la fatiga e inconvenientes que suponía preparar las pruebas necesarias para mantener la acusación, e incluso por la aparición de los «delatores» que negociaban con las pruebas que habían obtenido convirtiendo la acusación ciudadana en un negocio privado. El ejercicio de la acusación, en el sistema acusatorio, implicaba molestias, esfuerzos a

## 1. El acusatorio mixto y el juez instructor

Es claro, que la investigación, la inquisición, siempre es necesaria en un proceso penal, a no ser que admitiéramos el proceso sin pensar (Fairen<sup>72</sup>). Existen en este ámbito dos momentos imprescindibles: la investigación y el juicio oral, sin el primero no es posible el segundo, a no ser que se retorne a los juicios directos, tempestivos que ni siquiera en su expresión más evolucionada, eliminan su esencia inquisitiva. La discusión actual se centra en a quién se otorga esa actividad.

El principal razonamiento, incomprensiblemente muy asumido para adoptar una decisión, es que los rasgos inquisitoriales del proceso penal se potencian o desaparecen dependiendo del órgano que dirige la fase previa. Así todas las propuestas y proyectos de reforma encuentran en este argumento uno de los modelos a seguir, ya que los aspectos inquisitoriales tienen su sustento en que el juez realiza la instrucción, de este modo basta con cambiar la titularidad del órgano para garantizar los principios<sup>73</sup>.

Por el contrario nosotros entendemos que la penetración de los principios no depende de quien ejerza la titularidad en la fase previa, no basta para etiquetar a un sistema con simples cambios de órganos, sin embargo este ha sido el camino seguido, la discusión central ha girado en torno a la figura del juez instructor. Como en el caso anterior se trata de definir los roles procesales dinamitando la función del juez con caducas etiquetas en el ejercicio de su función.

Los argumentos que entendemos decisivos para justificar la figura del juez de instrucción los resumimos en los siguientes:

El sumario, la investigación previa tienen como finalidad la preparación del juicio oral (art. 299 LECRim), sin que pueda desconocerse su carácter juris-

---

veces enormes y gastos cuantiosos. Tal actividad exigía además destreza, hasta ser un oficio público que sólo unos pocos podían ejercitar con éxito. Se dictaron disposiciones ofreciendo recompensas a los acusadores (para evitar la impunidad de los delitos) consistentes en una parte de los bienes del acusado condenado. Así surgió una clase odiosa: la de los delatores, como aves de rapiña, que actuando en grupos bajo la instigación de un jefe o amo, se dedicaban a denunciar los supuestos delictivos sin otra mira que su particular beneficio. Sin duda fue ésta una de las más caracterizadas lacras del sistema acusatorio puro, como se volvió a poner de manifiesto, incluso hasta nuestros días, en el sistema acusatorio inglés, y que obligó a introducir las correcciones de determinados oficios públicos para impedir la impunidad de los delitos.

<sup>72</sup> FAIREN GUILLEN, V., op. cit., pasim.

<sup>73</sup> Vid. Sobre estos aspectos CHIAVARIO, M., «La soppressione del <<juge d'instruction>> nel progetto delmas-marty», en *Giustizia Penale*, mayo-agosto 1993, pp. 313 y ss.

diccional —la tutela o limitación de derechos fundamentales—, aunque tenga rasgos o aspectos meramente administrativos.

Esta naturaleza jurisdiccional se pone en tela de juicio. El argumento principal sostiene que esta fase procesal sirve sólo para recopilar datos, es simple labor investigadora, olvidando que también en ella existen enjuiciamientos. Tiene también como finalidad la práctica de todas las diligencias conducentes a averiguar y constatar la perpetración del delito, sus circunstancias, la participación de los delincuentes; se realizan actos y enjuiciamientos de valoración fáctica y jurídica relativos a la *procedibilidad* de la entera causa criminal, se adoptan medidas cautelares de gran trascendencia<sup>74</sup>, se busca e individualizan las fuentes de prueba etc. Esta actividad jurisdiccional no puede definir el proceso penal como inquisitivo o acusatorio, pero además la presencia del juez en la fase preliminar o instrucción es desde luego necesaria, incluso en los sistemas donde el fiscal instruye.

Si el fin es dotar a esta fase de publicidad, contradicción prohibiendo la conversión de los actos de investigación en actos de prueba, de poco sirve cambiar la persona que instruye.

La realidad es que para el acusatorio puro la fase previa tiene un valor limitado al ejercicio de la acción penal<sup>75</sup>, instrucción como fase de acusación, de ahí que sea el fiscal quien deba dirigirla, como destaca Armenta<sup>76</sup> parece que resulta consustancial al sistema acusatorio la consecución de un doble objetivo: establecer una primera fase encaminada esencialmente a determinar la existencia de la acción penal y, en su caso, fundamentarla, y adjudicar la dirección de la misma al órgano de acusación. Aún así a esta fase no se le puede despojar de eficacia jurisdiccional; es necesaria la intervención del juez en los supuestos de garantía de los derechos constitucionales, como el de defensa, también en la adopción de medidas cautelares, en todos los actos cuyo fin es la reconstrucción de hechos, en el aseguramiento de las fuentes de prueba etc. Así pues no se puede negar ni desconocer, que en esta fase se exige el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Negar esta naturaleza a la instrucción es negar la realidad jurídica; el problema no es quién realiza esta actividad sino qué naturaleza tiene, una vez determinada se señalará el órgano que la dirige. Descartada que es sólo administrativa habrá que tener mucho cuidado a la hora de determinar la titularidad del órgano que la realiza. Ya Viada<sup>77</sup> destacó que el sistema de instruc-

<sup>74</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., Jueces imparciales..., op. cit., p. 70.

<sup>75</sup> Vid. sobre esto FERRAIOLI, M., *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Padova 1993, passim.

<sup>76</sup> ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio...*, op. cit., p. 36.

<sup>77</sup> VIADA LOPEZ-PUIGSERVER, C., *Curso de derecho Procesal Penal*, II, 1962, pp. 17 y ss.

ción por el Fiscal, aparentemente más ortodoxo con el acusatorio oculta, si se refuerzan sus poderes, un sistema inquisitorio, acumula los poderes del juez de instrucción y los suyos como acusador, quedando el equilibrio roto y aunque —como se ha propuesto— se atribuyera —para remediarlo— a otro miembro de la Fiscalía las funciones acusadoras, el problema, entonces, consistiría en que el fiscal habría perdido su condición de acusador —adoptando la de instructor— con total independencia del nombre que recibiera. Para erradicar los efectos indeseables de la instrucción, la falta de garantías, no hay que cambiar el órgano que instruye, convirtiendo al Fiscal en órgano decisor del comienzo o no de la actividad jurisdiccional penal. La instrucción debe ser acorde con el debido proceso. Lo determinante es crear las condiciones necesarias para que el sumario esté ajustado a los principios y garantías constitucionales: publicidad, derecho de defensa, así como a las exigencias del principio acusatorio que obliga a separación de las funciones de acusar y decidir. Creemos por tanto que la fase de investigación tiene un parcial componente procesal, que esta actividad y su contenido incorporan formas y principios que la definen independientemente de quién la realiza. Eso sí acorde con su naturaleza, es imprescindible la presencia judicial en la medida en se producen declaraciones y/o manifestaciones de voluntad que exclusivamente pueden ser realizadas por los órganos jurisdiccionales previamente establecidos<sup>78</sup>.

Se compadece perfectamente con el acusatorio la instrucción dirigida por el juez, no es cierto, como destaca ARMENTA<sup>79</sup>, que la existencia de una instrucción atribuida al Fiscal preserve en mayor medida la imparcialidad, y sí, si acaso, ponga en peligro la imparcialidad del órgano acusador.

Siguiendo el método planteado el segundo argumento que justifica la figura del juez instructor está vinculado a la imparcialidad del órgano que realiza la investigación previa.

Desde esta perspectiva debe afrontarse la decisión de a quién se confía la instrucción, si a un juez imparcial o a una parte como es el Ministerio Público, que no es órgano parcial ni inamovible<sup>80</sup>, y orgánicamente está sometido al principio de jerarquía.

---

<sup>78</sup> Sobre el concepto de jurisdicción, vid. PEDRAZ PENALVA, E., jurisdicción..., op. cit.,

<sup>79</sup> ARMENTA DEU, T., op. cit., p. 45.

<sup>80</sup> Este es realmente un grave problema al que hacen alusión FAIREN y ROXIN, que impide hablar de independencia. Como estima el último, sin la inamovilidad, es difícil que desaparezcan las acusaciones que señalan la supuesta objetividad del Fiscal como una «moneda falsa», ya que si no se encuentra investido de esta característica, no puede garantizarse su independencia objetiva y subjetiva. ROXIN, C., «Sobre el concepto global para una reforma procesal penal», *Univérsitas*, núm. 4, 1987, p. 311 y s.

Es fundamental, por tanto, determinar si es independiente, porque sólo con que se pudiera sospechar que puede ser influido u ordenado por sus superiores y a través de éstos por el ejecutivo, sería peligrosísimo convertirle en instructor de la causa<sup>81</sup>. El debate debería centrarse en el establecimiento de un sistema penal que no ofrezca dudas respecto de la independencia; cuanto más frágil sea la estructura del proceso, más importante es la presencia del juez en la realización de la instrucción.

Es claro que nuestro Fiscal no es independiente, y así se desprende de los principios o reglas de actuación que configuran a este órgano.

El Ministerio Fiscal es único<sup>82</sup> y dependiente. Su dependencia es externa e interna. La primera se fundamenta en la posibilidad de que el Gobierno pueda interesarse en la promoción de las actuaciones judiciales pertinentes para la defensa del interés público, su consecuencia es que el nombramiento y cese del Fiscal general del estado depende del ejecutivo. Existe además dependencia interna, el Ministerio fiscal se organiza de forma jerárquica; se pueden impartir órdenes e instrucciones normalmente acudiendo a la vía jerárquica<sup>83</sup>.

Con estos breves apuntes es claro que o cambia la estructura orgánica y funcional del Ministerio Fiscal o por el contrario se sigue confiando la titularidad de la instrucción al Juez, destacando, pese a los injustos comentarios doctrinales<sup>84</sup>, que juez instructor no es el equivalente de juez inquisidor, es decir, en nada impide la plena realización del acusatorio<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> Es imposible adentrarse en este aspecto, pero nos remitimos a FAIREN GUILLEN, V., «Los promotores...», op. cit., pp. 147 y ss., donde realiza un estudio exhaustivo de las funciones del MF, de su dependencia y parcialidad a través de las leyes y su estatuto.

<sup>82</sup> Artículo 22 EOMF; consiguientemente el Fiscal Jefe de cada órgano actúa en representación y los demás miembros por delegación de su jefe respectivo (arts. 22.3 y 23). Los sistemas para mantener la unidad de criterios se recogen en el art. 24.

<sup>83</sup> arts. 25 y 26 EOMF. En el nuevo Estatuto se ha pretendido buscar soluciones a los casos de disconformidad del subordinado con la orden (arts. 25, párrafo último, y 27), pero ello no impide que siga existiendo la posibilidad de que el superior sustituya por otro al subordinado en cualquier asunto y en todo momento (art. 23 in fine)

<sup>84</sup> Vid. BAÑO Y ARACIL, J., «El Ministerio Fiscal en la instrucción de los delitos», en RGD nº 594, 1994, pp. 1760 y s. Es común identificar juez instructor con inquisidor, se reclama fervientemente la muerte de este juez, «¡que se entierre boca abajo y que se entregue al MF la facultad de instruir, se evitará así, la maldición bíblica de no juzguéis y no seréis juzgados, logrando acuerdos entre acusación y defensa» RODRIGUEZ RAMOS, L., «¿Muerte al juez inquisitivo! (Comentario a la sentencia del TC 186/1990 y algo más)», en La Ley 1991, vol. 1, p. 1093. Esta exposición, aparentemente bondadosa por la referencia bíblica, esconde una mentira, pero es interesante en cuanto a la relación que existe entre conceder al F. la instrucción y los acuerdos procesales.

<sup>85</sup> Para ARMENTA DEU, T., op. cit., p. 149, las críticas que GIMENO hace del juez-inquisidor son extremadas e injustas. La primera (ser instructor y decisor), resultaba ya prohibida a

Este diagnóstico no es real: que el principio inquisitivo informe el proceso no debe entenderse como una concepción unilateral del mismo, hay que dejar de hacer ese tipo de referencias «tercermundistas», que relacionan principio inquisitivo con la inquisición española. Aparte de algunas ventajas técnicas que pueda tener el «fiscal-instructor», objetivamente interesa destacar sus desventajas. Así, frente al modelo de proceso penal, el que el fiscal tenga el monopolio de iniciar el proceso penal —su «oportunidad»—, cambia el concepto de Estado que no es el de la Constitución de 1978<sup>86</sup>.

Lo determinante es que carece de lógica jurídica el razonar que se acentúa el principio acusatorio si es el fiscal el que realiza la investigación del proceso. En la instrucción la forma acusatoria puede y debe estar animada por el principio inquisitorio, con independencia de la persona que la realice; el aspecto inquisitivo de la investigación tiene su fundamento en la actividad, no en el sujeto que la dirija.

Por último se cuestiona si los fiscales pueden asumir este mayor protagonismo en el proceso y si su infraestructura le va a permitir afrontar con éxito las nuevas funciones. Sobre este aspecto las declaraciones son muy pesimistas, es claro que la imagen orgánica del ministerio público, se halla en franca contradicción con las exigencias de su función en el momento actual<sup>87</sup>.

Para finalizar queda sólo destacar que agrupar en un mismo órgano la titularidad de la instrucción y de la acción penal puede hacer peligrar el principio de igualdad y el de legalidad si se introduce el criterio de la oportunidad en el ejercicio de la acción penal para determinados tipos penales. La LECrim. y la CE después, atribuyeron al fiscal como función primordial la de ejercitar las acciones penales. Rige el criterio de la obligatoriedad, «que no deja el más mínimo juego a criterios de oportunidad. Ni siquiera a través del término <<procedentes>> referido a las acciones, que acoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 105»<sup>88</sup>. Este principio, tutela la igualdad en la aplicación del derecho y la de todos ante la ley, ya que evita el peligro de resoluciones arbitrarias sobre el ejercicio de la acusación. Se presenta la Legalidad/necesidad como garantía frente a discriminaciones de índole económico, sociológico o político.

---

tenor de la Exposición de Motivos de la LECrim., y si ha sido incumplida no parece que exista garantía alguna de que no lo sea en virtud de una nueva legislación. La segunda (sumario generador de pruebas), carece de fundamento.

<sup>86</sup> FAIREN GUILLEN, V., op. cit., p. 183.

<sup>87</sup> RAYO GOMEZ, D., «El Ministerio Fiscal ante la investigación oficial», en La reforma..., op. cit., p. 271

<sup>88</sup> ANDRES IBÁÑEZ, P., op. ult. cit, nota 84.

La conclusión pues es que el principio acusatorio no choca con el inquisitivo, a no ser que el primero se identifique o confunda con el dispositivo, que impide no sólo actuar al juez de oficio, sino también pronunciarse más allá de lo pedido. Las consecuencias técnicas de uno y otro principio son muy diferentes, por el dispositivo, no hay condena sin petición, por el acusatorio no hay proceso sin acusación. Por el primero, retirada la acusación no puede haber juicio ni condena. Por el acusatorio, si no hay acusación el proceso no nace, pero una vez iniciado puede el Tribunal decidir válidamente sobre todo aquello que fue objeto de acusación, haya o no petición concreta al respecto —la denominada irretractabilidad o inmutabilidad de la acción penal—. El acusador no ejercita el derecho subjetivo de penar; lo ejercita el Tribunal por primera vez en la sentencia.

El principio acusatorio correctamente entendido salvaguarda la imparcialidad del Tribunal; el inquisitivo el pleno ejercicio de sus poderes jurisdiccionales, que no deben quedar a merced de las actuaciones de las acusaciones, una vez abierto el juicio. Impide, con ello, una impropia y peligrosa privatización del proceso penal el cual nunca debe dejarse a la disposición de nadie, por la gravedad y trascendencia de los intereses protegidos.



# La política criminal “populista” y las “políticas” de persecución del Ministerio Público en Costa Rica<sup>1</sup>

Alfredo Chirino Sánchez  
Profesor de Derecho Penal  
Universidad de Costa Rica

## I. El problema

El país atraviesa, sin duda, una grave crisis espiritual, por denominarla de alguna manera. Se trata de una crisis institucional, pero también de una crisis de valores democráticos. Hay un evidente deterioro de la percepción de ciertos derechos, los cuales suelen verse, hoy en día, como meros “obstáculos” a una persecución eficiente de los delitos.

La “eficiencia” se ha convertido en un verdadero “valor de cambio” en una sociedad que se ha venido haciendo más compleja, alejándose cada vez más rápido de la bucólica tranquilidad de una convivencia rural. Los procesos económicos y culturales se tejen en un entramado tecnológico inevitable, en donde, incluso el futuro de la democracia, depende también de su posibilidad de “sublimación” tecnológica. En ese “nuevo orden” también la persecución de los delitos se ha venido tiñendo de un colorido “populista”<sup>2</sup> evidente. Se lanzan mensajes a la colectividad acerca de la necesidad de más derecho

---

<sup>1</sup> Este texto tiene como antecedente algunas ideas que tuviéramos la oportunidad de expresar durante un actividad realizada por el Ministerio Público de Costa Rica en 1999, con la presencia de los Drs. Maximiliano Rusconi y Julio Maier, con ocasión de una serie de conferencias de estos importantes autores argentinos sobre los problemas de la actividad de la fiscalía en Costa Rica. La presente contribución contiene un análisis del contexto ideológico de la política criminal populista que tiende a aflorar en Costa Rica y que en aquél primer trabajo, por su brevedad, no pudo incluir. Deseo agradecer las sugerencias y comentarios que ha hecho mi amigo Javier Lobet Rodríguez a muchos aspectos contenidos en el presente documento, en el prolongado proceso de su gestación. Al Ministerio Público, sobre todo en la persona del Lic. Carlos Jiménez, y a la Licda. Cecilia Sánchez, por la invitación a presentar este ensayo en este Libro y la paciencia que tuvieron hasta la entrega de la versión final.

<sup>2</sup> Sobre ello Albrecht, Peter-Alexis, *El Derecho Penal en la intervención de la política populista*, en: Instituto, *La Insostenible Situación*, pp. 478 y ss.

penal, de más represividad material, de más reducción de derechos y garantías, en la búsqueda de más “seguridad”. Podemos decir que se trata de una época donde la política de “más de lo mismo”<sup>3</sup> tiene coyuntura, donde la libertad es observada como una sospechosa garantía individual contrapuesta a las “evidentes” necesidades del colectivo social. La “seguridad interna del Estado” y la “eficiencia” de los mecanismos de combate de la criminalidad han adquirido, verdaderamente, un rango de bienes jurídicos supraindividuales, cuya potencia y jerarquía hacen palidecer los derechos individuales y los arrincona poniéndolos en peligro, desgastándolos y obligándonos a un trueque de éstos en una promesa simbólica de más seguridad.

La explicación del contexto en que se desarrolla todo esto no es sencilla<sup>4</sup>, tampoco resulta fácil comprender los mecanismos ideológicos que traman una determinada perspectiva acerca del problema delictual en el país, pero es evidente que nos enfrentamos a un verdadero retroceso en el desarrollo de las libertades públicas y a un lamentable panorama futuro para estas.

Nuestra tesis es que el Ministerio Público como institución, y como actor importante en el funcionamiento del sistema de justicia penal, podría estar participando también de esta crisis espiritual, de esta lamentable visión de los derechos y libertades en el Estado de Derecho. Por supuesto, que no estamos buscando culpables, se trata simplemente de reflexionar con el Ministerio Público, con ocasión de su aniversario, acerca de la manera en que le es posible a este último actuar como un responsable agente de cambio en el actual panorama y en el “horizonte de proyección” que es posible pensar para la política criminal costarricense. Esta reflexión implica también, por supuesto, algunas observaciones sobre el papel persecutorio que es dable definir para el Ministerio Público dentro de los márgenes de un derecho penal

---

<sup>3</sup> Por este concepto de “más de lo mismo” entendemos el concepto que resume la ingenuidad legislativa de acudir a más derecho penal, a más penas y a más reducciones de derechos en el proceso penal, cuando se trata de mostrar “contundencia” y eficiencia en la represión de los delitos. Se busca “más de lo mismo” cuando sin ningún estudio de la proporcionalidad, y de la consecuente necesidad de las medidas, se procede a buscar “soluciones penales” a los déficits normativos en otros sectores del ordenamiento jurídico y a los mismos del derecho penal, siguiendo el axioma sin sentido de: “si las medidas puestas en vigencia han sido insuficientes, entonces necesitamos más medidas, entre más gravosas mejor, para combatir los fenómenos criminales...”

<sup>4</sup> Un análisis del contexto puede encontrarse en: Chirino Sánchez, Alfredo, La „criminalidad organizada“ como un nuevo topos de la política de seguridad y orden. Algunas consideraciones sobre los cambios procesales surgidos del ímpetu de esta política, en: Chirino Sánchez, Alfredo y Llobet Rodríguez, Javier, Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada (Problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal “eficiente”), San José, Costa Rica, documento inédito de pronta publicación, julio del 2000.

que podríamos llamar “nuclear”<sup>5</sup>, esto es: reducido a un marco de garantías mínimas que vuelvan a dar algo de racionalidad al funcionamiento general del Ministerio Público<sup>6</sup>.

## II. El Contexto

Es curioso, y este es un fenómeno muy pocas veces discutido, que la crisis más pronunciada para el Ministerio Público se da cuando éste adquiere más competencias en un proceso penal “moderno”, denominado —para mayor comodidad— acusatorio. Lo lógico hubiese sido que el Ministerio Público emergiera de una reforma de esa envergadura lleno de un nuevo ímpetu, como un formidable ganador en las siempre oscuras e inquietas incertidumbres del poder, capaz de enfrentar su propia “adolescencia” como institución, con un esclarecido planteamiento de sus objetivos dentro de una coyuntura cultural, social y política concreta. No obstante, el cambio legislativo lo encuentra inseguro, buscando su “personalidad” y perfil en un contexto mucho más amplio de juegos políticos, de mensajes publicitarios podríamos decir, donde las reglas son sencillas pero contundentes: hay que perseguir el delito, cueste lo que cueste, hay que luchar contra la criminalidad organizada y contra los tentáculos de la corrupción y el miedo. Con tal mensaje, resulta evidente que el Ministerio Público tiene delimitada una competencia en el marco político y social en el que se desenvuelve, lo que no es del todo incorrecto, pero que, en definitiva coarta su libertad definitoria, la propia extrapolación de las consecuencias de su actividad y quizá, también, la determinación de sus criterios de actuación en la multitud de casos que le agobian, día con día.

Los que defienden esta “política criminal contundente” no se detienen a pensar en la crisis definitoria del Ministerio Público, tampoco se ocupan de manera consecuente de dotarle de los medios técnicos y de recursos que requiere para acomodarse a un plan de ataque como el que se sugiere, simplemente señalan acusadores hacia fenómenos sociales no definidos, hacia fantasmas aún no comprendidos ni por la criminología ni la sociología criminal, e inten-

<sup>5</sup> Hassemer plantea el surgimiento de un verdadero “derecho penal moderno” que prescinde de los conceptos metafísicos, que tiende mucho más al acercamiento preventivo que al retributivo, que es mucho más proclive a la protección de bienes jurídicos y que en su enfoque general pretende vincular al legislador en sus decisiones a cierto marco decisorio vinculado al esquema de garantías constitucionales. Cfr. Hassemer, Winfried, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 40.

<sup>6</sup> Sobre las posibilidades de limitar la acción del derecho penal con bases de justicia y de efectividad v. Prittwitz, Cornelius, *El Derecho Penal Alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima Ratio?* Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal, en: Instituto, *La Insostenible Situación*, pp. 427 y ss.

tan que el Ministerio Público formule una política consecuente de persecución contra estos. No hay espacio para pensar que estos son golpes en el vacío, simbólicas propuestas de solución, que a lo sumo alcanzan el papel de “buenas intenciones”. Esto es en definitiva el papel de la así denominada “política de seguridad del país”.

Si intentamos construir con este último concepto una definición de la política criminal costarricense, veremos que desde muchos puntos de vista no es más que una repetición de otros tantos intentos ineficaces ya observados en otras latitudes. La falta de imaginación político criminal nos hace repetir la sin razón y la desesperanza que ya empieza a generar tantas preguntas en otras latitudes<sup>7</sup>. ¿Estará el Ministerio Público, entonces, contribuyendo a sustentar este valor simbólico de las respuestas penales? Creemos que sí, y esto provoca que la reflexión sobre el papel persecutorio del Ministerio Público nos lleve a hacer algunas consideraciones sobre el valor de esta “política criminal” y sus posibles réditos para el Ministerio Público.

El aspecto central de la cuestión del papel del Ministerio Público lo constituye, precisamente, considerar que los únicos límites dados para su funcionamiento siguen siendo los mismos: la Constitución y la Ley. De esto último podemos deducir que cualquier política de persecución consecuente del Ministerio Público proviene del marco constitucional y legal, y, por supuesto, del conjunto de valores que se encuentran en la base del consenso político y social que ha producido esas reglas de funcionamiento. Así las cosas, podemos decir que el Ministerio Público solo puede definir su función a partir de actividades y comportamientos que contribuyan a realizar entes o relaciones de convivencia valiosos para la organización social, que realicen las aspiraciones de libertad del grupo social, y que no provengan, agregamos nosotros, de ninguna clase de atavismo “jurídico-penal”, como el que es posible derivar del actual miedo al delito y al crimen organizado. Por esto último, creemos que la política de persecución del Ministerio Público no es más que un conjunto de hechos o de “fijaciones políticas” sobre éstos que le son útiles a una política populista de canje de libertades por seguridad en la que se ha convertido, en un sentido general, la política “criminal” dominante. Esta relación que puede establecerse entre el Ministerio Público y la agenda política en materia de “seguridad ciudadana” da la clave para entender por qué este factor sigue siendo una pesada carga para un órgano sujeto a las tenazas de la legitimación cotidiana de su trabajo.

---

<sup>7</sup> Cfr. nuestra visión del problema de la persecución de la criminalidad organizada en Alemania en: Chirino/Llobet, Persecución, op. cit.

### III. Dimensiones de una Política Criminal para Costa Rica

Resulta indudable que el Estado debe atender el problema delincencial, el cual, por otra parte, es multifactorial y muy complejo<sup>8</sup>.

Desde hace mucho tiempo se intenta en nuestro país dar respuesta al problema de la delincuencia con la promulgación de leyes draconianas y represivas<sup>9</sup>. Esta apurada decisión legiferante no corresponde a un análisis detallado y concienzudo de los elementos en juego, sino más bien a una satisfacción de las exigencias de la opinión pública, la cual, de la mano de los medios de comunicación colectiva, exige de sus representantes tales tipos de respuestas<sup>10</sup>.

Este proceso, el cual conduce a una mayor represión y a la creación de más amplios poderes de control en manos de las agencias del sistema penal, genera una reacción totalmente distinta a la esperada, con mayor violencia en la actuación de ese sistema y una escalada en la espiral de violencia que dicho proceso desencadena en la sociedad<sup>11</sup>.

El principio de igualdad constitucional<sup>12</sup> exige del legislador una observación ponderada de los sucesos y fenómenos sociales, a fin de atender con medidas legislativas igualmente ponderadas y proporcionales dichos fenómenos.

---

<sup>8</sup> Al respecto, y con un análisis muy claro del problema de la delincuencia organizada y los retos para una política criminal razonable en el contexto de un estado de derecho, Hassemmer, Winfried: *Rechtsstaatliche Grenzen der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, documento presentado a la reunión de la Europäische Rechtsakademie Trier, Trier, República Federal de Alemania, 1. y 2. de diciembre de 1994, documento pendiente de publicación.

<sup>9</sup> Tal y como sucedió con las modificaciones del Código Penal para introducir un aumento del límite de pena a 50 años y el correspondiente aumento de los límites mínimos y máximos de las penas prevista para ciertos delitos (como por ejemplo el homicidio, la violación, el estupro, el abuso deshonesto, etc.).

<sup>10</sup> Esta forma de Política Criminal surge de la «dramatización a que da lugar la violencia, y pretende afrontar de un modo efectivo el creciente sentimiento individual y social de inseguridad. Pero el catálogo de estas medidas es aún incompleto, le faltan esos instrumentos rectores que actualmente caracterizan un Derecho penal eficaz y que deben tomarse en consideración si es que quiere obtener una imagen completa del actual desarrollo del Derecho penal». Hassemmer, *El destino de los derechos...*, op. cit., p. 6.

<sup>11</sup> Estadística que ni siquiera corresponde a tasas por cien mil habitantes, sino simplemente al número de operativos policiales o quizá al número de casos entrados a los juzgados penales, el número de sentencias producidas o el número de denuncias recibidas por la policía, pero en modo alguno la descripción del fenómeno global. En todo caso dichos números se prestan a manipulación a fin de presentar realidades que se acomodan con los fines de mayor represión.

<sup>12</sup> Artículo 33 de nuestra Carta Fundamental.

La unión de esta previsión legislativa a los principios de un Estado de Derecho<sup>13</sup>, obligan, de una manera más radical al legislador, a no crear una atención especial y desproporcionada del Estado a ciertos fenómenos sociales, con consecuencias desproporcionadas para los derechos fundamentales de los ciudadanos. El axioma sería: A mayor represión desproporcionada, mayores lesiones ilegítimas e inconstitucionales a los derechos fundamentales.

Podría argüirse este axioma como falso diciendo que el Estado ha de reaccionar, e incluso con lesión de derechos fundamentales, donde esto sea necesario para el «orden público», la «moral», o incluso para la «seguridad» del mismo Estado o sus ciudadanos. Pero tal contra-argumento resulta insostenible, ya que incluso su mero sostén ideológico parte de una base falsa, ya que la interpretación constitucional del segundo párrafo del artículo 28 de nuestra Constitución, que en apariencia dice eso, produce un resultado distinto cuando se observa esa norma constitucional en un contexto del sistema, es decir a la Constitución como un eje de principios interdependientes unidos por la idea del Estado de Derecho. Esta forma de interpretar, la cual ha sido ampliamente fortalecida por la vigorosa jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional, nos permite concluir que términos vacíos como el «orden público», la «seguridad» o el mismo concepto de «moral» no pueden ser llenados con conclusiones apocalípticas que desdibujen al ciudadano y coarten sus derechos de manera desproporcionada a los fines legislativos que se persiguen. No se trata simplemente de distinguir donde sea necesario o de atender a las diferencias sino, y precisamente, a crear criterios ponderables que permitan medir tanto la persecución del fin legislativo como también la necesidad de los medios empleados para alcanzar esos fines. En ello consiste el objetivo primordial no sólo de una interpretación ponderada del sistema constitucional, sino de las garantías con las que dota el Estado de Derecho a los ciudadanos para exigir de sus representantes leyes que no coarten las reglas básicas que permiten la coexistencia bajo una forma democrática de sociedad<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Sobre la profunda interrelación entre el orden jurídico constitucional y el sistema penal, y las consecuencias que se desprenden de este conjunto de interdependencias, confrontar: Schöne, Wolfgang: *Acerca del Orden Jurídico Penal*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1a. Edición, 1992, pp. 187-246.

<sup>14</sup> Hassemer sugiere a este respecto, y como un mandamiento de una política criminal de razón práctica, que no se restrinjan derechos fundamentales sino hasta tanto no se haya determinado que ventajas y desventajas eso pueda traer. Aquí el principio de proporcionalidad ordenaría gran prudencia antes de la toma de decisión legislativa de acudir, por ejemplo, a formas de prevención normativas cuando medidas de prevención técnicas estén disponibles y funcionen mucho más adecuadamente que meras modificaciones de legislación. Es esto lo que se revela que no ha ocurrido en las decisiones de reforma penal de los últimos tiempos en Costa Rica. Hassemer, *Organisierte Kriminalität*, op. cit., p. 6.

Este axioma no sólo limita al poder legislativo, sino también a los otros poderes constituidos, y en especial al poder ejecutivo, el cual ha de orquestar una serie de esfuerzos para alcanzar la realización de la Constitución y de los fines y objetivos de ésta. Así, el diseño de una política criminal debe inscribirse en este contexto constitucional como una tarea deseable y esperada del Estado.

Pero debemos responder a la pregunta que refiere, precisamente, a la esencia, de lo que entendemos por política criminal y cuáles serían sus contenidos. Desgraciadamente no podemos entrar, de momento, a discutir ampliamente sobre estos aspectos, sobre los cuales no hay un acuerdo ni en la doctrina<sup>15</sup>, ni tampoco en otros grupos de discusión, sólo podemos escoger un concepto funcional, limitado y discutible que tiene como único fin brindar una idea de lo que esperamos del Estado, como reacción a este conjunto descoordinado de propuestas de "política" o de decisiones de actuación.

Creemos que una política criminal debe atender no sólo al fenómeno de la delincuencia, sino también al más amplio componente de problemas de una sociedad organizada<sup>16</sup>: el urbanismo, la distribución de recursos, la educación, la salud, la atención a las necesidades de vivienda y acceso a bienes sociales, y otra gran cantidad de factores son palabras claves que tienen la virtud de sugerir una dirección en la cual empezar a trabajar<sup>17</sup>. Resulta casi una verdad de perogrullo el decir que el problema de la delincuencia tiene un gran componente social, que en muchos casos resulta ser un detonante de muchos tipos de criminalidad (generalmente de delitos contra la propiedad<sup>18</sup>), y en otros casos es el marco de referencia indispensable para entender o discutir sobre otros tipos de delincuencia (como los delitos cometidos en el seno del hogar o contra bienes jurídicos interindividuales), pero resulta también irrefutable que no puede creerse que el problema delincriminal puede

<sup>15</sup> Al respecto: Carranza, Elías: Política Criminal para el presente momento regional, en: Documentos Penales y Criminológicos, Revista de Doctrina y Jurisprudencia, Managua, Nicaragua, No. 1, 1993, pp. 5-14.

<sup>16</sup> Sería entonces sólo una parte de la Política General del Estado, como lo entiende Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, México, Editorial Cárdenas, 1986, p. 88.

<sup>17</sup> Aunque está claro que la llamada «Política Criminal moderna» está orientada a un recrudescimiento de las penas, se concentra más en los tipos penales (y no en la descriminalización), sin interesarse para nada en las consecuencias de ese «direccionismo» irresponsable, como bien lo critica Hassemmer, El destino de los derechos..., op. cit., p. 6.

<sup>18</sup> En este mismo sentido, y con valiosas aportaciones de carácter criminológico al análisis de esta problemática, ha de consultarse el excelente trabajo de María Luisa Karam acerca del Título II de Delitos contra el Patrimonio contenido en el Anteproyecto de Parte Especial del Código Penal Brasileño, el cual viene discutiéndose desde 1988, en: Karam, María Luisa, De Crimes, Penas e Fantasias, Niterói, Brasil, LUAM Editoria Ltda., 1a. Edición, 1991, pp. 72-90.

reducirse o entenderse exclusivamente dentro del esquema del Derecho Penal y sus instituciones<sup>19</sup>. Esta creencia<sup>20</sup> es la que lleva a pensar que simples enmiendas al Código Penal acabarán con la criminalidad o la mitigarán, olvidando la larga historia de atrocidades y violencia que ha provocado la confianza del legislador en esta tradición.

Reconocemos que una buena parte de la orquestación de estos esfuerzos del Estado para atacar el problema de la delincuencia pueden consistir también en una atención a la legislación penal y a las agencias encargadas de su aplicación e interpretación<sup>21</sup>, pero en modo alguno como factor único y esencial. Así se postula, por ejemplo, en el No. 21 de los «Principios Rectores en materia de Prevención del Delito y Justicia Penal en el contexto del desarrollo y de un nuevo orden económico internacional», cuando se dice que «... el sistema de justicia penal, además de ser un instrumento de control y disuasión, debe contribuir también al objetivo de mantener la paz y el orden y de reparar

---

<sup>19</sup> Sobre los errores de esta «creencia» y una discusión profunda sobre las consecuencias que ha tenido, remitimos al lector al trabajo del Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, titulado «En Busca de las Penas Perdidas», publicado por la Editorial Temis, muy principalmente al capítulo primero y segundo de la obra. Sobre la relación entre la criminología y las reformas al derecho penal ver: Jäger, Herbert: *Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie?*, en: Seminar: *Abweichendes Verhalten IV. Kriminal Politik und Strafrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, Editado por Klaus Lüderssen y Fritz Sack, 1980, pp. 9-23.

<sup>20</sup> Esta creencia consiste en afirmar que el derecho penal es un instrumento de dirección, un instrumento esencial, aceptable y eficaz para realizar fines de política interna, como lo serían tutelar la salud, la economía, el mercado de capitales o la libre empresa; lo que ha desterrado, a nuestro juicio equivocadamente, la idea tradicional del derecho penal como un instrumento para garantizar la libertad y la protección jurídica que deben concederse también al delincuente, que por el hecho de haber cometido un delito no ha perdido su credencial como ciudadano. Así Hassemer, *El destino de los derechos*, op. cit., p. 6.

<sup>21</sup> En el No. 19 de los «Principios rectores en materia prevención del delito y justicia penal en el contexto del Desarrollo y de un Nuevo Orden Económico Internacional» se establece que una planificación sectorial en el ámbito de la administración de la justicia penal ha de tomar en cuenta que «La planificación del delito y de la justicia penal debe llevarse a cabo con una orientación dinámica y sistémica, teniendo en cuenta la interrelación de las actividades y funciones en las esferas de la legislación, la ejecución de la ley, el procedimiento judicial, el tratamiento del delincuente y la justicia de menores, con miras a garantizar mayor coherencia, compatibilidad, responsabilidad, equidad y justicia en el amplio marco de los objetivos nacionales de desarrollo. Una consideración sistémica de los costos y beneficios sociales permitiría, en el caso de las opciones, seleccionar la que exigiera el mínimo costo material y humano y rindiera el máximo beneficio». En: Informe del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, Milán, 26 de agosto-6 de setiembre 1985, documento A/CONF.121/22, citado por Carranza, Elías, op. cit., p. 9.



las desigualdades y proteger los derechos humanos con miras al logro de un desarrollo económico y social equitativo...»<sup>22</sup>.

Dentro de esta última idea es que sugerimos que, si bien la reforma penal es un paso dentro del camino hacia la consecución de un ideal de justicia social y de una adecuada distribución de la riqueza, como lo establece nuestra Carta de 1949, también es cierto que tal reforma no es en forma alguna un factor que ha de desarrollarse aislado de otras políticas del Estado para incentivar la paz, el respeto por los derechos fundamentales y el desarrollo equitativo de todos los ciudadanos.

El problema que un crítico atento encontraría hasta aquí es que hemos eludido una definición específica de la política criminal, y que también hemos eludido discutir sobre sus contenidos, y es que precisamente ambos problemas refieren a un problema ideológico que rima también con el Estado de Derecho: la definición de ambos aspectos debe encontrarse en estabilidad y concordancia con los fines de Estado de Derecho y no al revés: que el Estado de Derecho deba someterse a los fines y objetivos de una determinada política criminal<sup>23</sup>.

La llamada política criminal tampoco es de resorte exclusivo del Poder Ejecutivo, sino que debe ser aportada en un debate nacional en todos los niveles, donde todos los grupos afectados (también el de los criminalizados o en peligro de criminalización) puedan decir lo que piensan, proponer opciones y escuchar sus posibles sugerencias. La democracia no es un diálogo de grupos sordos y ajenos a las ideologías, sino un debate constante y cotidiano por la realización de fines comunes, fines que quizá se estandarizan en el cumplimiento de una determinada ideología constitucional, lo que al final de cuentas es, también, una consecuencia del consenso.

<sup>22</sup> Ibid. Esta idea también está presente en el No. 18 de los principios, como lo resalta Carranza. En efecto, la planificación para el desarrollo debe integrarse en el contexto de las políticas del Estado para el sector de la justicia penal.

<sup>23</sup> Esta última forma de entender la evolución de la política penal hacia un aparente derecho penal orientado al alcance de objetivos sociales que le son desconocidos y que son además imposibles de alcanzar a través de sus medios, hacen que esta política criminal nunca satisfaga las expectativas puestas en ella. Las agencias del control nunca han trabajado en esa dirección, ni están en capacidad de integrar estos fines en sus discursos legitimadores (como lo ha demostrado Zaffaroni con gran claridad). Todo esto tiene como consecuencia que no se ha podido construir «...un sistema jurídico penal capaz de cumplir con las nuevas tareas que se le asignan, sino, al contrario, que estas parcelas de un Derecho Penal eficaz van acompañadas de «déficit de funcionamiento» contínuos, específicos y denunciados por todo el mundo». Hassemmer, «El destino de los derechos...», op. cit., p. 7.

Esta política criminal, surgida en ese debate amplio, tiene, por supuesto, la posibilidad de generar una reforma penal. En tal caso hemos de esperar que esta reforma coincida con el objetivo que sustenta ese entorno social y ese acomodo político que hemos llamado Estado de Derecho<sup>24</sup>, es decir, precisamente la atención de los intereses de todos, muy especialmente de aquellos que debido a su silencio social y a su papel altamente problemático dentro del entorno exigen y necesitan de un mayor apoyo y atención a sus problemas<sup>25</sup>.

En esencia, resulta fundamental para este punto de vista que estamos exponiendo que el Estado costarricense formule, en primera instancia, un conjunto de metas a alcanzar, y las líneas generales de una política integral que englobe los principales problemas detectados en relación con la delincuencia, y que de allí se formulen entonces grandes temas para una discusión nacional<sup>26</sup>. Esta discusión no retardará el problema, pero sí permitirá producir posibilidades de solución que gocen de una amplia conciencia e interés de la colectividad<sup>27</sup>.

#### **IV. El estado actual de la «política criminal» en Costa Rica**

Desde hace algunos años viene discutiéndose en nuestro país, en círculos criminológicos<sup>28</sup> y de instituciones preocupadas por el sector justicia en América Latina, sobre la necesidad de incorporar dentro de las políticas del Esta-

---

<sup>24</sup> Hassemer, *Organisierte Kriminalität*, op. cit., pp. 3-5.

<sup>25</sup> Al respecto, y por ser paradigmático en la postulación de este punto de vista, confrontar a Tugendhat, Ernst: *Die Kontroverse um die Menschenrechte*, en: *Analyse und Kritik*, Jahrgang 15 (1993), Heft 2, p. 102 y ss.

<sup>26</sup> La discusión habría de ubicarse entonces en un marco mucho más general que el que pretende el Poder Ejecutivo con meras propuestas de reforma de la legislación penal. No se trata de responder con mayor rigor ante ciertos hechos delictivos y conformar allí únicamente el esfuerzo estatal, sino también discutir efectivos mecanismos para alcanzar el desarrollo social y económico sobre la base de una planificación democrática que alcance a todos los sectores de la sociedad.

<sup>27</sup> El ejemplo más cercano que tenemos que este amplio debate es posible y hasta provechoso, lo tenemos con la promulgación de la reciente Constitución colombiana, donde la participación de todos los sectores de la sociedad generó una discusión de problemas que enriqueció la siempre limitada y chata discusión tecnojurídica sobre la dogmática constitucional y dió como resultado no sólo la probablemente más grande constitución del mundo, sino también la más consecuente en cuanto la enunciación de los derechos fundamentales.

<sup>28</sup> Se trata de los trabajos de Elías Carranza publicados en la Revista «ILANUD al día» y un trabajo inédito de la Dra. Ana Isabel Garita, Directora de Proyecto del ILANUD, sobre las líneas de acción a incluir en la discusión de proyectos de trabajo sobre el tema de política criminal para el área latinoamericana. Documento este último discutido para la presentación de propuestas de trabajo de ILANUD a instituciones donantes para el Sector Justicia (1992-1993).

do un conjunto de elementos de decisión, áreas de interés y, por supuesto, planes de trabajo, para discutir dentro del contexto de esas políticas un plan global e interdependiente sobre los problemas del delito y sus consecuencias.

Estos trabajos y planteamientos, los cuales han tenido, desgraciadamente, una muy escasa difusión, reclaman del Estado no un ataque particularizado, y hasta cierto punto desestructurado, de los problemas de delincuencia, sino la construcción de una propuesta integral, ordenada, y coherente de los diversos componentes de una política del Estado en esa área<sup>29</sup>.

Hemos observado como los partidos políticos en campaña han incluido en las agendas de discusión los problemas de delincuencia que aquejan al país, de como han hecho un elenco de intenciones para atacar esos problemas, y como el país ha aguardado con esperanza la manifestación de esas intenciones en la forma de una política coherente.

Hasta la fecha esa esperada «política penal» no se ha manifestado más que como un ataque sectorial, descoordinado y por fuerza parcial e incompleto de los Ministerios que están más cercanos al problema.

Junto a ello, la situación coyuntural de nuestro país y de los países del Tercer Mundo, de encontrar lugar en la llamada «globalización de la economía», ha hecho que se redistribuyan recursos y se apunten esfuerzos a otras áreas que no son precisamente el sector justicia, o las áreas llamadas sociales, sino más bien al ámbito económico y a resolver problemas primarios con los bancos internacionales acreedores del país, problemas relacionados con la enorme deuda externa que no sólo se ha hecho impagable, sino también inhumana en sus repercusiones sociales y políticas para los países deudores<sup>30</sup>.

En consonancia con este problema coyuntural de carácter internacional y de vocación económica, tenemos el fenómeno de las campañas de ley y orden orquestadas por los medios de comunicación colectiva, y grupos de presión del país, que no sólo sugieren sino que también exigen una intervención también parcial y desestructurada al problema de la criminalidad.

---

<sup>29</sup> Confrontar: Carranza, op. cit., p. 9.

<sup>30</sup> Al respecto los trabajos del Dr. Jorge Enrique Romero Pérez sobre el problema de la deuda externa. En su último libro sobre el tema, se analiza, con un estilo claro y preciso, como el proceso de endeudamiento y ahora, el proceso de renegociación de la deuda, se encuentran circunscritas dentro del nuevo contexto de políticas económicas para los países en vías de desarrollo, que señalan de una manera clara, la orientación de los Estados a revitalizar el «pago» a través de readecuación de plazos y términos, poniendo en peligro las áreas más acuciantes del desarrollo de estos países como lo son: distribución de la riqueza, salud, educación, reforma agraria, y un largo etcétera de políticas sociales.

Los medios de comunicación ponen todo su entusiasmo en la creencia política de los efectos «tranquilizadores» del Derecho Penal. Para muchos políticos y estadistas, ante la escogencia de vivir una realidad de crisis del derecho penal y la «quimera» de que aún puede resolver problemas sociales, prefieren vivir esta quimera, y dejar que la opinión pública se «tranquile» con modificaciones legales que nada cambiarán de la «realidad», de una «realidad» que, por otra parte, también es construida y hasta alterada por la intervención de esos medios de comunicación colectiva<sup>31</sup>. En nuestro país, en lo que fue la última parte de 1992<sup>32</sup> y durante todo 1993, los medios empezaron a alarmar a la población con un aumento extraordinario y de descomunales consecuencias en la delincuencia violenta, exigiendo constantemente la introducción de leyes «efectivas» y «protectoras de los ciudadanos honestos», de leyes «drásticas» que sacaran de circulación a los perpetradores y que no «hicieran posible que éstos salieran pronto de la prisión para volver a delinquir». La respuesta a estas «incisivas manifestaciones» fue la promulgación de una reforma del Código Penal, la cual entró en vigencia a comienzos de 1994, con un recrudecimiento de las penas para un gran grupo de delitos y un evidente endurecimiento de la ejecución penal. Sin embargo, esta «cruenta realidad» y la histeria colectiva desatada en los medios, no se ha podido demostrar que tenga bases reales. Estudios criminológicos reali-

---

<sup>31</sup> Este es un fenómeno mucho más frecuente de lo que suele pensarse. En los Estados Unidos de Norteamérica, en 1976, tres periódicos de gran circulación de una importante ciudad: el «New York Times», el «New York Daily News» y el «New York Post», junto con cinco estaciones locales de televisión, empezaron a informar de un aumento de delitos cometidos contra ancianos. Los receptores poca duda podían tener de que en realidad era así. Los informes se intensificaron durante 7 semanas, ahora con una cobertura a todo el país, con informaciones detalladas de cada delito violento que sucedía. Las encuestas del año 1977 demostraron que un 60% de los entrevistados efectivamente pensaba que los delitos contra los ancianos sí iban en aumento y el grupo de edad superior a los 50 años respondió que sentía temor de encontrarse en la calle, donde ya no tenían la seguridad de hasta hacía un año antes. Esta campaña generó reacciones de la policía, reuniones de ciudadanos y hasta proyectos de ley dirigidos a combatir este tipo de delitos. Sin embargo, estudios criminológicos ponderados demostraron que en el período noviembre-diciembre de 1976 no se había producido ningún aumento en la criminalidad contra ancianos, más bien había una reducción relativa al 19% con relación al año anterior. Lo que sucedía era que los Medios magnificaban un ámbito de los homicidios que en realidad no representaba más que un uno por ciento de la totalidad de las estadísticas criminales. Estos datos fueron citados por Schneider, H.J., Einführung in die Kriminologie, Berlin, Nueva York, 1993, pp. 276-277. Sobre la instrumentalización de la criminalidad violenta por parte de los medios de comunicación v. Albrecht, Peter-Alexis, El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista, en: Instituto, La Insostenible Situación, pp. 480-481.

<sup>32</sup> Sin olvidar las informaciones constantes de «sucesos» que todos los medios compiten por conseguir ávidamente y que publican y transmiten con frecuencia durante todo el año.

zados en nuestro país no han podido comprobar científicamente el aumento de la criminalidad que la prensa pregona<sup>33</sup>.

La opinión pública ha demostrado que tiene un «efecto integrador de legitimidad», ya que si bien el derecho penal no puede resolver problemas que tienen un cierto grado de «proyección discursiva», la opinión pública le otorga toda su confianza si sabe que ha habido cambios para su mayor drasticidad, aunque las consecuencias de ello puedan incluso revertir contra la sociedad que ha recibido estos cambios con entusiasmo y algarabía. Con ello, el derecho penal y las agencias del control legitiman, aunque sea materialmente, su función dentro de la comunidad<sup>34</sup>. Estas agencias continúan en un peligroso proceso de mediatización del hombre y de sobre utilización de los fines de prevención general, olvidando los principios que informan al Estado de Derecho que son además los límites formales y materiales del ejercicio de ese poder de control.

Es así, como desde hace muchos años no se escucha de la necesidad de un análisis integral de nuestra legislación penal, se atiende únicamente a aquellos fines de «tranquilidad pública», y se elaboran malos «remiendos» que corresponden, de una manera u otra, a las campañas de ley y orden de las que hemos hablado<sup>35</sup>. En este sentido tiene razón Hassemmer cuando postula que estas políticas solo tienen fines «simbólicos», y que por ello este recrudescimiento del derecho penal a través de «parches legislativos» no tiene los efectos reales esperados de él<sup>36</sup>.

En un fenómeno que podríamos considerar único en el contexto de los sistemas penales de América Latina, hemos observado como las mismas agencias del control penal costarricenses han adquirido una conciencia de la crisis por la que transita el funcionamiento del aparato represivo del Estado, el

<sup>33</sup> Entre los más importantes, podemos citar el realizado en los primeros meses de 1994, por el Instituto de Investigaciones Psicológicas de la Universidad de Costa Rica, el cual tuvo gran difusión en los medios. También va en este sentido el trabajo de Carranza, Elías, *Criminalidad. ¿Prevención o Promoción?*, San José, Costa Rica, EUNED, 1994.

<sup>34</sup> La doctrina, por ejemplo en Alemania, ha llegado a la conclusión de que no es un recrudescimiento de las penas o leyes penales drásticas lo que evita o puede tener resultado en el combate de la criminalidad, sino más bien el aumento de la intensidad y eficacia de la persecución. Así por ejemplo: Roxin, Claus: *La Parte General del Derecho Penal Sustantivo*, en: Roxin, Claus, Arzt, Günther, Tiedemann, Klaus, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 62.

<sup>35</sup> Sobre la función de estas «*fábricas de realidad*» es paradigmática la posición de Zaffaroni, retomada con gran lucidez por Karam, cuando se refiere a ellas en un Capítulo de su libro, que lleva un título más que elocuente: «Las Fantasías del Sistema Penal», Karam, op. cit., pp. 198-199

<sup>36</sup> Hassemmer, *El destino de los derechos...*, op. cit., p. 7.

cual cada vez se aparta más de los ideales y objetivos que le han sido asignados<sup>37</sup>. Estas agencias, por estar más cercanas al problema, han venido visualizando la necesidad de atacarlo, pero no como una política de gobierno, como ya se dijo, sino como políticas de sector, individualizadas, y hasta cierto punto desinformadas de lo que los otros subsistemas están haciendo<sup>38</sup>. Es de esta forma, como se ha promulgado un Código Procesal Penal por parte de una iniciativa del Poder Judicial que responde a los más novedosos aportes del derecho procesal comparado y que busca un remozamiento de la legislación que en la década de los setenta fue adoptada con el signo de un rompimiento de las ideas penales de principios de siglo. Así también ocurrió con las iniciativas del Sistema Penitenciario para la redacción de una Ley de Ejecución Penal que llenara los enormes baches e insuficiencias de la actual legislación (la mayor parte de carácter reglamentario) y las propuestas del Proyecto de Penas Alternativas, que terminó siendo, como debía ser, en una propuesta integral de reforma del Código Penal vigente. Estos dos ejemplos, por razón de la materia a tratar, y de la necesidad de involucrar a los diversos actores de los sub-sistemas, pudieron conocer de lo que se discutía y pudieron, al menos, sentarse a discutir juntos las propuestas elaboradas<sup>39</sup>.

Se discutió en nuestro país también una ley de policía. La misma tuvo como marco de reflexión, la trágica muerte de un joven producto de una acción policíaca de un comando especializado anti-terrorista el cual fue utilizado para realizar un allanamiento ilegal en un supuesto domicilio el cual se sospechaba era utilizado para la comercialización de drogas prohibidas. Con el fin de

---

<sup>37</sup> Preocupación en la cual ha tenido un importante papel la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la cual no sólo ha venido determinando la existencia de una serie de principios rectores para la justicia penal en la Constitución sino que también ha interpretado con corrección y amplia visión política el papel de la justicia constitucional en la construcción de una razonable política criminal. Al respecto: González, Daniel: Justicia Constitucional y Debido Proceso, en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales, marzo de 1994, año 5, No. 8, pp. 72-86..

<sup>38</sup> Salvo por la buena voluntad personal de los integrantes de las comisiones de trabajo, que por fuerza de los oficios académicos o del común interés por estudiar la problemática, llegan a tener contacto unos y otros y logran, aunque sea de una forma reducida, la intercomunicación de los esfuerzos. Esto ocurrió, como nos consta, con las comisiones de trabajo para la reforma del Código de Procedimientos Penales y el grupo de trabajo para la redacción de un proyecto de penas alternativas a la prisión en el seno de un proyecto sobre la materia llevado a cabo por el ILANUD entre 1992 y 1993, en el que nos tocó participar como representantes del Poder Judicial.

<sup>39</sup> El éxito de estas discusiones (al menos desde el punto de vista de la redacción de un proyecto integral) no lo conocemos, pero sin duda es una honorable excepción al fenómeno de «compartimentalización» de las agencias del control penal, que figura como característica de su funcionamiento cotidiano.

evitar estos lamentables hechos, y siendo evidente en aquella época, y aún ahora, la necesidad de contar con un marco de principios para la fundamentación de una policía democrática, se analizaron con gran seriedad diversas propuestas y se redactó un borrador excelente, a nuestro parecer el primer intento serio de reflexionar sobre la policía, uno de esos temas tabú que suelen concitar una gran cantidad de opiniones en el marco del Estado de Derecho.

Es en este mismo contexto, no podía quedar sin mencionar el diseño y redacción de un borrador de Código Penal para Costa Rica<sup>40</sup>. Este último, no sólo es una propuesta de reforma integral a la legislación material sino que también un proyecto con vocación unificante, ya que desea y requiere la formulación concertada de una serie de mecanismos político-criminales que guarden relación unos con otros, desde la teoría de la pena, a las formulaciones sobre el principio de culpabilidad, desde la óptica de la tutela de los bienes jurídicos hasta la dosimetría penal, sin olvidar los mecanismos alternativos a la pena y, en general, la incorporación en el ámbito legislativo de la filosofía garantista de la Constitución Política de 1949.

Salvo estas iniciativas, tanto del Poder Judicial, del Sistema Penitenciario y de la Universidad de Costa Rica, no conocemos de otros esfuerzos, o al menos en donde se esté trabajando en un plan de reformas que interese a todas las agencias del control penal (policía, poder judicial, sistema penitenciario, y al poder legislativo).

Así las cosas, una de las conclusiones posibles acerca de este estado de la situación, es que la llamada «política criminal» del país no es más que un conjunto de proyectos de reforma a la legislación penal y procesal, pero en modo alguno un esfuerzo concertado y unitario por analizar los diversos problemas que forman parte de eso que denominamos el «fenómeno criminal», mucho menos una política del Estado o una exposición de motivos sobre las intenciones de carácter legislativo que el gobierno ha decidido implementar como respuesta a las expectativas generadas por el sistema social, no solo a nivel criminal, sino en todos los ámbitos del quehacer social.

Los intentos por lograr un diseño de una política de persecución del Ministerio Público —en el presente momento de desarrollo de la «política criminal» costarricense, problema que hoy nos ocupa, son el mejor ejemplo de que cómo no se ha estudiado con cautela y detalle los problemas que puede

---

<sup>40</sup> Proyecto en el que se encuentra trabajando actualmente una comisión de importantes penalistas costarricenses, y que ha tenido como tarea revivir la propuesta original de 1995, haciéndole las variaciones y acondicionamientos para su discusión legislativa.

generar para el Estado de Derecho, y para un correcto entendimiento de los problemas que se pretenden resolver, elaborar dicha política con los basamentos de un derecho penal «contundente»<sup>41</sup>. Es ante este planteamiento facilista contra el que reaccionamos, ya que en él se sugieren “decisiones” o mejor aún “sugerencias” de funcionamiento que tienen el único que fin de tranquilizar a la opinión pública con actuaciones desmedidas contra ciertos tipos de criminalidad, la solicitud de penas altísimas y, por supuesto, la reducción o limitación de ciertos mecanismos introducidos por la nueva legislación procesal penal dirigidos a atender el conflicto subyacente a la reacción formal jurídico-penal del Ministerio Público. Si estas características de la actual “política criminal” terminan tiñendo los esfuerzos del Ministerio Público, tendremos que coincidir con Hassemer que todos estos mecanismos son insuficientes para alcanzar los objetivos que se pretenden, además de que deterioran o anulan el potencial o fuerza de convicción del derecho penal y su posibilidad de alcanzar algún grado e legitimidad con su reconducción a un derecho penal de tutela de bienes jurídicos<sup>42</sup>, como observaremos de seguido.

Pretendemos demostrar con este análisis que las propuestas que podrían surgir de una política criminal populista son, desde el punto de vista técnico altamente inapropiadas, además de atentatorias del principio de proporcionalidad que debe orientar, como lo hemos dicho, la decisión legiferante en todas las áreas, y muy especialmente en la penal<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> La construcción de este tipo de derecho penal, en directa reacción a un derecho penal orientado a las consecuencias, es algo que debe ser destacado. Se trata de un derecho penal, en donde la legislación y la jurisprudencia son concientes de las consecuencias fácticas de sus actuaciones, y justifican su trabajo de tal manera que las consecuencias deseadas son alcanzadas y las no deseadas evitadas. La orientación a las consecuencias para el sistema penal significaría, entonces, que no se persigue simplemente la investigación de los hechos punibles y la expiación de los crímenes, sino también el mejoramiento del delincuente y la reducción de la criminalidad. Hassemer, Winfried: *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, Verlag C.H.Beck, 2. Auflage, 1990, pp, 22-23.

<sup>42</sup> El peligro de esta actitud es planteado de manera clarísima por Hassemer, *El destino de los derechos...*, op. cit., p. 7, quien incluso plantea que un derecho penal así estructurado «...perderá -incluso a largo plazo a los ojos de la población- su poder normativo de convicción y su distanciamiento moral de la infracción jurídica...»(p. 9), lo que es ya de por sí una consecuencia muy grave para el Estado de Derecho.

<sup>43</sup> Confrontar Bustos Ramírez, Juan: *Principios fundamentales de un Derecho Penal Democrático*, en: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*, San José, Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales, marzo de 1994, , año 5, No. 8, pp. 11-12.



## V. La Política de persecución del Ministerio Público en las tenazas de la legitimación constitucional

Al Ministerio Público le corresponden importantes tareas, dentro del conjunto de funciones generales del derecho penal<sup>44</sup>, que se pueden resumir en el llamado social a perseguir aquellos ataques a la convivencia humana que constituyan significativas lesiones a los valores ético-sociales de mayor trascendencia para la sociedad. Pero dicha protección debe ser realizada, también, dentro del contexto ideológico que impregna a la colectividad, y aquí, muy especialmente, de acuerdo a la ideología constitucional. De aquí brotan para el Ministerio Público, tanto límites como deberes a la hora de considerar la persecución de un determinado delito. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el derecho penal debe tutelar bienes jurídicos<sup>45</sup>, lo que implica que el legislador no puede buscar la tutela de meros valores de orden religioso o moral. Por otra parte, la protección de bienes jurídicos de carácter universal debe ser buscada en la medida en que sea necesario para garantizar el libre desarrollo de los ciudadanos, y para crear los presupuestos necesarios para ese desarrollo. Por supuesto, serían merecedoras de tutela penal también aquellas condiciones que garantizan el papel constitucional del individuo y permitan el desarrollo de su libertad. El derecho penal tiene, finalmente, un carácter de ultima ratio, de última herramienta, y el legislador sólo podrá echar mano a la amenaza de restricciones de derechos fundamentales propias del derecho penal, cuando no haya otro medio menos lesivo de tutelar esos bienes jurídicos, de forma que garantice convenientemente el objeto de protección y de racionalidad a la tutela jurídica (principio de proporcionalidad).

En realidad ubicar la tarea de persecución del Ministerio Público a partir de un punto de partida constitucional no consiste meramente en la ejercicio de subsumir sus funciones cotidianas de interpretación y decisión dentro de la sistemática de la Carta Fundamental, sino de derivar del texto de ésta, o si se prefiere del eje de sus conceptos<sup>46</sup>, los principios y horizontes formales y

<sup>44</sup> Rudolphi, en: SK-StGB Tomo 1., 6. Edición, actualizado al año de 1994, antes del §1 Rdnr. 1.

<sup>45</sup> Rudolphi, en: SK-StGB Tomo 1., 6. Edición, actualizado al año de 1994, antes del §1 Rdnr. 2-15.

<sup>46</sup> Partimos aquí de que un principio constitucional no ha de ser analizado de manera aislada, ya que la Constitución debe ser observada como una unidad conceptual, ya que ella es un orden de sentido y de interpretación de la vida política y social. La idea que está detrás de la afirmación de que la Constitución es una unidad es que ésta no es una agrupación casual de principios sino que es una concepción del constituyente sobre ese orden social y político, dicha unidad y dicha concepción es la que ha de ser utilizada para interpretación de ese orden. Por ello, la indagación sobre esa «idea» del constituyente en la construcción del «sistema» de principios de la Carta Magna es una tarea ineludible para el intérprete de la Constitución. Para nosotros,

materiales que orienten y definan de manera completa el ejercicio racional del ius puniendi en un Estado republicano. Dicha tarea de ubicación corresponde también, como lo expone Bustos Ramírez, y en la forma de un desafío, a la política criminal en nuestros países<sup>47</sup>.

La tarea que le corresponde al Ministerio Público en la definición de sus decisiones de persecución, hemos de reconocerlo, no es sencilla. En primer lugar, el derecho penal con su alto grado de violencia, real y manifiesta, representa la realidad de un discurso que desdibuja, en la práctica, cualquier andamiaje de garantías que pueda pensarse. En segundo lugar, el estado actual de la cuestión lleva a considerar que el cuadro de garantías que pueda deducirse (también el de la teoría del bien jurídico), tiene en la actualidad muy poco «ambiente» y mucho menos «coyuntura», debido al recrudescimiento de las campañas de ley y orden que vuelven a campear en todos los países de América Latina, en una intensidad que nos hace pensar en un retorno peligrosísimo a los esquemas de un derecho penal contundente. A un derecho penal caracterizado por la contención a cualquier costo, y por un desconocimiento total de cualquier valor de la dignidad humana como límite al ejercicio de este poder punitivo.

Sin embargo, creemos que la tarea no puede abandonarse, a pesar de las trampas ideológicas que se presentan a cada momento, y al estado espiritual de la reforma penal en América Latina<sup>48</sup>, la cual parece alejarse cada vez más

---

dicho eje de ideas no es otro que el que brota de un Estado Democrático de Derecho, basado en una forma de gobierno republicana, que confía en la división de los poderes como una forma de control democrática de esos poderes. En materia de derecho penal, y en el área que nos interesa, de la formación de los bienes jurídicos, la división de tareas entre legisladores y jueces, funciona de tal manera que ha de buscar siempre la tutela de los derechos de los ciudadanos, eliminando hasta donde sea posible la extralimitación de poderes de uno y otro, a través de la garantía de una interpretación que ha de volver en mayor o menor medida su vista a los preceptos constitucionales. Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck Verlag, Band I, III 8, 4.

<sup>47</sup> Bustos Ramírez, Juan: Principios Fundamentales de un derecho penal democrático, en: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, , Marzo de 1994, Año 5, No. 8, p. 11.

<sup>48</sup> Un excelente ejemplo de esta situación espiritual lo encontramos en Costa Rica, donde las últimas modificaciones del Código Penal costarricense hicieron posible un aumento del límite máximo de la pena de prisión de 25 a 50 años, cuando de lo que se trataba era de discutir un proyecto de penas alternativas a la prisión. Obviamente se trata de una decisión amparada a la expectativa de los votantes, quienes en términos generales desean una respuesta radical y contundente del sistema penal, donde decide poner todas sus cartas en un juego violento y hasta suicida para el sistema democrático, el cual tampoco solucionará, ni un ápice, esos «urgentes» problemas de los que informa con asuidad y detalle la prensa costarricense. Sobre la mera apariencia del aumento de la llamada «criminalidad violenta» en

de lo que alguna vez se denominó, no sin cierta paradoja, **derecho penal garantista**, para lanzarse desbocadamente en busca de una represión a granel y sin prudencia de los «fantasmas» de una criminalidad que cada vez comprende menos. La actual Política Criminal, en nuestro país y en la región, está urgida de imbuirse de la tónica de un nuevo orden internacional, de un orden cada vez más interesado en la anulación del individuo como entidad decisoria, subsumiéndolo en un universalismo explicativo y proveyendo a los mecanismos represivos del Estado de una «nueva» racionalidad que proviene de tareas cumplidas en el contexto de sociedades globalizadas y continentes de un buen cúmulo de «manifestaciones de desorden» que requieren de soluciones «sistémicas» a sus disfunciones<sup>49</sup>.

Basta con observar el primer paso que hay que dar para construir la estructura de una metodología que permita, no sólo rescatar al derecho penal de esta «carrera desbocada», sino también para brindar una oportunidad al Estado de Derecho en la época actual, donde se busca desprestigiarlo y abandonarlo a una mera formulación teórica de principios orientadores, pero no de garantías de realización inmediata<sup>50</sup>. Este primer paso consiste en definir en qué consiste el ius puniendi del Estado, y cuáles son sus límites. Luego, observar cómo estos límites se revelan tanto en la normativa constitu-

---

Costa Rica, confrontar al respecto la reciente obra del criminólogo costarricense Carranza, Elías, *Criminalidad Prevención o promoción?*, San José, EUNED, 1994, pp. 35 y ss. La propuesta del nuevo Proyecto de Código Penal (publicado en "La Gaceta" del 2 de noviembre de 1995), rompe técnica y espiritualmente con esta tendencia legislativa propuesta con el aumento del monto máximo de pena de prisión.

<sup>49</sup> En un análisis de la teoría sistémica, en su formulación por el Prof. de Bielefeld, Niklas Luhmann, ver las consideraciones de Habermas en su artículo «Discusión con Niklas Luhmann (1971): Teoría Sistémica de la sociedad o teoría crítica de la Sociedad?» en: Habermas, Jürgen, *La Lógica de las Ciencias Sociales*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 309-419. Un aporte reciente en Costa Rica al análisis de estos problemas, aún cuando limitado en las perspectivas de la crítica de ese «Nuevo Orden» puede encontrarse en el trabajo de Herrera Castro, Luis Guillermo, *Eficacia del Sistema Penal y la Protección frente al Nuevo Orden Mundial*, en: *Revista de la Asociación de Ciencias penales*, San José, Costa Rica, Noviembre, Año 6, No. 9, 1994, pp. 41- 46.

<sup>50</sup> Se trata, para algunos, de casi una utopía, en donde el ideal de «normalidad» del derecho penal pertenece a una idea del Estado de Derecho. Se trata de responder a la pregunta de si la «sociedad moderna» requiere aún de un derecho penal fundado en la idea de límites para el poder, concepto proveniente de la Ilustración, o si por el contrario tal sociedad requiere de un nuevo modelo que la «rescate» de los «peligros» que la acechan. Un interesante acercamiento a la respuesta de esta pregunta, lo encontramos en el análisis de Jörg Arnold sobre la situación del Derecho Penal en la antigua República Democrática de Alemania (DDR), donde él maneja el concepto de normalidad en una comparación con la idea de utopía de un derecho penal encaminado en la ideas garantistas de la Ilustración. Arnold, Jörg, «Normales» *Strafrecht der DDR?*, en: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft 2, 1994, pp. 187-204.

cional, como en la legislación ordinaria, y luego buscar el acercamiento de unos y otros.

El ejercicio del *ius puniendi* en manos del Estado no implica en modo alguno un ejercicio ilimitado de la violencia institucionalizada, ni tampoco una excepción a ninguna garantía fundamental del ciudadano. Como claramente lo plantea Issa El Khoury, el *ius puniendi* no es un «derecho absoluto del estado», ya que el sistema penal no ha de producir más violencia sino que debe evitarla, y porque el contenido que le da sentido a este ejercicio del *ius puniendi* brota, precisamente, de la protección de determinados bienes jurídicos. Por ello, el *ius puniendi* tiene límites claros: la violencia institucionalizada (límite negativo) y los derechos humanos como un límite positivo. Así, y como lo postula Issa El Khoury, la justificación del *ius puniendi* depende de que los bienes jurídicos que han de ser protegidos, «respondan y correspondan a las necesidades vitales de una convivencia social armónica»<sup>51</sup>. En este último sentido, resultan dos consecuencias inevitables: el sistema penal no podrá perseguir conductas a las que no se pueda identificar como «verdaderamente lesivas para las bases mismas del sistema» y, que este sistema penal no pueda en su ejercicio de poder, y al perseguir tales conductas, generar más violencia, lesionando otros bienes jurídicos<sup>52</sup>. En otras palabras, un *ius puniendi* que actúe en concordancia con los límites del Estado de Derecho, sólo puede ser aquél que actúe racionalmente. Esta actuación «racional» dependería de que persiga conductas que realmente sean lesivas los bienes jurídicos esenciales para el conglomerado social (principio de lesividad), y que su actuación sea realizada de tal manera que no se lesionen otros bienes jurídicos, generando, de camino, una mayor violencia que la ya generada con el hecho punible.

En la sección siguiente intentaremos deducir estos límites para las políticas de persecución del Ministerio Público de la normativa constitucional y demostraremos como un *ius puniendi* que no sea proporcional y acorde al principio de lesividad no encuentra acomodo alguno en la ideología del Estado de Derecho.

## **VI. Las políticas de persecución del Ministerio Público desde la perspectiva constitucional**

Es primordial comprender que no se puede hablar de una “política de persecución” del Ministerio Público en abstracto, esta nace del derecho penal de

---

<sup>51</sup> Issa El Khoury, Henry, Solución Alternativa de Conflictos Penales. Una propuesta de Marco Teórico, en Revista de la Asociación de Ciencias penales, San José, Costa Rica, Noviembre, Año 6, No. 9, 1994, p. 66.

<sup>52</sup> Issa El Khoury, Solución Alternativa, op. cit., p. 66.

un país, vista su ley penal y normativa constitucional, tomando en consideración el contexto social, es decir, el contexto global dentro del cual es dable juzgar sus efectos y sus consecuencias.

Herramienta fundamental para configurar esa política lo es, indudablemente, la teoría del delito, que es —ante todo un método—, que pretende encontrar una respuesta a un conflicto, Pero aún percibida como un «método» o como un «conjunto de respuestas», la principal característica de la teoría del delito es su «determinabilidad» o si se prefiere su conexión con una serie de principios que la limitan, que la hacen discernible, y permiten encuadrarla dentro de un contexto de garantías para aquellos ciudadanos cuya conducta, de una u otra manera, será objeto de un examen judicial.

Este conjunto de principios, que nuestra Sala Constitucional ha denominado garantías del Estado de Derecho, choca frecuentemente con una «realidad» que rodea al fenómeno de la coerción penal, es decir, con una cierta percepción de los sucesos y una cierta «forma» de ejecución de los objetivos legales, que manifiestan, a su vez, la presencia inescindible de una coyuntura de carácter social y también de carácter ideológico e histórico, que matiza y determina la forma, el contenido y la «efectividad» real de la acción del sistema de justicia penal. Este fenómeno o conjunto de fenómenos sociales, al que hemos llamado «realidad», se encuentra caracterizado no sólo por las diferentes «ideologías» que podrían justificar esta acción dentro de la sociedad, sino también por ciertas formas de realización de los objetivos o fines impuestos por la ley al sistema penal. Dentro de estas formas destaca, principalmente, la amplia selectividad de la acción de ese sistema, selectividad que comienza recién en la Ley y se realiza de manera manifiesta en el ejercicio del poder determinador y hasta configurador de la policía. Actualmente, no resulta algo nuevo decir que además de esta alta selectividad, el funcionamiento del sistema de justicia penal es también violento desde otras perspectivas, muy especialmente por los métodos legales e ilegales que con frecuencia son utilizados para materializar, al menos en el plano de lo que se denomina el nivel de la acción del sistema penal, los **finés de la ley**<sup>53</sup> y de la llamada «**averiguación de la verdad real**»<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Otro ejemplo claro de ello es el uso de la prisión preventiva, la cual ha servido en muchos casos como un adelanto de pena, cumpliendo fines de prevención especial y general que le son totalmente extraños y que lesionan el principio constitucional de inocencia. Al respecto es paradigmático lo expuesto por Llobet, Javier: La prisión preventiva en el nuevo Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (en comparación con el derecho alemán), en: Derechos Fundamentales y Justicia Penal, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, Primera Edición, 1992, pp. 597-607.

<sup>54</sup> Entre los que podemos mencionar son mucho más precisos de esta idea de violencia: las políticas de estigmatización en el trabajo policial cotidiano, la prisión preventiva, el examen del cuerpo del acusado, los interrogatorios, el aislamiento (incomunicación) del imputado, etc.

El Ministerio Público se ve afectado en su definición de “políticas” por la prohibición directa de acudir a medios ilícitos para cumplir con los fines legales o para alcanzar el mito de la “verdad real”. Al final de cuentas, ni siquiera la consecución de fines de seguridad o de orden podrían llevar a justificar la ilegalidad para alcanzar esos fines. Es por ello, que en el Estado de Derecho, una política de persecución del Ministerio Público representa solamente un conjunto de decisiones, las cuales pueden encontrar legitimidad cuando están íntimamente ligadas al contexto de garantías constitucionales.

De esta forma el concepto de libertad y de democracia, que subyace en la idea del Estado de Derecho, no solo representa un programa político, sino que es en sí mismo una norma que debe ser considerada en la interpretación de la Carta Fundamental<sup>55</sup> y, en especial, en las “decisiones” que eventualmente haya que tomar en cuanto a la persecución de los delitos. En esta interpretación han de equilibrarse tanto la tutela de las garantías individuales, así como el sentido mismo de los objetivos generales de la Constitución que han de orientarse dentro del marco general del sistema del texto.

En este orden de ideas destaca, muy especialmente, la orientación de la Carta de 1949, a una visión de los derechos y principios a partir del individuo como parte de una comunidad que es regulada por normas jurídicas. De tal manera que la libertad del sujeto no es extralimitada, sino que tiene límites en virtud de tales normas jurídicas, siempre y cuando las mismas respeten las áreas o ámbitos inexpugnables de la autodeterminación del sujeto (artículo 28, segundo párrafo).

De estos principios constitucionales, mencionaremos tres<sup>56</sup> que tienen un valor esencial en el funcionamiento del sistema de justicia penal: a) el principio de tipicidad; b) el principio de lesividad y c) el principio de proporcionalidad. Estos

---

<sup>55</sup> Al respecto Doehring, Karl, El carácter especial de la Constitución de la República Federal de Alemania como régimen de libertad y democracia, en: Karpen, op. cit., p. 29.

<sup>56</sup> La mención se limita a los tres principios, que en relación al bien jurídico, tienen una especial trascendencia para el funcionamiento de la administración de la justicia penal. Por supuesto, existen otros principios constitucionales derivados de éstos, y otros tantos que encuentran su manifestación en la ley, que pretenden cumplir o coadyuvar a ese propósito. Estos otros principios o garantías, en un detalle mucho más extenso, y con una amplia sustentación en el texto constitucional de 1949, ha de consultarse el fallo 1739-92 de la Sala Constitucional Costarricense, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos. Consulta Judicial preceptiva de Constitucionalidad (expediente No. 1587-90) planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con base en un recurso de revisión interpuesto por M.E.A.A. contra la sentencia del Juez Tercero Penal de San José de las 8:00 hrs. del 8 de mayo de 1964, que la impuso la pena de un año de prisión, con condena de ejecución condicional, por el delito de estafa en perjuicio de «C.D.G.R.».

principios funcionan, en conjunción la idea del bien jurídico, para producir tanto en el ámbito de la Política Criminal, como al nivel del funcionamiento del sistema penal, una cierta determinabilidad de la decisión judicial, y un marco de límites para el ejercicio del poder coercitivo<sup>57</sup>.

## VII. Las políticas de persecución del Ministerio Público y su contexto

En cuanto a las decisiones de carácter persecutorio del Ministerio Público debe argumentarse que en un primer vistazo, éstas pueden coincidir o distanciarse de un determinado modelo ideal de política criminal, así como también puede definir, en dirección contraria a esta política, puede también definir algunos aspectos sobre los cuales se concentrará con el objetivo de que su función se cumpla con eficiencia. Ahora bien, hay que advertir que esta preocupación por la "eficiencia" resulta también consecuente con los fines de seguridad que también persigue el Estado de Derecho. Esto es especialmente cierto si se le observa al Ministerio Público en una perspectiva corporativa como también como órgano de la administración de justicia, al menos como coadyuvante para una decisión del conflicto, aunque no para su solución. Sin embargo, otra lectura de esta persecución de la eficiencia se puede hacer desde un punto de vista meramente cuantitativo, estadístico si se quiere. La primera lectura que aquí sugerimos resulta ser una consecuencia de la función constitucional de la administración de la justicia, como requisito del acuerdo social de vivir bajo el sistema de estado de derecho. La segunda lectura, la cuantitativa o la meramente referida a la tramitación operativa lleva el concepto de eficiencia como un criterio de carácter administrativo, que acarrea el riesgo de observar todo el proceso como una herramienta de desahogo de casos, o de facilitación operativa de expedientes, porque esto convierte a los objetivos y fines del Estado de Derecho en aspectos secundarios, desvirtuando el juicio oral y acabando, en general, con fines democráticos que resultan valiosos a esta forma de organización política, como el principio de igualdad, el principio de proporcionalidad y hasta el principio de culpabilidad, sólo para mencionar los más directamente afectados.

Esto se puede observar muy prístinamente en los así llamados "mecanismos de simplificación procesal", donde la mezcla práctica que se hace de sus diversos fines político-criminales no parece preocupar a nadie, y que se convierten poco a poco en simples herramientas de desahogo de expedientes o en el peor de los casos de desnaturalización de las instituciones, como ocurre, a mi juicio, actualmente con el procedimiento abreviado, el cual bien pue-

<sup>57</sup> Esta idea no es nueva, proviene de Von Liszt quien al acuñarla en 1888 nunca explicó como el bien jurídico podría tener una función material de límite dentro de la Política Criminal, dejándola como un mero programa. Hormázabal, Bien Jurídico, op. cit., pp. 48-49.

de convertirse pronto en un medio de adjudicar "éxitos procesales" al Ministerio Público en demérito de los derechos y garantías del imputado y del ejercicio del derecho de defensa. Los riesgos no se detienen allí. También aspectos esenciales como el papel de la víctima pueden desvirtuarse sino se evalúa coherentemente el papel del Ministerio Público en el uso de estos mecanismos de "simplificación", pero esto hay que hacerlo dentro de la institución y con mayor transparencia hacia la sociedad quien es, en definitiva, la receptora final de los servicios de justicia.

La forma de definir estas formas de decisión del conflicto y este planteamiento del papel de la eficiencia del Ministerio Público en el Estado de Derecho es, claramente, un gran problema. Es, en primer lugar, un problema institucional porque asumir estas políticas significa escoger entre varios caminos posibles, con el grave inconveniente de se asumir como propias coyunturas de carácter político, como lo es asumir el discurso de ley y orden como propio y a partir de allí asumir una represivización material con fines simbólicos como ideología fiscal, lo que llevaría la Ministerio Público a asumir un papel secundario frente a las asunciones políticas de la agenda de los partidos en campaña. También se trata de un problema social porque este es un tema de servicios de justicia, por cuanto asumir reglas específicas sobre los mecanismos de simplificación podrían seguir anulando el papel de la víctima en cuanto a su propio conflicto y esto es una pérdida peligrosa que podría afectar la credibilidad de todo el sistema acusatorio hacia el cual se ha orientado predominantemente nuestra reforma procesal de 1996.

Otro problema que puede surgir es que la política de persecución se convierte en una forma de encubrir incomprensiones acerca de la función político-criminal del derecho penal. Esto último se produciría, por ejemplo, cuando se le anula el papel que debe cumplir la teoría del bien jurídico en la aplicación del principio de insignificancia y de bagatela en el nivel de los criterio de atipicidad y de insignificancia, como también cuando se le niega el papel al tipo penal como herramienta de garantía, y no se le interpreta como una fórmula legal con vinculaciones normativas de evidente entidad. También en el nivel de la antijuridicidad material se puede generar esta incomprensión cuando se entiende que el desvalor de resultado es su único contenido y no se entiende la vinculación evidente entre antinormatividad y antijuridicidad. El principio de culpabilidad también puede degradarse cuando se olvida la evidente necesidad de analizar la proporcionalidad de la persecución penal, del reprocho del injusto al autor y de la posterior medición de la pena. Estas funciones político-criminales de los diversos estratos o niveles de la teoría del delito bien pueden definir los límites exteriores de la política de persecución del Ministerio Público, y hará bien este último cuando se concentre a replantear la necesaria utilización de la teoría del delito como traducción práctica e inmediata de una política criminal de vocación constitucional, como lo postulan, entre otros, Jesús María Silva Sánchez y Maximiliano Rusconi.



## VIII. Conclusiones

Ante esta perspectiva, resulta que la crisis del derecho penal no podrá reducirse en el contexto y dirección actual de la Política Criminal en América Latina, muy especialmente en el tema de persecución del narcotráfico y de los delitos contra la propiedad. Tampoco será posible, de mantenerse esta tendencia, corregir la desviación grave que se ha asumido políticamente de los antiguos marcos de garantías para los derechos humanos en el proceso penal.

Puede considerarse, a grosso modo, que la tendencia a la represivización material por vía del derecho penal seguirá siendo un medio de reacción frente al fenómeno criminal en América Latina, y precisamente la razón para el fracaso en la respuesta a los problemas que se pretenden resolver.

En materia de política de drogas se ha discutido hasta la saciedad, por ejemplo, la conveniencia de legalizar el comercio con la droga y eliminar cualquier función rectora y preventiva al derecho penal. Las cifras de muertos, encarcelados y de personas víctimas de la acción del sistema penal, que además no tienen ningún papel protagonista en la discusión del derecho penal, justificarían ya un cambio de dirección de la política. Los resultados de la "guerra contra el narcotráfico" sólo han permitido observar la "eficiencia" del derecho penal para "reaccionar" contra determinados grupos muy carenciados de la población, afectando con penas desproporcionadas el consumo de drogas y a los pequeños intermediarios, pero con dificultad y en muy reducidos casos, a la organización detrás de ese inmenso negocio.

Se impone, en este momento de crisis de la política criminal, no sólo un cambio consciente en el diseño de las políticas estatales de reacción contra el delito y estimular un retorno al núcleo básico del derecho penal de garantías. Esto podría dar como producto colateral una mayor protección de los derechos humanos de las personas que son objeto de la acción del sistema penal, reduciendo, por ejemplo, el tiempo de espera en prisión a una sentencia<sup>58</sup>, y la promoción de las penas alternativas a la prisión, que permitan considerar otras posibilidades sancionatorias distintas a la privación de libertad.

De continuar las actuales tendencias políticas proclives a la utilización política del derecho penal para apaciguar conciencias y obtener victorias electorales, sólo puede esperarse una perpetuación de las grandes injusticias y

---

<sup>58</sup> El problema del preso sin condena es un serio problema en América Latina, que ha sido discutido en varias investigaciones en el área, la más importante es quizá la realizada por Carranza, Elías; Houed, Mario; Mora, Luis Paulino y Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, Costa Rica, ILANUD, 1988.

arbitrariedades provocadas por la acción del Sistema de Justicia Penal, además de una deslegitimación estructural e inevitable del funcionamiento de este Sistema<sup>59</sup>.

Es por todo lo anterior que conviene formular los siguientes principios como elementos de una persecución posible y coherente en manos del Ministerio Público:

- 1. Principio de tutela de bienes jurídicos.** Si bien se puede argumentar que la teoría del bien jurídico bien puede instrumentarse como perpetuación de una etización normativa, también es cierto que la realización del principio de autonomía ética o de intersubjetividad (NINO) contenido en el artículo 28 2do. párrafo de la Carta Magna, como lo ilustra la Sala Constitucional, en su jurisprudencia, es un límite para cualquier política que pretenda llevar el alcance de la ley hacia los ámbitos libres al desarrollo de la personalidad de las personas.
- 2. Principio de necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto.** Este principio de proporcionalidad, en cada uno de sus subprincipios, obliga a que en la casuística sometida al Ministerio Público se investigue exhaustivamente la necesidad de aplicar la ultima ratio del derecho penal. La necesidad de esta herramienta, no sólo debe ser adecuada para alcanzar los fines legales, sino que debe serlo en los niveles de "soportabilidad" individual de las medidas escogidas por el Ministerio Público para alcanzar esos fines.
- 3. Principio de transparencia.** La política de persecución debe construirse a nivel corporativo pero debe hacerse de tal forma que la comunidad pueda controlar el contenido de la política e incluso coadyuvar a su formulación. Tal cosa se ha venido logrando en la apertura del Ministerio Público en los foros dirigidos a las diversas comunidades del país, con el propósito de escuchar los reclamos populares y someterlos al suave tamiz del principio de legalidad y sus derivados.
- 4. Principio de concentración en las formas de criminalidad no convencional.** Una política coherente del Ministerio Público debe basarse en una propuesta de derecho penal mínimo, con ingredientes garantistas. Esta propuesta, proveniente del enfoque del Prof. José Manuel Arroyo sobre los dilemas del sistema penal ante sus alternativas, no obliga a reflexionar a que una reducción al mínimo de la represión penal comienza

---

<sup>59</sup> Al respecto y con un amplio análisis del problema de la deslegitimación del sistema de justicia penal, cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, En busca de las Penas Perdidas, Bogotá, Colombia, Temis, Segunda Edición, 1990.

precisamente en la concentración del trabajo fiscal a los temas más sensibles para la convivencia, a los ataques más serios a las condiciones de vida en sociedad, y, por ende, en muchos casos, a una mayor concentración en la tutela de bienes jurídicos colectivos. Esto último no implica que la tutela penal debe objetivarse y apartarse de los bienes jurídicos individuales, como lo ha mal entendido, desde nuestro punto de vista, el enfoque de prevención general del modelo funcionalista del derecho penal. Lo que queremos decir con este principio es, simplemente, es que la concentración del trabajo fiscal debe estar en aquellas áreas que mayormente pongan en peligro la vida de convivencia tal y como la entendemos, donde figuran, por supuesto la delincuencia ambiental y la delincuencia económica de grandes niveles. Precisamente allí donde nuestro sistema penal siempre ha demostrado más debilidad e incapacidad.

5. **Principio de orientación a la víctima.** Este principio no sólo es una deuda frente al ofendido por el delito, sino también un compromiso asumido por el Ministerio Público en la reforma procesal de 1996. Este principio implica, entre otras cosas, que la Oficina de Atención de Víctimas debe organizarse y ponerse a funcionar lo más pronto posible, de tal manera que las personas que han sufrido los efectos del delito no se victimicen nuevamente con la reacción penal frente al delito, sino, que por el contrario, encuentren en el sistema comprensión para su conflicto y medios amplios para encontrar una decisión formalizada frente al mismo.
6. **Principio de aplicación mínima de la pena privativa de libertad.** Una consecuencia natural del principio de intervención mínima lo es la de aplicar sólo en casos muy extremos la pena de prisión. Esto no ha sido bien entendido, pero sin duda no lo ha sido producto de las políticas de ley y orden que nos confunden y aturden, pero no por ello se debe de dejar de observar la grave crisis del sistema penitenciario a finales de siglo XX y la necesidad de replantear su funcionamiento, frente a los riesgos –sobre todo-, de su posible privatización o recrudescimiento.
7. **Principio de aplicación restringida de la prisión preventiva.** Aún cuando no contamos con análisis empíricos sobre la situación de la prisión preventiva a partir de la vigencia de la nueva legislación procesal, es evidente que hay una especial tendencia hacia su utilización con fines reductores del principio de presunción de inocencia y de proporcionalidad, funcionando incluso, en algunos casos, como pena anticipada. Esta circunstancia, que debe ser estudiada criminológicamente, nos obliga a alertar ante los riesgos de este abuso en la prisión preventiva y de tener en cuenta este aspecto en cualquier política que desarrolle el Ministerio Público frente a los casos en trámite.

- 8. Principio de racionalización de la prevención.** El Ministerio Público debe hacer patente su posición de crítica frente a la tendencia actual hacia la prevención normativa, cara, ineficiente y lesiva de derechos y garantías de las personas. Por esta razón se debe tender a proponer medios de prevención técnica tanto entre los miembros de la colectividad como en la legislación, de tal manera que se descargue la prevención normativa de su inflación y se tienda a mecanismos más dúctiles y más amigables con los derechos constitucionales.

# Derecho Penal Juvenil

III

# La intimidad del menor delincuente y los medios de comunicación

María Teresa Martín López  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Castilla-La Mancha

## I. Consideraciones Generales

Cada día se hace más presente en la sociedad actual un furibundo deseo de protagonismo de los medios de comunicación, especialmente escritos y visuales, los cuales, bajo el derecho a difundir y obtener información, persiguen el logro del podium en la batalla por la audiencia y el rendimiento económico consiguiente, batalla en la que todas las armas parecen estar permitidas y en la que «todo vale»<sup>1</sup>. En esta lucha, se ha demostrado que los índices de audiencia suben cuando se divulga la tragedia, los sentimientos íntimos ajenos, las desgracias familiares o los sucesos estrambóticos, ofreciendo los medios de comunicación no solo lo acontecido sino a quién le ha sucedido, por lo que adquiere cada vez más importancia la divulgación de la imagen de los protagonistas o su presencia física, quienes a veces reciben a cambio importantes cantidades de dinero.

Los medios de comunicación han sobrepasado su función de control al Estado, evitar el secretismo y la arbitrariedad en los poderes públicos, y han modificado su relación con el Derecho penal desde instrumento que ayuda a cumplir la función motivadora de respeto a la ley a instrumento propagandístico, interesado en el beneficio económico que genera el nuevo espectáculo «el show judicial» (creación de programas específicos en esta materia y la retransmisión, o su intento, de juicios), olvidando su labor como fuente de conocimiento y control de la actividad judicial. Los efectos negativos o «perversos» son evidentes: deformación o desinformación del ciudadano ética, jurídica e informativa (divulgar prejuicios sociales, la curiosidad por lo atroz, magnificar lo raro, etc.) y fomentar la sensación de inseguridad ciudadana y

---

<sup>1</sup> Modesto Saavedra: «La ética televisiva y los derechos del público», en *Claves*, núm. 44, julio-agosto 1994, en cual refiere que determinados programas han pasado «...los límites de lo ética y estéticamente tolerable».

el mal funcionamiento de la Administración de justicia. En lo que respecto a los jóvenes hay que tener en cuenta, adicionalmente, que estos efectos se enmarcan dentro de un problema más amplio y más preocupante que es la educación de niños y jóvenes, esto es, cual es la naturaleza y la importancia de la influencia que ejercen sobre los jóvenes los medios de comunicación y, más concretamente, cual es la relación entre la delincuencia de jóvenes y los medios de comunicación de masas como vehículos de una serie de imágenes y valores cuyo receptor es muy vulnerable, niño o joven, más sensible y más condicionado por la imagen y menos capaz de discernimiento y valoración que un adulto.

Por supuesto, el rechazo a esta forma de actuación de los medios de comunicación en todas sus variantes se hace más firme y justificada cuando aparece como uno de los protagonistas un menor de edad, al que el ordenamiento jurídico debe salvaguardar y proteger de los efectos nocivos de todo tipo que le puede ocasionar el ser objeto de interés informativo, sea como presunto autor de hechos delictivo o como víctima de los mismos. En el primer caso, como refiere el apartado 5.f) de las Directrices de RIAD, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, Resolución de la Asamblea general 45/112, no podemos sustraernos a “la conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de “extraviado”, “delincuente” o “predelincente” a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable”.

Tradicionalmente los textos legales en materia de protección de los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen no han prestado una atención particularizada a los miembros más jóvenes —y más débiles— de nuestra sociedad, si bien en los últimos años el legislador ha creado un conjunto de normas jurídicas tendentes a su protección (especialmente de su intimidad), que gozan del apoyo institucional<sup>2</sup>. Este cambio de actuación legislativa en España ha estado influido por los Textos normativos internacionales en esta materia: A) El Art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20-11-1989, reconoce el derecho del niño «*a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ni familia... ni de ataques a su honra o reputación*», y en el párrafo segundo se establece que «*el niño tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*»; B) Las Reglas míni-

---

<sup>2</sup> En este sentido destacan los trabajos de la Comisión Especial sobre contenidos televisivos, creada en el Senado de la nación bajo la presidencia de Doña Victoria Camps i Cervera, *Diario de Sesiones, V Legislatura*, Comisiones núm. 62, año 1994. Igualmente, la Instrucción núm. 2/1993, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado «sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Suplemento al núm. 1697 de 5 de febrero de 1.994, pp. 878 y ss.

mas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) aprobadas por la Asamblea General el día 29 de noviembre de 1985, incluidas en el Anexo a la Resolución 40/33, en su principio general 8, recuerda que «*para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad*» y el apartado segundo establece que «...en principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente»; C) El Consejo de Europa también ha tratado la cuestión y en su Recomendación R (87) 20, de 17 de septiembre, al ocuparse de la Justicia de los Menores, recuerda «*el derecho de los jóvenes al respeto de su vida privada*»<sup>3</sup>.

El mismo reconocimiento aparece en diversos textos nacionales que tienen su punto de partida en el articulado del Texto Constitucional español: el Art. 39.4 proclama «*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*» y el Art.20.4 establece los límites a las libertades que consagra, estando expresamente señalado como tal «*el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*».

Este mandato se desarrolla en la normativa ordinaria de todos los sectores jurídicos, especialmente en el civil y penal: la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en cuyo Art. 3 se hace una mención específica encaminada a asegurar la validez del consentimiento de los menores para legitimar la intromisión ajena en su privacidad, pudiendo intervenir el Ministerio Fiscal y, en su caso, el Juez; la Ley Orgánica 1/1996, de 5 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto un avance en esta protección al proclamar de forma contundente en su Art. 4 el respeto a estos derechos, establecer mandatos expresos a los medios de comunicación y ordenar a padres, tutores y poderes públicos el respeto a estos derechos y su protección frente a posibles ataques de terceros<sup>4</sup> y el Art. 9 declara que «*En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a*

<sup>3</sup> Véase Martínez-Pereda Rodríguez: «Los menores y el Consejo de Europa», en *Actualidad Penal*, núm. 21-24, mayo 1993, pp. 297 y ss.

<sup>4</sup> Art. 4: «1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones. 2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspon-



su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad». Por último, en el ámbito del Derecho penal, el menor de edad puede ser víctima de un delito contra los derechos fundamentales que venimos señalando, como los delitos de revelación de secretos, infracción de deberes de sigilo del funcionario y el profesional y frente a la intimidad domiciliaria y postal, ubicados en el Título X del Texto Punitivo de 1995 "Delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en que se recogen diversos tipos que lesionan o ponen en peligro la intimidad no sólo como «derecho al secreto» sino en el sentido de que cada ciudadano pueda controlar los datos e informaciones que sobre su persona y su familia puedan difundirse dentro de una sociedad cada vez más «comunitaria» y "tecnológica" que permite que datos personales puedan ser utilizados a través de medios electrónicos, informáticos, audiovisuales sin ningún control por nuestra parte<sup>5</sup>.

La intimidad se fundamenta en la dignidad humana, en la inviolabilidad de la persona y en la idea de libertad<sup>6</sup> y así parte de la doctrina muestra la relación inmediata entre intimidad y libertad individual por la cual la primera adquiere la función de garantía de otras libertades individuales<sup>7</sup> y además, de no proteger la intimidad de la persona, su esfera privada, ésta perdería su individualidad respecto del resto de los ciudadanos y se desvanecería en la masa social<sup>8</sup>. Por que, a pesar de la indefinición por imprecisión de este derecho, no hay duda que tiene un carácter funcional y que se proyecta en el exterior del sujeto y a lo largo del tiempo: Bajo Fernández lo ha definido como «ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad»<sup>9</sup>, en definitiva

---

dan por los perjuicios causados. 3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. 4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponden en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada física, jurídica o entidad pública".

<sup>5</sup> Únicamente queda fuera de este Título la acción de captar o reproducir imagen o sonido por un funcionario público violando las garantías constitucionales, recogido en el Art. 536 del Código Penal, en el contexto situacional de la persecución de un delito.

<sup>6</sup> López Ortega: «La intimidad como bien jurídico protegido», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte Especial*, en Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1996, p. 289.

<sup>7</sup> Morales Prats: «Privacy y reforma penal: la propuesta del Anteproyecto» en *Documentación Jurídica*, núm. 37-40, 1983, p. 582.

<sup>8</sup> González Guitián: «Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas», en *Comentarios a la Legislación penal*, Edersa, 1986, p. 61.

<sup>9</sup> Bajo Fernández: «Protección del honor y de la intimidad», en *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1986, p. 101.

es poseer un reducto propio y privado que la persona determina en sus límites y con quién lo comparte, controlando esta información sobre su persona en relación al resto de la sociedad, controlando el conocimiento que los demás tengan de él. Teniendo en cuenta el carácter dinámico y proyectable en el futuro de la intimidad de las personas, es correcto y ajustado a los principios de igualdad y proporcionalidad que se haya estimado como más grave el ataque a la intimidad de los menores de edad, más desvalidos en su personalidad y en su proyección social futura. Como señala el Art. 197.5 del Texto Punitivo español "*cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuera un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior*".

## II. La publicidad en el proceso penal con menores

La relación entre los procedimientos penales y la actuación de los medios de comunicación viene establecida en el principio general de publicidad que se asienta en el derecho al debido proceso, contenido en el Art. 24.2 de la Constitución española, conformando una de sus notas el de la publicidad del juicio, que se ve desarrollado en el Art. 120.1 del Texto constitucional, por el que las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones previstas en las leyes de procedimiento y en el propio párrafo tercero de este precepto, según el cual las sentencias se pronunciarán en audiencia pública.

Desde un punto de vista erga omnes o publicidad absoluta, esto es, excluidas también otras personas que actúan en el juicio y no son parte como peritos, testigos, etc, sino para el público en general o para todos, hay dos tipos de publicidad<sup>10</sup>: a) Inmediata: la publicidad referida a la inmediata percepción de las actuaciones procesales verificadas por y ante el Tribunal por personas que no forman parte del mismo (asistencia personal y física a la Sala de actuaciones judiciales<sup>11</sup> y b) Mediata: la publicidad que produce percepción

---

<sup>10</sup> Según distinción de Fairén Guillen: «Ideas y Textos sobre el principio de publicidad del proceso», en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid 1969, p. 571; Gimeno Sendra da una visión más restringida de la publicidad sólo con referencia al momento probatorio, véase *Derecho procesal: el proceso penal*, Tomo II, vol. I, Valencia 1987, p. 93.

<sup>11</sup> Al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 96/1987 ha señalado que no es bastante para cumplir con este requisito de publicidad con la presencia de periodistas que, más tarde, pueden informar a la colectividad, y la Sentencia 176/1988, de 4 de octubre, señala que «sólo es de aplicación, además de a la Sentencia, al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad».

de tales actos por vía indirecta, medios de comunicación gráficos y audiovisuales, mediante la labor informativa que despliegan, proyectando los sucesos judiciales a todas aquellas personas que por diversos motivos no puedan acudir físicamente a presencia el juicio, siempre con ciertos límites: exigencias de orden público, seguridad nacional o intimidad de las personas, especialmente los menores de edad.

La Ley Orgánica del Poder Judicial acoge el principio de publicidad en varios preceptos (Art. 186 —de pruebas, vistas y sentencias—, Art. 205.6 —de sentencias—, etc.), si bien destacamos el artículo 232 que reza “*Las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los jueces y tribunales, mediante resolución motivada podrán limitar la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones*”. En este sentido, el Acuerdo del Pleno de 15 de noviembre de 1989 del Consejo General del Poder Judicial permitió el examen por cualquier ciudadano del texto de las sentencias depositadas en las Secretarías de los Juzgados y Tribunales apoyándose en los arts. 235 y 266.1 LOPJ, pero cabe exclusión si la solicitud no guarda directa relación con el fin básico que conceptúa la publicidad o por respeto a otros derechos, por lo que puede vetarse el acceso o al menos restringirlo e imponer la omisión en las copias que se faciliten de «los datos o circunstancias personales de los intervinientes en el proceso»<sup>12</sup>.

La restricción de esta publicidad que establece el Art. 120.1 de la Constitución y el Art. 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en unión del Art. 20.4

---

<sup>12</sup> según el acuerdo del Pleno CGPJ de 12 de enero de 1994. El acceso a las sentencias ya dictadas y depositadas en secretaría no garantiza el respeto al derecho a la intimidad personal y familiar de las partes y otros sujetos en estos procesos y tampoco puede obtener el previo consentimiento de todos y cada uno de los eventualmente afectados por la salvaguarda de sus derechos fundamentales, lo que ampara la denegación de la información pedida en el respeto a tales derechos constitucionales. El tema, en la actualidad, se traslada a la LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, cuyo Art. 6 señala que se requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa y en su art. 28.1 esa ley hace una previsión explícita si se trata de temas de solvencia patrimonial y crédito. En el BOE de 13-7-95, se publica el Reglamento de 7-6-1995 del CGPJ 5/1995 de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en cuya Exposición de Motivos y en su art. 2.2 se trata la publicidad que pueda afectar a otros derechos constitucionales. Sobre el acceso de los medios de comunicación a los edificios judiciales la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en sesión de 18-7-1995 acordó denegar la entrada de cámaras de televisión o con cámaras fotográficas a juicios o vistas, lo que fue contestado por la Asociación de Prensa de Madrid en un escrito en el que señalan que las únicas limitaciones a la libertad de los medios, incluso gráficos y audiovisuales, eran las exigencias de orden público, seguridad nacional o intimidad de las personas, especialmente los menores de edad.

de la Constitución referido a la libertad de información, se ha de acometer en una previsión normativa y en su aplicación judicial concreta, según la Sentencia del tribunal Constitucional de 31 de enero de 1.985, a las siguientes condiciones para ser constitucionalmente admisible y, por tanto, fuera de las cuales deviene en vulneración del derecho: a) la previsión de la excepción en norma con rango de ley; b) la justificación de la limitación misma en la tutela de otro bien constitucionalmente relevante y c) la congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración del valor así garantizado (o sea, proporcionalidad)<sup>13</sup>.

La cuestión a debatir es si pueden constituir un supuesto de excepción a la regla general de publicidad aquellos procesos en los que interviene un menor como presunto autor -o víctima- de hechos delictivos. No puede negarse que cada día más los medios de comunicación resultan atraídos hacia estos procesos, pudiendo tener un impacto nefasto en la privacidad e intimidad del menor si no se establecen unos límites suficientemente garantistas que sirvan al mismo tiempo como límite a la desmedida expectación colectiva que el tratamiento periodístico genera<sup>14</sup>. En este punto, nos encontramos con un conflicto entre dos principios o conceptos arraigados en la jurisprudencia: el interés público en un conocimiento no restringido del proceso criminal y el derecho del niño a no ver difundida su identidad, donde tal revelación pueda ser dañosa para él. El interés público es un elemento de protección frente a

---

<sup>13</sup> Véase al respecto las Sentencias del Tribunal Constitucional 62/1982 de 15 de octubre; 13/1985, de 31 y de enero y la STC 176/1988, de 4 de octubre, según la cual las excepciones a la publicidad han de determinarse legalmente, debiendo ser judicialmente interpretadas de forma restrictiva, de tal forma que podemos decir que es legítima en cuanto normativamente contemplada y exigida en la estricta medida en que es inevitable para la tutela de derechos constitucionalmente reconocidos, relacionados ambos, el medio elegido y el objetivo perseguido por una relación razonable, de tal forma que la lesión al derecho a la publicidad ha de ser adecuada y necesaria para el fin marcado y que no llegue a ser de tal entidad la injerencia que llegue a ser inasumible por el afectado, o sea, la proporcionalidad. Vid.: Pedraz Pedralva: «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *La Reforma del proceso penal* (II Congreso de Derecho procesal de Castilla y León, Zamora, 5-7-1989), Madrid, 1990 y «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», en *Revista del Poder Judicial*, 1990, pp. 1 y ss.

<sup>14</sup> En Cataluña. la Junta de Gobierno del Colegio de Periodistas aprobó el Código Deontológico de la Profesión Periodística en Cataluña el 22 de octubre de 1.992, compartidos por la mayoría de los periodísticas españoles, en cuyo art. 11 se establece: «deberá tratarse con especial cuidado toda información que afecte a menores, evitando difundir su identificación cuando aparezcan como víctimas (excepción hecha de los supuestos de homicidio), testigos o inculpados en causas criminales, sobre todo en asuntos de especial trascendencia social, como en el caso de los delitos sexuales ... También se evitará identificar contra su voluntad a las personas próximas o parientes inocentes, de acusados o convictos en procedimientos penales».

juicios prejuzgados, desleales o para evitar el error en la justicia ya que, al menos en teoría, permitirá que cualquier pudiera ofrecer información que pudiera exonerar al acusado. También parece que es de interés público conocer la identidad de los criminales, especialmente de delitos graves. Sin embargo, hay otro gran asuntos de "interés público" en conflicto, el bienestar y la protección del menor de edad que se ve envuelto en estos hechos. Muchos políticos, juristas y periodistas opinan que el anonimato que rodea a los menores envueltos en procesos criminales, especialmente en delitos graves, eleva los niveles de delitos juveniles y así los ciudadanos parecen reclamar saber que se está haciendo en su nombre y con su dinero. El deseo de intervenciones más punitivas que parece extenderse por todo el mundo occidental no deja fuera a los jóvenes delincuentes. Pero no podemos dejarnos llevar por modas o modos más o menos pasajeros. Aquí no nos encontramos ante un conflicto entre un interés público y otro particular del joven delincuente, sino entre dos intereses públicos contrapuestos, pues es evidente que el daño causado a un niño por la revelación de su identidad tiene implicaciones para la sociedad en su conjunto como pueden ser posteriores conductas antisociales y también respecto a los recursos que se requerirán para dirigir su conducta hacia el respeto de la ley.

### **III. Situación vigente: Código Penal de 1995 y la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio**

En cumplimiento del mandato constitucional, la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (dictada tras Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de febrero, la cual señala que en el procesamiento de menores estaría justificada la restricción al principio de publicidad<sup>15</sup>) crea, según su Exposición de Motivos, «*un proceso ante los Juzgados de Menores que, no obstante su especialidades pro razón de los sujetos del mismo, disponga de todas las garantías derivadas de nuestro ordenamiento constitucional*»<sup>16</sup>, de ahí que Art. 15 en su apartado 14 establezca «*El Juez podrá acordar, en interés del menor, que las sesiones no sean públicas. En ningún*

---

<sup>15</sup> También la STC 211/1993, de 28 de junio en su fundamento jurídico cuarto reitera esta petición pues «la garantía de la ausencia de publicidad que debe rodear los juicios de menores se puede lograr mediante otros instrumentos procesales que consigan la misma finalidad sin merma de sus derechos fundamentales» Así como la STC 60/1995, de 17 de marzo.

<sup>16</sup> El art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala que «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable..» y la esencia de este núcleo configurador lo hace irrenunciable ante todos los Tribunales, con independencia de su jerarquía y especialidad procedimental, así pues, también ante los Tribunales de menores, como establece la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1995 McMichael c. Reino Unido.

caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación»<sup>17</sup>. Como señala Marchena Gómez<sup>18</sup> «La necesidad de un tratamiento diferenciado en el régimen jurídico de la publicidad para el enjuiciamiento del menor resulta incuestionable», pues a su presencia ante un órgano jurisdiccional, como vivencia negativa para el joven, se podría acompañar el efecto adicional de la publicidad y su exposición social a la indiscreción social, mercantilizando una amarga experiencia tanto si es autor como víctima de un delito, lo que puede ocasionar una irreversible erosión de su intimidad y un impacto indeleble en su formación integral dada su inmadurez psico-emocional, pudiendo resultar dañado el desarrollo equilibrado de su personalidad<sup>19</sup>. Ya la doctrina puso en evidencia como la necesidad de prevenir al menor de esa «estúpida aureola de espectáculo traumatizante» puede justificar la indudable legitimidad de restringir la publicidad en la jurisdicción de menores<sup>20</sup>, puesto que el fin primordial de su paso por los órganos jurisdiccionales es reforzar su capacidad de motivación en el respeto a las normas penales y no servir de elemento reforzador de la prevención general. Lo cierto es que los estudios sobre los efectos de publicar los nombres de los acusados no son definitivos: algunos piensan que es un factor importante de prevención sobre el propio sujeto y sobre otros conciudadanos. En este punto se alega que la publicidad podría tener el efecto opuesto, que los chicos consideren esta publicidad como símbolo de un estatus superior, que les guste la notoriedad y les guste la confir-

---

<sup>17</sup> El anterior precepto señalaba: «En los procedimientos para corregir y proteger a menores, las sesiones que los tribunales tutelares celebren no serán públicas y el tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones», que era desarrollado por el Art. 38 del Reglamento de los Tribunales Tutelares de Menores, Texto Refundido de 1948.

<sup>18</sup> Marchena Gómez: «La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal», en *Revista Informática General de Derecho*, núm. 103, 1994, p. 12481.

<sup>19</sup> La libertad de información en temas referidos a la infancia o la juventud debe orientarse hacia la formación pluralista e integral en razón al mandato contenido en el art. 48 de la Constitución, invirtiendo en el desarrollo de su personalidad, la libertad e igual. La protección de la juventud y de la infancia es una cuestión difícil, una cuestión en muchos casos de carácter moral, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Mayo de 1.985 «para el desarrollo de la proclamada protección a la juventud y a la infancia, el D. de 4-6-82, sobre publicaciones y espectáculos públicos, regula determinadas actividades de ese ámbito contrarias a la moral y buenas costumbres, y entre ellas la exhibición, venta y circulación de publicaciones pornográficas, prohibiendo, como expresión del bien protegido, la entrada en los establecimientos donde se vendan a los menores de 18 años». Para más información vid. : Descartes, J.M.: *Fundamentación jurídica del Ordenamiento especial de la información juvenil e infantil*, en *Teoría y Práctica de las publicaciones infantiles y juveniles*, Madrid, 1978.

<sup>20</sup> Martín Ostos: «Anotaciones procesales a la nueva Constitución (desde una perspectiva jurisdiccional de menores)», en *Jurisdicción de Menores*, Barcelona, Bosch, 1994, pp. 77-78.

mación su estatus de “fuera de la ley”. Por otra parte, la prensa puede “demonizar” a los jóvenes autores de delitos graves si son conocidos. Evidentemente el anonimato no gusta a la prensa, en parte porque el anonimato del sujeto afecta a la credibilidad de la historia, pero también porque los nombres hacen a la historia más atractiva para los lectores.

Sobre todas estas reflexiones debe primar la finalidad tutelar de esta jurisdicción especial y el modo de lograrla, debe prevalecer el bienestar del chico y la posibilidad de su rehabilitación como un miembro útil de la sociedad, eliminando en lo posible todo el formalismo del aparato judicial que cohíba e intimide al menor, debiendo actuarse a lo largo de todo el procedimiento con cautela y discreción, especialmente en el acto de la vista oral en que se produce un contacto directo, verbal, entre todas las partes intervinientes, pudiendo verse perturbado grandemente su desarrollo por la presencia de medios de comunicación<sup>21</sup>. Por otra parte, tratándose de un procedimiento con un fin netamente readaptador, tal finalidad se vería puesta en peligro con la publicidad de la identidad del menor que muy posiblemente vería dificultado su reintegro en la sociedad. Si bien el precepto legal sigue el criterio primordial de la publicidad y su restricción excepcional por el Juez que lo deniega, la Instrucción 1/1993, de 16 de marzo de la Fiscalía General del Estado<sup>22</sup>, sobre la actuación del fiscal en el proceso de menores, se pronuncia porque aquél pida siempre la celebración de la audiencia sin publicidad, salvo que en algún supuesto singular pueda optarse por tal publicidad y que el acuerdo declarando la no publicidad ha de reputarse irrecurrible del modo previsto en el Art. 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (aunque teóricamente cabría el amparo constitucional). Más contundente es el Reglamento de los Tribunales Tutelares de Menores, Decreto 22-7-1942, en cuyo Art. 38 se dice que «Las sesiones que celebren los Tribunales cuando sean corregidos o protegidos los menores de dieciséis años no serán públicas, y sólo podrán asistir a ellas los delegados y las personas que obtuvieren autorización del Presidente del Tribunal»<sup>23</sup>.

En este punto, la normativa española sigue el criterio contenido en varios textos internacionales, siendo un principio extendido que la publicidad del proceso no es ilimitada sino sometida en ocasiones al logro de otros intere-

---

<sup>21</sup> Martín Ostos: *Jurisdicción de menores*, ob. Cit., p.77.

<sup>22</sup> El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, en su art. 3.7 encomienda a este Ministerio labores que tengan por objeto «la protección y defensa de menores y desvalidos», reiterando el anterior art. 2.5 del estatuto de 1926. También se ha dictado la Instrucción núm. 2/1992 de 13 de febrero, sobre intervención del Fiscal a la luz de la nueva ley reguladora. Folguera Crespo también reclama una defensa activa por el Ministerio Público: «Sensacionalismo informativo y protección del menor», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995.

<sup>23</sup> El art. 39 prohíbe publicar la reseña de las sesiones y permite la publicación de los acuerdos del Tribunal siempre que se omiten los datos por los que el menor pueda

ses que pueden aparecer como dominantes, así por ejemplo la imparcialidad del jurado, el logro de la verdad mediante la protección de testigos, la protección a la víctima, para lo que se atenderá entre otras razones a su edad, madurez psicológica y capacidad así como también la naturaleza del crimen, interés de padres y familiares de la víctima<sup>24</sup>. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en su Art. 6 y en la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establecen que a la publicidad de los juicios no obsta la de su celebración a puerta cerrada, pudiéndose vetar el acceso al público en general como además a la prensa en interés de la moralidad, orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los «intereses de los menores» o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 14, la Convención de los derechos del Niño en su Art. 40 y las Reglas de Beijing en su Art. 8 señalan que la publicidad de los juicios es susceptible de restricción.

De la legislación penal de Menores ya citada IO 4/1992, art. 15 regla 14, se deducen dos consecuencias: a) que la regulación a que se acomoda la publicidad de la audiencia configura aquélla como la regla general, haciendo de la restricción una salvedad para cuya validez se exige la decisión judicial «en interés del menor»; b) la posible —aunque excepcional— limitación de la publicidad inmediata (“podrá”), contrasta con la tajante prohibición (“en ningún caso”) de una de las formas o manifestaciones de la publicidad mediata, no admitiendo el veto legislativo a la obtención o difusión de imágenes del menor ninguna excepción, es decir, absoluta prohibición de perturbar la intimidad del menor por los medios de comunicación al excluir el precepto la obtención o difusión de imágenes del menor o datos que permitan su identificación.

Como puede verse, ello supone el mantenimiento de un régimen de publicidad inmediata que, excepto en su redacción literal, en nada difiere del régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la pauta interpretativa del Art. 6 del Convenio Europeo de Derechos. Con ello, se garantiza que no haya secretos en la audiencia al menor y, mediante la oportuna resolución judicial que pondera los intereses en juego, se legitima la posibilidad de que «...en interés del menor, las sesiones no sean públicas», luego las sesiones a

---

ser conocido. E art. 40 prohíbe la publicación, ni aún en periódicos oficiales, de actos procesales en los que se expresen los nombres de los menores y el art. 41 prohíbe que la policía suministre datos sobre los menores destinados a la publicidad.

<sup>24</sup> Véase Pedraz Pedralva: «Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales», en *Revista General de Derecho*, núm. 631, abril 1.997, p. 3890.



puerta cerrada son la excepción un régimen general de publicidad inmediata. Así pues, la fórmula escogida por el legislador permite entender que en el caso de existir una colisión entre publicidad e intimidad el menor, sea prevalente ésta frente a aquélla. Para ello debe existir una resolución motivada del Juez en cada caso, pues no podemos olvidar el efecto que una reducida presencia de terceros en la Sala de Vistas tiene para el menor en cuanto control social de la actuación del Poder Judicial, de ahí que no pueda ser prohibido con carácter absoluto, sino que ha de ser determinado en cada caso por el juez.

Distinto es el tratamiento de la publicidad mediata, de la proporcionable y obtenible mediante el seguimiento informativo del procedimiento: se proscribire no sólo la difusión gráfica de la imagen del menor enjuiciado (fotografía, retrato, caricatura, etc.), sino que además se impide la reproducción de datos que permitan su identificación. Desde una perspectiva rigurosa, por tales datos hemos de entender no sólo nombre y apellidos, también dirección o escuela o la referencia a la profesión de los padres del chico o el lugar donde cometió el delito o la identidad de las personas que pudieran conducir a la identificación del chico. Esto es particularmente importante en comunidades pequeñas en las que la prensa debe autocensurarse en los “detalles” que publica, pues lo importante para proteger la intimidad del joven no es si un desconocido puede ser capaz de identificarlo, sino si cualquier persona media pudiese hacerlo, incluyendo a amigos y vecinos.

La solución legislativa en este ámbito sólo afecta al sujeto del proceso judicial, pero no al desarrollo de la actividad jurisdiccional y su objeto, ya que sólo se impide que la divulgación del hecho enjuiciado no permita la identificación de su protagonista menor de edad.

En la diferencia entre ambas soluciones del legislador se encuentra la implícita valoración del efecto de la injerencia de terceros en el procedimiento del menor. Mientras que la necesaria reducida presencia de terceros en el limitado aforo de una sala de audiencia (que puede ser prohibida en supuestos excepcionales), puede llegar a cumplir un apreciable papel de control social de las instituciones y dar publicidad a una actividad estatal en un sentido garantista, la irreflexiva difusión de la imagen de un menor a través de los medios de comunicación puede resultar atentatoria a la intimidad del menor y perturbar su desarrollo integral. Por supuesto, hay quien mantiene soluciones alternativas, tanto autores como otros sistemas legislativos proclaman la inversión de los términos, de suerte que hacen regla general de la no publicidad, pudiendo admitirse, excepcionalmente, el seguimiento público de la au-

diciencia<sup>25</sup>, si bien no se han establecido las consecuencias de su incumplimiento, con una previsión sancionatoria<sup>26</sup>.

En suma, el ejercicio de la libertad informativa que menoscaba de forma irremediable la intimidad y el desarrollo integral del menor (Art. 20.4 CE), otorga legitimidad constitucional prevalente a estos valores frente a la libertad informativa y el derecho a la información sobre un hecho cuando ello se traduce en ceder a «la curiosidad colectiva por añadir a una información sobre el hecho, la fisonomía de su autor»<sup>27</sup>, debiendo estimarse una prohibición absoluta de identificación aún en los casos en que los padres del menor de dieciséis años consienten en dicha publicidad

Cuanto se ha expuesto es de aplicación a los jóvenes menores de 16 años, por ser los sujetos sometidos a la normativa actual de los Juzgados de menores. De acuerdo con la legislación vigente en este momento, los mayores de 16 años y menores de 18 serán juzgados por el Código Penal de adultos y conforme a la normativa contenida en la Ley de enjuiciamiento criminal en cuanto a la posible intromisión en su intimidad, en cuya regulación no existe una norma específica creada con el único deseo de protección de la intimidad del menor, entre otras razones, por la escasa incidencia social que tenía la difusión informativa al tiempo de su creación y menos en asuntos judiciales. A pesar del mandato constitucional del art. 39 de protección a la infancia y a la juventud y de que la mayoría de edad es a los 18 años, y por mucho que sea un inadaptado social o un asiduo visitante de los órganos judiciales, este menor de 18 años no puede quedar abandonado frente a los medios de comunicación en la protección de su intimidad. En general, la protección del honor y la intimidad de los que por cualquier motivo se ven obligados a acudir al llamamiento del Tribunal se ve exigida porque la experiencia demuestra

<sup>25</sup> Rocío Cantarero: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, Madrid, 1988, pp. 269-271, sostiene el mantenimiento de la garantía de la publicidad siempre que no sea obstáculo para el derecho a la intimidad ni traiga consigo trascendencia estigmatizadora en el futuro social y psíquico del menor. Una exposición de las diversas alternativas se ven en Lorca Navarrete: *El proceso español del menor*, Madrid 1993, pp. 186-188; Pantoja/Muñoz/Páramo/Del Moral: «La Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores (Anotaciones tras ocho meses de aplicación)», en *Actualidad penal*, núm. 8/10, marzo 1993, p. 152; en Italia, el Decreto del Presidente de la República de 22-9-1988 (núm. 448), establece en su art. 13:»1. Se prohíbe la publicación y divulgación por cualquier medio de noticias o imágenes que puedan servir para identificar al menor; 2. Lo previsto en el párrafo anterior no se aplicará si una vez iniciado el juicio oral el Tribunal dispone la audiencia pública».

<sup>26</sup> Así se ha manifestado Vargas Cabrera: «La Ley Orgánica 4/1992 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de su normas sustantivas y procesales», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVI, Fascículo I, enero-abril 1993, p. 186.

<sup>27</sup> En palabras de Marchena Gómez: «La protección de la intimidad...» ob. cit., p. 12.484.

que los interesados no se encuentran en situación de proveer por sí solos a su protección, y además, el evitar la presencia de cámaras fotográficas y de vídeo se justifica por el deber de asegurar que los que participan en los actos de vista y juicio oral (peritos, abogados, Tribunal, fiscales, testigos, etc.) no se vean sometidos a presión, pues se entiende que existe una posible y perjudicial eficacia identificadora y divulgadora de la identidad de los que participan en la administración de la Justicia. Por otra parte, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en Pleno de 30 de abril de 1996 prohíbe el uso de cámaras de televisión, de vídeo o fotografías en las sesiones judiciales por las siguientes razones: a) no aporta nada la trasmisión de imágenes al contenido de la información mismas, siendo más acertado la expresión oral o escrita que es el verdadero eje de la comunicación, la imagen sin palabras no sirve; b) cuando se utiliza como soporte la imagen, es la manifestación oral la que da la noticia, de hecho muchas veces la imagen que se ve es la del locutor, luego el no uso de cámaras no prohíbe ni distorsiona la información ni limita sus posibilidades; c) sólo se prohíbe el uso concreto de ciertos aparatos técnicos pero no se impide ni limita la presencia de informadores en la Sala<sup>28</sup>, ni se atenta la búsqueda y obtención de información. Señala Pedraz Penalva que hubiera sido más acertado fundamentarse en la capacidad desvirtuadora y manipuladora de la imagen más que en su accesoriadad, sin olvidar que efectivamente la retrasmisión audiovisual afecta a la buena marcha de las sesiones judiciales y que debido a la provisionalidad de las actuaciones judiciales retrasmisibles impone acudir a medios que propaguen impresiones menos definitivas o más fáciles de completar equivalente con posterioridad, recaída la sentencia firme y que se trata de un imperativo integrante del debido proceso cuyo acatamiento conforma y constituye la actividad jurisdiccional, por lo que sólo afecta la competencia en exclusiva al órgano jurisdiccional.

En general se estima por la doctrina que la posibilidad de restricciones parciales a la publicidad de determinados actos procesales a desarrollar en el juicio oral representa, sin duda, una buena medida para solucionar los supuestos en que el menor no sea imputado, sino que asista a la sala de juicios en su condición de víctima de un delito cometido por un tercero y esta solución es válidamente aplicable a los supuestos en que se trata del autor de un delito mayor de dieciséis años.

#### **IV. La situación futura: Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores**

Con fecha 12 de enero de 2000 se ha publicado en el Boletín Oficial español la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores,

---

<sup>28</sup> Tomado de Pedraz Pedralva: «Publicidad y derecho...» ob. cit., pp. 3920-25.

que entrará en vigor en enero de 2001. En esta Ley se hace referencia expresa en la exposición de Motivos y en su artículo primero a los Textos Internacionales que recogen derechos del niño. En referencia a la cuestión que estamos analizando, debemos acudir al último apartado del art. 40.2 de la Convención de Derechos del Niño, que se refiere a la protección de la intimidad del joven infractor. En similar sentido se pronuncia, como ya hemos reseñado, el art. 8 de las reglas de Beijing<sup>29</sup>. Es esencialmente necesario proteger el derecho de los menores a la intimidad, pues los jóvenes son particularmente vulnerables a la difamación. Estudios criminológicos realizados sobre los procesos de difamación han suministrado pruebas de los efectos perjudiciales de muy diversos tipos que derivan de la individualización permanente de los jóvenes como "criminales" o "delincuentes", de ahí la protección también frente a la divulgación de datos que permitan identificar a un menor que se encuentra sometido a proceso penal (el nombre del presunto delincuente o del condenado). Este principio goza de gran reconocimiento en las legislaciones nacionales, aún de países alejadas de nuestra área jurídica, como la República Centrafricana, que prohíben la publicidad de las deliberaciones y decisiones judiciales que tengan por objeto a menores<sup>30</sup>. En España este derecho queda reconocido sólo en situaciones excepcionales y no como regla general: en el art. 24 de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores referido al secreto del expediente, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, y mediante auto motivado, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un período limitado de ella y en el art. 35 de este mismo texto legal, que señala "*El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas*", aunque "*en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación*"<sup>31</sup>. Es decir, que se admite la publicidad de la audiencia, con presencia de personas ajenas al ejercicio de funciones judiciales. Esta afirmación es genérica en las legislaciones sobre menores delincuentes: la Ley del menor Infractor de El Salvador de 1 de octubre de 1994 recoge en su art. 5 inciso d) la prohibición de la publicación de datos que de manera directa o indirecta permitan identificar al adolescente; la Ley Penal Juvenil N° 7.576 de 1 de mayo de 1996 de Costa Rica introduce garantías

---

<sup>29</sup> Refiere este precepto: "1. Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. 2. En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente".

<sup>30</sup> Informe Inicial de la República Centrafricana al Comité de los Derechos del Niño, 18 de noviembre de 1998.

<sup>31</sup> Sobre los antecedentes de esa Ley en este punto vid. Martín López: "criminalidad, medios de comunicación y protección de menores", en *Criminalidad, medios de comunicación y proceso penal*, (Coords. Barbero Santos y Diego Díaz-Santos), Universidad de Salamanca, 2000, pp. 159-169.

específicas como el derecho a la privacidad en el art. 20 y el principio de confidencialidad en el art. 21; en Nicaragua el Código integral de los derechos de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 287 de 24 de marzo de 1998 reconoce que el adolescente tiene derecho a que se le respete su vida íntima privada y la de su familia, y se prohíbe publicar o divulgar cualquier dato de la investigación o del proceso que directa o indirectamente posibilite su identidad (art. 106). La anterior Ley Tutelar de Menores protegía la imagen del menor al prohibir “la publicidad por cualquier medio de difusión de todo dato relacionado con el menor que lo identifique o lesione su personalidad” (art. 47 in fine), reprimiendo con penas de multa la lesión a tal garantía (art. 64.1)<sup>32</sup>. Similar precepto contempla el proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay (Comisión de Constitución. Carpeta N° 59 de 2000), cuyo artículo 11 refiere que “Tiene derecho a que no se utilice su imagen de forma lesiva, ni se publique ninguna información que lo perjudique y pueda dar lugar a la individualización de su persona” y el art. 54 se concreta en los menores delincuentes a “Queda prohibida la identificación de la persona del adolescente por cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de la información sobre los hechos”. Y, para terminar con los ejemplos, el art. 190 del Código de los Niños y Adolescentes de Perú, Ley N° 27337 de 2 de agosto de 2000 establece “Son confidenciales los datos sobre los hechos cometidos por los adolescentes infractores sometidos a proceso. En todo momento debe respetarse el derecho a la imagen e identidad del adolescente. El procedimiento judicial a los adolescentes infractores es reservado. Asimismo, la información brindada como estadística no debe contravenir el Principio de Confidencialidad ni el derecho a la privacidad”.

Las mismas razones han llevado a establecer en la Regla 21 de Beijing que “*Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas. 2. Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente*”. Las personas autorizadas son los servicios de policía, Ministerio Fis-

---

<sup>32</sup> Vid. Carranza/Cuarezma Terán: “Garantías básicas de carácter penal, procesal pena y de ejecución en la justicia penal de adolescentes del Código de la Niñez y la Adolescencia en Nicaragua”, en *Revista Penal, Praxis*, n° 5., 2000, p. 18. El art. 54 del proyecto de Uruguay establece y establece unas infracciones para “Los funcionarios públicos que faciliten noticias a la prensa, en contravención a lo dispuesto en el inciso anterior, serán pasibles de una suspensión de diez días con pérdida de haberes la primera vez, y un mes por la siguiente. La tercera infracción dará lugar a la destitución. La infracción será comunicada preceptivamente a la institución a que pertenece, con transcripción de las normas” y para los medios de comunicación que infringieron lo dispuesto, se establece “una multa, a juicio del Juez”.

cal y otras autoridades que deben tener conocimiento para aumentar la vigilancia o para proteger los intereses del delincuente y, finalmente, también se consideran autorizados los investigadores. En la legislación penal española, la referencia a este secreto se contiene en la Disposición adicional tercera de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, sin que precise como debiera que los antecedentes por delitos cometidos por un menor no tienen virtualidad alguna en su mayoría de edad<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Dice esta Disposición *"En el Ministerio de Justicia se llevará un registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuyos datos sólo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal a efectos de lo establecido.."* en la Ley de Protección de Datos de Carácter personal.

# Garantías básicas de carácter penal, procesal penal y de ejecución en la justicia penal de adolescentes del Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua

Elías Carranza  
Director del ILANUD

Sergio J. Cuarezma Terán<sup>1</sup>  
Catedrático de Derecho Penal y Criminología  
Universidad Politécnica de Nicaragua

## I. Introducción

El Estado de Nicaragua, ratificó y aprobó en 1990 la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y la Constitución Política, artículo. 71, reconoce la plena vigencia y efectividad de la misma, la incorpora como parte del texto constitucional. En este sentido el Estado de Nicaragua asumió la responsabilidad y el compromiso de adecuar su ordenamiento jurídico a partir de los preceptos de la Convención y, a su vez, crear una legislación especial para la niñez y la adolescencia desde un nuevo enfoque representado por la doctrina de la protección integral: reconocer a la niña, niño y adolescente como sujeto social y sujeto de derecho, y la garantía de su pleno ejercicio y desarrollo.

El reconocimiento sin reservas en el ámbito constitucional de la Convención reforzó la necesidad de reformar el ordenamiento jurídico nicaragüense relativo a la niñez y adolescencia y asimismo adecuar la Convención conforme a la realidad del país, tomando en cuenta que el interés superior de las niñas, niños y adolescentes es el norte de cualquier intento de reforma.

La plena vigencia que adquirió la Convención por medio de la Constitución Política creó una ambigüedad jurídica con relación a las leyes vigentes, tanto

---

<sup>1</sup> Co-autor del Código de la Niñez y la Adolescencia de la República de Nicaragua, y autor del Libro III, del Sistema de Justicia Penal Especializada del Adolescente del mismo Código.

en su fundamento ideológico como en su letra. Por un lado, una legislación basada en la doctrina de la situación irregular (tuteladora y represiva), y, por el otro lado, una legislación que introduce de forma expresa e inequívoca la obligatoriedad del respeto a todos los principios jurídicos de la doctrina de la protección integral (garantista). Situación que fortaleció la obligación inaplazable de reformar el ordenamiento jurídico nicaragüense en este tema. Así, el 27 de mayo de 1998 se publicó el *Código de la Niñez y la Adolescencia de la República de Nicaragua*. Entró en vigencia 180 días después de la fecha de su publicación.

Sin duda alguna, la aprobación y entrada en vigencia del *Código de la Niñez y la Adolescencia* supone uno de los logros más importante de la vida social y política de la nación nicaragüense. El *Código* viene a romper con concepciones e instituciones que a lo largo de muchos siglos han venido tratando a la niña, niño y adolescente como objetos inanimados y de forma compasiva. El *Código* supone un nuevo concepto de ciudadanía, la niñez y adolescencia como sujeto de derecho y sujeto social, o sea como seres humanos con derechos, libertades, garantías y responsabilidades. Es un instrumento jurídico importante si se toma en cuenta que describe y regula el principio de igualdad constitucional de forma clara, precisa y con una intensidad singular (art. 27, Constitución Política), además guarda un claro vínculo axiológico con el modelo de Estado Social y de Derecho establecido por la Constitución en el artículo 130.

En esta línea de pensamiento, el *Código de la Niñez y Adolescencia* responde a la necesidad de articulación y conformación del orden social, no limitada al plano de la justicia social en cuanto a los bienes materiales, sino tocando también los bienes culturales. Esta legislación se caracteriza por permitir el libre desarrollo de la personalidad, fundamentándose en la dignidad humana y actualizando el ordenamiento jurídico de forma tal que se haga efectiva la igualdad constitucional.

El Código reconoce, por primera vez en la historia del país, a la niña y al niño como sujeto de derecho y sujeto social, esto implica una visión nueva para el surgimiento de la condición ciudadana. En este sentido, el concepto de ciudadano aparece en el *Código* con la posibilidad real, práctica, de asunción de deberes y derechos consagrados por la Constitución y las leyes de la República, y por la posibilidad adicional de modelar y construir de forma segura esos derechos de cara a corto, mediano y largo plazo.

Por otra parte, con la promulgación del *Código de la Niñez y la Adolescencia* se inicia en Nicaragua además un proceso de implementación de la nueva Justicia Penal de Adolescentes Especializada que transforma radicalmente el derecho penal tutelador o proteccionista, fundamentado en un sistema de



arbitrariedad e impunidad, por una nueva filosofía basada en la responsabilidad del adolescente, pero con garantías.

El *Código de la Niñez y la Adolescencia* está integrado por tres Libros. El *Libro Primero* recoge los principios fundamentales, derechos y deberes de las niñas, niños y adolescentes. En cada uno de los capítulos de este primer libro se abordan los derechos civiles, sociales y políticos de modo acorde a la Constitución Política. Un capítulo de suma importancia es el dedicado a la convivencia familiar y el papel que juega la familia dentro de lo que es la protección integral de la niñez y la adolescencia.

El *Libro Segundo* establece la protección especial dirigida a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de riesgo, amenaza o de violación a los derechos establecidos en el *Libro Primero* y que son reconocidos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Estas políticas de protección especial están dirigidas a los niños, niñas y adolescentes cuando sufran abusos o negligencias, carezcan de familia, se encuentren refugiados en otros países, sean víctimas de conflictos armados, se encuentren en centros de protección o de abrigo; cuando trabajen y sean explotados sexualmente y/o económicamente, cuando sean adictos a sustancias tóxicas o psicotrópicas; cuando se encuentren en total desamparo, deambulen en las calles, sufran algún tipo de lesión y cuando las adolescentes se encuentren embarazadas o estén en cualquier situación que restrinja sus derechos.

En este *Libro*, la protección especial se establece como un conjunto de medidas preventivas y restrictivas; dirigidas principalmente a la familia, los establecimientos, medios de comunicación, empleadores y a otras instancias vinculadas con la niñez, referidas a prohibiciones para regular el acceso de niñas, niños y adolescentes a determinados centros, entre otros el suministro de bebidas alcohólicas, sustancias tóxicas, entre otras.

El *Libro Tercero* plantea un nuevo modelo de justicia penal de adolescentes de "responsabilidad con garantías", cuyas características serían las siguientes: Un mayor acercamiento a la justicia penal de adultos, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales; refuerzo de la posición legal de los adolescentes con mayor responsabilidad; la atribución de responsabilidad penal (atenuada) de los actos delictivos que realicen; limitar al mínimo indispensable la intervención de la justicia penal; una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basada en principios educativos y la reducción de sanciones privativas de libertad; reconocimiento de los derechos e intereses de la víctima como parte en el proceso penal y una mayor atención de la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación de la víctima de la

sociedad y conservar para los adolescentes los principios educativos que en «teoría» han presidido las legislaciones en esta materia (atención prioritaria a las necesidades personales, familiares y sociales del adolescente).<sup>2</sup>

Las características y principios de ese *Libro*, son resultado de una investigación sobre el aspecto jurídico y sociológico del Sistema de Justicia Penal Juvenil de Nicaragua. Esta investigación se desarrolló, para el caso de Nicaragua, dentro del Proyecto de Investigación “Derechos Humanos: niños, niñas y adolescentes privados de libertad en América Latina” que, con la colaboración de las Comunidades Europeas, ejecutó el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente ILANUD, bajo la dirección científica del Lic. D. Elías Carranza, con actividades en diez países, a saber: Argentina (Provincia de Santa Fe), Costa Rica, España, Guatemala, Honduras, Italia, México, Nicaragua, Panamá y El Salvador.

La investigación sociológica contiene importante información sobre el Sistema de Justicia Juvenil y sobre los niños, niñas y adolescentes infractores que con motivo de su accionar; se agrega además historias de los casos-tipo de mayor frecuencia.

De esta investigación surgió un resultado contundente que viene a ser un común denominador de todos los países latinoamericanos y europeos sin excepción; es que la Justicia Penal Juvenil (como toda la Justicia Penal) criminaliza y sanciona muy desproporcionadamente a los sectores poblacionales más pobres. En sociedades con muy desigual distribución de la riqueza y el bienestar, también la Justicia Penal distribuye muy equitativamente las sanciones y frecuentemente reacciona con respuestas penales a problemas sociales.

De la investigación jurídica se desprende –al igual que de las investigaciones de todos los países latinoamericanos participantes en el proyecto– que la legislación tutelar tradicional ignora las garantías fundamentales de la Justicia Penal reconocidas ahora explícitamente por el Derecho Internacional también para los niños, niñas y adolescentes desde la sanción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

## II. Sujeto de la Justicia Penal Especializada

En la mayoría de los ordenamientos dentro del ámbito del Derecho Privado, la minoridad se configura como incapacidad de actuar, al igual que la ausencia de capacidad cognoscitiva y volitiva causada por motivos de salud. Casi

---

<sup>2</sup> Carranza y Cuarezma Terán, Bases para la Nueva Legislación Penal Juvenil, 1996, p. 21

todas las legislaciones latinoamericanas fijan la mayoría a los 18 años, edad coincidente con la edad requerida para emitir el sufragio.

Sin embargo, en general en el ámbito penal, la capacidad de reproche no coincide en los países con la mayoría civil.

La doctrina cree conveniente fijar una sola edad para todos los efectos jurídicos en el ámbito del Derecho Público y del Derecho Privado, ya que, como expresa Zaffaroni «No resulta lógico que una sociedad exija deberes y responsabilidad antes que reconozca derechos»<sup>3</sup>.

Debe también fijarse una edad mínima debajo de la cual «la justicia no debería intervenir nunca, aún en el caso de tratarse de autores de delitos graves»<sup>4</sup>.

No existe consenso sobre esa edad mínima. Es necesario tener en cuenta que el menor que sobrepase ese tope tendrá que ser considerado responsable judicialmente, por lo tanto, esa edad tendrá que ser compatible con un desarrollo adecuado para asumirla.

Respecto a la edad de la responsabilidad penal, antes de la entrada en vigencia del *Código de la Niñez y la Adolescencia*, no existía un criterio claro.

La Constitución Política expresa que los menores no pueden ser sujetos ni objeto de juzgamiento ni sometidos a procedimiento judicial alguno; también, y en especial, los menores transgresores no pueden ser conducidos a los centros de readaptación penal y serán atendidos en centros bajo la responsabilidad del organismo especializado. Y deja que una Ley —especial— regule esta materia (art.35).

Por su parte, la Ley Tutelar de Menores entendía por menor a toda persona que no hubiera cumplido los quince años de edad, cualquiera que sea la situación jurídica que se encontrara y en caso de duda (*In dubio pro reo*) acerca de la edad de una persona a quien se puede presumir menor, se le consideraría provisionalmente como tal y quedaba amparada por las disposiciones de dicha Ley, mientras se comprueba su edad (Art. 2). Toda persona que no haya cumplido los quince años de edad, expresaba la Ley Tutelar de Menores, era inimputable de delito y sólo estará sujeta a las disposiciones de la presente Ley (Art. 8).

<sup>3</sup> Zaffaroni. *Los Menores y la Ley*, 1990, p. 9

<sup>4</sup> Giménez Salinas y González Zorilla. *Jóvenes y cuestión penal en España*, 1993, p. 23

El Código Penal establecía la mayoría para la responsabilidad penal en quince años no cumplidos, y la inimputabilidad por debajo de aquella edad, sin embargo establecía dos tipos de criterios respecto a los inimputables: Primero, eximía completamente (inimputabilidad absoluta) al menor de diez años y, segundo, eximía parcialmente (inimputabilidad relativa) al mayor de diez años y menor de quince, a no ser que constare hubiere obrado con discernimiento (Art. 28, 2 y 3). Este criterio quedaba sujeto al dictamen - por lo general- de un psiquiatra forense (o en el peor de los casos, un médico general habilitado para tal efecto) que determinaba si el menor pudo haber actuado o no con discernimiento en un hecho punible, situación que podría crear en casos de delitos similares cometidos por menores de igual edad (por ejemplo, 11 años) dictámenes dispares, declarando inimputables a unos y responsables a otros —y de hecho se dieron muchos casos—. Este criterio de inimputabilidad relativa, como puede observarse, en múltiples situaciones desembocaba en resoluciones o decisiones materialmente injustas, ya que las fronteras de la responsabilidad penal (lo inimputable y lo imputable) no estaban trazadas con claridad y seguridad. El *Código de la Niñez y la Adolescencia* resuelve estas imprecisiones.

El *Código* crea, en su *Libro Tercero*, un Sistema de Justicia Penal Especializada para adolescentes, contrapuesto al sistema procesal penal de adultos, articulando y desarrollando el mandato constitucional de que los menores «serán atendidos en centros bajo la responsabilidad de organismos especializados» (Art. 35 Constitución Política). El Sistema de Justicia Penal Especializada nace, pues del propio concepto y modelo constitucional de la atención especializada al adolescente infractor de la Ley Penal.

También establece a qué personas se les aplicará esta Justicia Penal Especializada, determinando los límites de la edad de forma precisa y clara respecto de quienes son responsables o imputables penalmente: «los comprendidos entre la edad de 13 años cumplidos y los 18 no cumplidos». Y delimita quiénes no son responsables o inimputables penalmente y, por tanto, no están sujetos a este Sistema de Justicia Penal Especializada: «*las niñas y niños menores de 13 años*».

En este caso, cuando las niñas y niños que no hayan cumplido los 13 años de edad cometan algún delito (por ejemplo, una niña de 11 años que diere muerte a otra persona) están exentas de responsabilidad penal, no obstante la responsabilidad civil queda a salvo, pudiendo ser ejercida por la víctima o por el ofendido ante los tribunales de justicia correspondientes. Por su parte el Juez Penal de Distrito de Adolescente remitirá el caso al órgano administrativo correspondiente con el fin de que se le brinde protección integral, y vigilará a la autoridad administrativa para que se respeten los derechos, libertades y garantías de los mismos. Además se prohíbe aplicarles, por ningún

motivo, cualquier medida que implique privación de libertad. De esta forma, queda salvo el precepto constitucional «de que los menores no pueden ser sujeto ni objeto de juzgamiento ni sometidos a procedimiento judicial alguno» (Art. 35 Constitución Política), la categoría de inimputables absolutos, ya que para los adolescentes mayores de 13 años y de 18 años no cumplidos el Sistema de Justicia Penal Especializada crea órganos e instituciones especializadas para su juzgamiento y reinserción social, conforme al mandato constitucional (Art. 35 Constitución Política).

Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Esta misma Convención establece que los Estados que formen parte tomarán las medidas para el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales (Art. 40 inc.3 b).

En este sentido las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas (Reglas de Beijing) dicen que menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto (Art. 2 inc.2.2.a). Y sigue diciendo en su articulado que corresponderá a cada sistema jurídico nacional fijar las edades mínimas y máximas a estos efectos, respetando así cabalmente los sistemas económico, social, político, cultural y jurídico de los Estados Miembros.

### **III. Garantías de carácter penal**

Toda Ley Penal que pretenda denominarse o adjudicarse el calificativo de democrática debe respetar determinados principios que constituyen el camino para darle vigencia al catálogo de garantías que deben imperar a lo largo de todo el Derecho Penal. Dichos principios fundamentalmente son los de Culpabilidad, de Legalidad y de Humanidad.

#### **1) Principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*).**

Este principio significa que la pena criminal debe sólo fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor. Del Principio de Culpabilidad se desprende, en primer lugar, que toda pena supone culpabilidad, de modo que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad (exclusión de la responsabilidad por el resultado) y, en segundo lugar, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (medición de la pena dentro del marco máximo de la culpabilidad)<sup>5</sup> (Jescheck 1981: 30).

<sup>5</sup> Jescheck, Tratado de Derecho Penal, T. I, 1981, p. 30

El Derecho Penal de Culpabilidad debe completarse, para mayor garantía, con el concepto de «culpabilidad por el hecho», que es el único respetuoso de los derechos humanos. Entendemos por culpabilidad por el hecho aquel principio que se opone a la «culpabilidad de autor», lo que significa que no deberá considerarse otra cosa que el hecho delictivo

La investigación realizada por Bacigalupo<sup>6</sup>, titulada Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley penal en América Latina pone de manifiesto que la mayoría de los sistemas de nuestra región responden al modelo de culpabilidad de autor.

Este principio significa que no hay pena sin culpabilidad y que la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad, normal o disminuida.

Autores, como Mir Puig<sup>7</sup>, asignan al concepto de culpabilidad, desde la óptica del Derecho Penal, una triple significación. Por un lado se considera como fundamento de la pena, que se refiere a que si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico, para ello es necesario la presencia de varios elementos; estos son capacidad de culpabilidad, tener conocimiento del acto antijurídico y que la conducta sea exigible. Por otro lado, la culpabilidad como elemento de la graduación de la pena, asignándola en su función limitadora, es decir, que la pena no sobrepase la medida de culpabilidad. Por último, la culpabilidad se utiliza como lo contrario a la responsabilidad por el resultado, el cual impide la atribución a su autor de un resultado previsible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo, imprudencia o a una combinación de ambas.

En este sentido Luzón Peña<sup>8</sup> apunta que en el aspecto funcional de este principio está conectado a los de necesidad, eficacia y proporcionalidad. Pues si un sujeto no es culpable al cometer un hecho, es innecesaria la pena para la prevención general, ya que su impunidad no afecta a la intimidación frente a los sujetos normales, y es comprendida por la sociedad; además la prevención general es ineficaz frente a los inculpables. En caso de disminución de la culpabilidad, disminuye gradualmente la necesidad y también la eficacia de la prevención general.

Luzón Peña<sup>9</sup> señala que desde la perspectiva político-constitucional, el Principio de Culpabilidad tiene la significación indicada de los principios conexos de necesidad, eficacia y proporcionalidad, especialmente es una plasmación

---

<sup>6</sup> Bacigalupo, Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores, 1983, p. 61

<sup>7</sup> Derecho Penal, Parte General. 1996, p. 95

<sup>8</sup> Curso de Derecho Penal, Parte General I, 1996, p. 86

<sup>9</sup> Curso de Derecho Penal, Parte General I, 1996, p. 86

del Principio de Igualdad, que prohíbe tratar igual a los culpables que a los inculpables.

La Ley Tutelar de Menores estaba estructurada conforme a la culpabilidad del autor, no consideraba al menor sujeto de derecho, sólo sujeto u objeto de tutela o protección, por tanto la idea que prevalecía era «protegerlo de sus propias acciones». O sea, presumía que el menor es autor de los hechos en los que se ve involucrado, por su condición de inmadurez psicológica. Partía de que el menor es culpable de la comisión de un delito por el hecho de que es menor, y no de que si realmente participó o no en el hecho punible (la Ley Tutelar de Menores no solo conocía de los delitos y faltas atribuidas a menores, sino de abandono, peligro o desviación moral); la Ley Tutelar de Menores daba por sentado la participación del menor en el hecho transgresional. Por tanto, el menor no gozaba del derecho constitucional del adulto: «a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley».

Por otra parte, la Ley Tutelar de Menores estaba construida, bajo el modelo de Derecho Penal de Autor y no con la concepción de Derecho Penal de Acto garantizado al adulto. Esta verificación se prescribe en el texto del artículo 42 de la Ley Tutelar de Menores: «Con los datos recabados, el Director Tutelar dictará su resolución, atendiendo preferentemente más a la persona del menor que la gravedad del hecho transgresional». Por ejemplo, cuando un menor no habiendo cometido actividades transgresionales de la ley penal, por sus actos (personales) demostraba una disposición habitual para el mal (Derecho Penal de Autor) y significaba un peligro para los demás (art.24,b, Ley Tutelar de Menores), era puesto a la disposición del Director Tutelar de Menores, el cual podía dictar las medidas necesarias de protección al menor (art.26 Ley Tutelar de Menores).

La gravedad de que la Ley Tutelar de Menores (o cualquier otra ley) estuviera fundamentada en el modelo del Derecho Penal de Autor radica en que éste, como sabemos, se basa en cualidades o características personales imprecisas e incapaces de limitar el poder punitivo del Estado (concepción totalitaria)<sup>10</sup>. Solo el Derecho Penal del Acto puede ser limitado democráticamente. Éste es, precisamente, el modelo que adopta el *Código de la Niñez y la Adolescencia*, el Derecho Penal del Acto, al adolescente lo juzgarán y (si es responsable) lo sancionarán por el acto que cometió (por ejemplo, un homicidio), y no por el hecho de ser un adolescente o tener características que «presuman» ser peligroso (en circunstancias especialmente difícil: po-

---

<sup>10</sup> Sobre este particular, Luzón Peña, Diego-Manuel. *Iniciación a la Teoría del Delito*, 1995, p. 33 ss; del mismo autor, *Curso de Derecho penal, Parte General I*, 1996, p. 234 ss.

breza, desamparo, indigencia) tanto para la comunidad, como lo fundamentaba la doctrina de la situación irregular o ideología tutelar.

El *Código de la Niñez y la Adolescencia* establece que el adolescente tiene derecho «a que se le presuma inocente hasta tanto no se le compruebe mediante sentencia firme, por los medios establecidos en el propio Código u otros medios legales, los hechos que se le atribuyen» (art. 101 inc. c).

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra que toda persona inculpada de delitos tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (art.8 inc.2).

En este mismo sentido la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño consagra la presunción de inocencia (art.40 inc.2 i).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establece que menor delincuente es todo joven al que se le ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito (art.2.2.c). En lo referente a la proporcionalidad entre culpabilidad y sanción, establece que el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito (art.5 inc. 1).

En el comentario al artículo, las Reglas expresan que «el segundo objetivo es el Principio de la Proporcionalidad», principio que consideramos también derivado del Principio de Culpabilidad.

## **2) Principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*):**

La doctrina ha establecido que sin una ley que lo haya declarado previamente punible, ningún hecho puede merecer una pena del Derecho Penal. Este principio implica, además, para la mayoría de los autores contemporáneos, la prohibición de la interpretación analógica, la prohibición de la creación de tipos penales por medio del derecho consuetudinario y la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal.

Es una característica de las leyes tutelares de menores referirse por un lado a la calificación de las infracciones por medio de las conductas tipificadas en los códigos penales, y por otro, ampliar la competencia de los jueces a otros comportamientos no tipificados que puedan considerarse problemáticos, con lo cual, el Principio de Legalidad pierde vigencia. Sería importante en este punto, lo siguiente: «enjuiciar al menor sólo por hechos constitutivos de delitos, pero no por todos los hechos constitutivos de delitos para los adultos.



Especialmente en este campo tendrá que entrar en juego el principio de oportunidad, que supone la no intervención penal cuando la escasa relevancia social del hecho o las específicas condiciones del menor hagan innecesaria o perjudicial, para su desarrollo psicoeducativo, la adopción de cualquier tipo de sanción»<sup>11</sup>.

En lo referente a la legalidad de las medidas, en este punto en materia de menores, es correcto que se manejen una serie de alternativas, pero teniendo en cuenta que su aplicación debe basarse en la gravedad del delito y en las condiciones personales del menor, tomando en cuenta la finalidad educativa de las mismas. De donde se derivará que la privación de libertad será excepcional, y siempre como último recurso. En este sentido Giménez Salinas y González Zorrilla sostienen que «adecuar la respuesta penal a la fase evolutiva de adolescentes y jóvenes, supone contar con un catálogo de sanciones (siempre determinadas en el tiempo), amplias, flexibles, dotadas de contenido educativo y susceptibles de ser llevadas a cabo en el propio medio del menor; supone por último estimular y potenciar la participación social en la adopción y ejecución de las sanciones adoptadas, a fin de lograr limitar los procesos de exclusión social y facilitar los procesos de autoafirmación e inserción social de los jóvenes»<sup>12</sup>.

Para Luzón Peña<sup>13</sup> el Principio de Intervención Legalizada o de Legalidad sirve para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal, entendiéndose actualmente como un principio fundamental del Derecho Penal. Este principio supone al mismo tiempo un freno que decida acabar a toda costa con la criminalidad movida por razones defensistas o resocializadoras radicales, y sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiendo sanciones no reguladas en ninguna ley.

El Principio de Legalidad se expresa en su ámbito formal con el aforismo «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», procedente de Beccaria y Feuerbach, el cual supone que sólo la ley previa aprobada por la soberanía del Parlamento puede definir las conductas que se consideran delictivas y establecer sus penas.

Posteriormente se ha ampliado el Principio de Legalidad Penal a la previsión legal de los estados peligrosos y las medidas de seguridad. Esta garantía, de carácter formal, tiene un claro fundamento político-constitucional, proveniente de la Ilustración y de su Teoría de la División de Poderes, y se concibe como una garantía de libertad, certeza y seguridad jurídica del ciudadano;

<sup>11</sup> Giménez Salinas y González Zorrilla. Jóvenes y cuestión penal en España, 1983, p. 25

<sup>12</sup> Giménez Salinas y González Zorrilla. Jóvenes y cuestión penal en España, 1983, p. 25

<sup>13</sup> Curso de Derecho Penal, Parte General I, 1996, p. 81

encajando en las exigencias del Estado Democrático y de Derecho, en cuanto que ha de ser el Poder Legislativo representante del pueblo y única instancia legitimada para decidir sobre la creación o agravación de la responsabilidad penal.

Luzón Peña<sup>14</sup> expresa que el Principio de Legalidad también se puede derivar indirectamente del fundamento funcional de la necesidad del Derecho Penal para prevenir el delito; a su vez implica el denominado principio de eficacia o idoneidad, pues el Principio de Legalidad contribuye notablemente a la eficacia de la prevención general. Al respecto señalaba Feberbach que para que pueda producirse la coacción psicológica de las amenazas penales sobre los potenciales delincuentes, es preciso que tanto el delito como la pena aparezcan claramente definidos en la ley escrita.

Las garantías que se derivan del Principio de Legalidad hacen referencia a dejar claramente establecido el órgano competente para realizar ese control y el contenido del mismo y, asimismo adoptar las disposiciones adecuadas para la ejecución de las medidas u órdenes que dicte la autoridad competente u otra distinta si las circunstancias así lo exigen.

El Principio de Legalidad comprende las siguientes garantías: una *garantía criminal*, que requiere que el delito se encuentre determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*); una *garantía penal*, cuyo requisito es que la ley establezca la pena en correspondencia al hecho (*nulla poena sine lege*); una *garantía judicial*, la cual exige que tanto la existencia de un delito como la composición de la pena sean determinados por una sentencia judicial; por último requiere de una *garantía de ejecución*, que implica que la pena ejecutada se debe hallar sujeta a una regulación legal. Estas medidas también son exigibles en lo que concierne a las medidas de seguridad.

Asimismo, a la norma jurídica que establece estas garantías, se le imponen ciertos requisitos: *Lex praevia* (Ley previa), lo cual implica la prohibición de la retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición; *Lex scripta* (Ley escrita), que excluye la costumbre como posible fuente de delitos y penas y, generalmente, que la norma escrita tenga la categoría de ley como emanación del Órgano Legislativo; por último, la *Lex stricta* (Ley estricta), cuya característica excluye la analogía cuando ésta sea perjudicial al reo, y a la vez, exige que la ley establezca, en forma precisa y concreta, las diversas conductas punibles y las penas respectivas.

La Ley Tutelar de Menores es una Ley de carácter tuteladora y protectora, la cual se ejecutaba a través de las acciones de protección, prevención y co-

---

<sup>14</sup> Curso de Derecho Penal, Parte General I, 1996, p. 81

rrección, sin garantías (art.4, 1,2,3 Ley Tutelar de Menores). Su competencia privativa no sólo era la de conocer de los delitos y faltas atribuidas a menores, sino de abandono, peligro o desviación moral; su competencia iba más allá de hechos tipificados y punibles por la Ley, lo que vulneraba sin reservas el Principio de Legalidad (art.34 núm., 11 Constitución Política).

Por ejemplo, cuando un menor; no habiendo cometido actividades transgresionales expresadas en ley penal (delito o falta), sin embargo por sus actos demostraba una disposición habitual para el mal siendo un peligro para los demás (art.24, b, Ley Tutelar de Menores), era puesto a la disposición del Director Tutelar de Menores, pudiendo éste dictar las medidas necesarias de protección (art.26 Ley Tutelar de Menores), las cuales afectaban sin duda la libertad individual y seguridad jurídica del menor. Dichas medidas eran de naturaleza predelictivas y, por tanto, inconstitucionales. El *Código de la Niñez y la Adolescencia* elimina de tajo semejante abuso, al establecer que «en ningún caso la falta de recursos materiales de las madres, padres o tutores, será causa para declarar la suspensión o pérdida de las relaciones parentelas o de tutela» (art. 22).

En relación al Principio de Legalidad y las medidas (*nullum poena sine lege*) que podía dictar el Director Tutelar tenemos que, además de las expresamente citadas (art.48, 1º a 8º Ley Tutelar de Menores) como la amonestación; libertad vigilada; colocación familiar, etc., podía imponer «cualquier otra medida que creyere conveniente para la salvaguarda de los derechos del menor» (art.48, 9º). El Principio de Legalidad perdía toda su eficacia. O mejor expresado, se vulneraba el Principio de Legalidad en su aspecto fundamental de garantía penal (la exigencia que la Ley señale inequívocamente la pena al hecho concreto) y, además, los requisitos de la norma jurídicopenal en sus exigencias de *lex praevia* (prohibición de la retroactividad), *lex scripta* (exclusión de la costumbre) y *lex stricta* (exclusión de la analogía).

El *Código de la Niñez y la Adolescencia* construye con nitidez el principio de legalidad a lo largo y ancho de su texto, y termina con muchos años de abuso y violación de los derechos humanos de los adolescentes al expresar que «ningún adolescente puede ser sometido a proceso ni condenado por un acto u omisión que al tiempo de producirse, no esté previamente tipificado en la Ley Penal de manera expresa e inequívoca como delito o falta, ni sometido a medidas o sanciones que aquella no haya establecido previamente» (art. 103). Esto significa, que conforme al *Código de la Niñez y la Adolescencia* el adolescente será procesado y condenado sólo por un hecho que realmente sea delito según el Código Penal y las Leyes Penales Especiales.

Así, en la Convención Americana de los Derechos Humanos se expresa que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de

cometerse no fueren delictivas según el Derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella (art.9).

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, encarcelamiento o prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (art.37 inc.b)

Asimismo establece que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes por actos u omisiones que no estén prohibidos por leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron (art.40 inc.2 a).

En las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), se define que delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate (art.2 inc. 2 b). También dice que las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible, imponiendo la privación de libertad personal solo en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada (art.17 inc. 1 b y 1 c). Asimismo establece que para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión.
- b) Libertad vigilada.
- c) Órdenes de prestación de servicios a la comunidad.
- d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones.
- e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras órdenes de tratamiento.
- f) Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas.
- g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida y otros establecimientos educativos.
- h) Otras órdenes pertinentes. (art.18 inc. 1)

En el comentario de las mismas reglas a este artículo se dice que los ejemplos citados en la regla 18.1. tienen en común, ante todo, el hecho de que se

basan en la comunidad y apelan a su participación para la aplicación efectiva de resoluciones alternativas. Las correcciones aplicadas en la comunidad son una medida tradicional que asume en la realidad múltiples facetas. Por ello debería alentarse a las autoridades pertinentes a que prestaran servicios de base comunitaria.

También establece que el confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible (art.19).

### 3) Principio de humanidad

Este principio, según Jescheck «impone que todas las relaciones humanas que el Derecho Penal hace surgir en el más amplio sentido se regulen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el delincuente, de una disposición a la ayuda y asistencia y de una decidida voluntad de recuperación del condenado»<sup>15</sup>. De este principio se deriva la abolición de las penas crueles y degradantes, y en el caso específico de los menores, la prohibición de la pena de muerte.

La Constitución Política consigna el Principio de Humanidad; sin embargo, con la Ley Tutelar de Menores perdía su eficacia y resultara inaplicable en la medida que el Director Tutelar estaba facultado para dictar «cualquier medida» de protección «necesaria» al menor cuando su conducta pueda poner en peligro a los demás. Es decir, la Ley Tutelar de Menores y su reglamento tenían muchas formas de enmascarar posibles actuaciones contrarias (consientes o inconscientes) a la dignidad del menor.

La propia Ley Tutelar de Menores (art.6) expresaba que «el Estado -por medio del Director Tutelar- ejercerá las funciones propias de un buen padre de familia y las medidas que se adopten no se considerarán como sanciones, sino como medidas correccionales o de reeducación social». Esto significaba que el menor estaba expuesto a cualquier medida, sea legítima o ilegítima, y debía conformarse con su aplicación y considerarlas no como sanciones, sino como medidas correccionales o de reeducación social; o, lo que es lo mismo, como buenas, idóneas, benévolas, bondadosas, humanas, provechosas, útiles, correctas, etc., ya que, según la Ley, las determinaba un buen padre de familia llamado Estado.

En un Estado Democrático y Social de Derecho, como el que consagra y proclama la Constitución Política (art.7 y 130) lo anterior es inadmisibles. El *Código de la Niñez y la Adolescencia* corrigió este grave hecho, definiendo

---

<sup>15</sup> Jescheck, Tratado de Derecho Penal, 1981, p. 35

de forma inequívoca las sanciones, tiempo de duración y formas de ejecución de las mismas, garantizando el respeto a la dignidad del adolescente.

Así, el texto refiere que el adolescente tiene derecho a ser tratado con el respeto a la dignidad inherente al ser humano que incluye el derecho a que se proteja su integridad personal, a que toda medida que se le imponga tenga como fin primordial su educación, a que toda limitación, privación o restricción de sus derechos, libertades y garantías, sea ordenado judicialmente, a no ser ingresado a una institución sino mediante orden escrita del juez competente, como medida excepcional y por el tiempo más breve posible (art. 101, inc. a, g,h,i,) y que durante la investigación, la tramitación del proceso y la ejecución de las medidas, se le respetará el derecho a la igualdad ante la ley, a igual protección y a la no discriminación por ningún motivo (art. 102). También, que no puede ser sometido a detención, encarcelamiento o prisión arbitraria o ilegal, ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley, con arreglo a un procedimiento legal y por la orden de autoridad competente; ni a ser limitado en el ejercicio de sus derechos, libertades y garantías más allá de los fines, alcances y contenido de cada una de las medidas que se le deban de imponer, de conformidad a la Justicia Penal Especial del Adolescente (art. 103).

Para Luzón Peña<sup>16</sup> el Principio de Humanidad significa una progresiva tendencia a la humanización de las sanciones penales haciéndolas menos duras en duración y en contenido, así el sujeto que cumple una pena no será aislado totalmente de la sociedad, sino que se le proporcionen los medios adecuados para reincorporarse a la misma.

Por ello en los actuales Estados Democráticos y Sociales de Derecho no sólo se prohíben las penas y medidas inhumanas o degradantes, que son incompatibles con la garantía constitucional de la dignidad personal, especialmente las penas corporales, sino que se marca una paulatina reducción del contenido aflictivo de las sanciones y un intento de compatibilizarlas en lo posible con el máximo disfrute de derechos del condenado, cuya restricción no sea imprescindible para el fin de las sanciones.

Este principio se conecta con los de necesidad, subsidiariedad y eficacia, con su significado político-constitucional, ya que las sociedades evolucionan hacia una mayor sensibilidad permitiendo sanciones menos duras que sean eficaces para la prevención general. Así el principio de resocialización permite al recluso participar de la vida en sociedad, sin privársele de su dignidad, propio de un Estado Social y Democrático.

---

<sup>16</sup> Curso de Derecho Penal, Parte General, 1996, p. 89

La Convención Americana de Derechos Humanos establece que no se impondrá la pena de muerte a personas que en el momento de la comisión del delito tuvieran menos de 18 años de edad o más de 70... (art.4 inc. 5). Asimismo dice que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art.5 inc. 2).

En igual sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dice que ningún niño será sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad (art.37 inc. a). Continúa expresando en su articulado que todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular; todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas salvo en circunstancias excepcionales.

Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establece que la justicia de menores se ha de concebir como una parte importante del proceso de desarrollo de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad (art.1 inc. 4). Las mismas reglas dicen que los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital y que los menores no serán sancionados con penas corporales (art.17 inc. 2 y 3).

#### **IV. Los principios del debido proceso que fundamentan la Justicia Penal Especializada de Adolescente**

El proceso que establece el Sistema de Justicia Penal Especializada modifica integralmente el sistema procesal vigente del país (de naturaleza inquisitiva, escrito y secreto<sup>17</sup>), incorporando no sólo un sistema moderno de justicia penal, sino desarrollando por primera vez las garantías mínimas del procesado establecidas en la propia Constitución Política. Los principios que fundamentan el procedimiento son, entre otros, principio de jurisdiccionalidad, del contradictorio, de inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, principio de impugnación, de legalidad del procedimiento, publicidad del proceso, de intermediación y de oralidad.

---

<sup>17</sup> Ver de forma amplia Cuarezma Terán, Código de Instrucción Criminal, 1997, p. 213 ss.

## 1) Principio de jurisdiccionalidad

Si el adolescente es sujeto del Derecho Penal aplicable a través de una justicia especializada, este órgano debe reunir todos los requisitos que son esenciales a la jurisdicción: juez natural e independencia e imparcialidad del órgano.

Debe tratarse de jueces especializados, que cuenten con la debida asesoría en el plano no jurídico y como sostiene Andrés Ibáñez, «actuando en función realmente jurisdiccional, es decir, de «tercero» respecto del sujeto que formula la imputación y del destinatario de la misma y su defensa»<sup>18</sup>.

Es decir, el Principio de Jurisdiccionalidad establece que si el menor es sujeto de derecho penal aplicable por medio de una justicia especializada, ésta debe reunir todos los requisitos que son esenciales a la jurisdicción: juez natural e independencia e imparcialidad del órgano. De tal que actúen en función de «tercero» respecto del sujeto que formula la imputación y del destinatario.

Como advierten Carranza y Maxera, hay países en que los tribunales para menores de edad son administrativos, dependiendo del Ejecutivo, con lo que este principio no se cumple. En otros, en los que son tribunales del Poder Judicial, la indiferenciación de los roles procesales, propia del derecho «*tutelar*» tradicional, hace que tampoco se cumpla a cabalidad con este requisito.

En este caso, el *Código* expresa que los delitos y faltas cometidos por adolescentes serán conocidos y resueltos, en primera instancia, por los Juzgados Penales de Distrito de Adolescentes y, en segunda instancia, por los Tribunales de Apelación. Además, que la Corte Suprema de justicia es competente para conocer de los recursos extraordinarios de Casación y Revisión (art. 112). Los funcionarios a que integran tanto la primera como la segunda instancia deben estar especialmente capacitados en el tema (art. 116).

La Convención Americana de Derechos Humanos se refiere a este principio al decir que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella... (art.8 inc. 1).

Así pues, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño expresa que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho

---

<sup>18</sup> El sistema tutelar de menores como reacción penal, 1986, p. 237; en ese mismo sentido se expresa Zaffaroni, *Sistemas Penales y Derechos Humanos*, 1986, p. 248



a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un Tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción (art.37 inc. d).

Esta misma Convención establece las garantías que los Estados Partes deben proclamar, y dice que todo niño acusado de haber infringido las leyes penales tiene derecho a que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial... Asimismo hace referencia en dicha Convención a la jurisdiccionalidad, reafirmando dicho principio al decir que, en caso de que se considere que ha infringido las leyes penales, a que esta decisión y toda medida impuesta en consecuencia sean sometidas a una autoridad u órgano superior competente, independiente e imparcial.

Este mismo instrumento, al tratar sobre las medidas que los Estados Parte deben propiciar, dice que siempre que sea apropiado y deseable, se ha de llevar a cabo la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales (art.40 inc. 2 y 3b).

En las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) no se encuentra referencia específica a la garantía de jurisdiccionalidad. No así en varios artículos se refiere a «autoridad competente» para dictar sentencia y establece que todo menor cuyo caso no sea objeto de remisión (con arreglo a la regla 11) será puesto a disposición de la autoridad competente (Corte, Tribunal, Junta, Consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo.

Al respecto, las mismas Reglas aclaran que con «autoridad competente» se trata de designar a aquellas personas que presiden cortes o tribunales (unipersonales o colegiados), incluidos los jueces letrados y no letrados, así como las juntas administrativas (por ejemplo, los sistemas escocés y escandinavo), u otros organismos comunitarios y más oficiosos de arbitraje, cuya naturaleza les faculte para dictar sentencia (art.14 inc.1).

Estas mismas Reglas establecen que se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes mencionadas anteriormente, para que los juzgue oficiosamente (art.11.1).

Sin embargo, esa remisión o exclusión del ámbito jurisdiccional estará sujeta al consentimiento del menor o de sus padres o tutor; no obstante, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así lo solicite (art.11.3).

En el comentario al artículo se expresa que la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios alternativos (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela u otras instituciones de control social no institucionales han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo.

## 2) Principio del Contradictorio

El proceso es una relación contradictoria, donde deben estar claramente definidos los distintos roles procesales.

Es característico de los sistemas tutelares el ser inquisitivo. El órgano acusador no existe y el juez actúa en el triple carácter de órgano de acusación, de decisión y revisión<sup>19</sup>. Por otro lado la mayor preponderancia la tienen los dictámenes; si bien son necesarios, no garantizan el contradictorio. Supone además el principio en análisis que debe existir el debido equilibrio entre los sujetos procesales, que en el caso de los menores debe garantizar especialmente:

- a) El derecho a ser oído
- b) El derecho a aportar pruebas, e interrogar personalmente a los testigos.
- c) El derecho a refutar los argumentos contrarios.

Debe además en este caso posibilitarse la necesaria intervención de los representantes legales (padres o tutor) cuando su presencia no contraríe el interés superior del adolescente.

La Ley Tutelar de Menores y su reglamento no prescribían estas garantías al menor. No especificaba si el menor debiese tener defensor, mucho menos especializado; prohibía al menor comunicarse libre y privadamente con su abogado (si lo tuviere) y al derecho de disponer de los medios adecuados para su defensa. El artículo .58 del reglamento de la Ley Tutelar de Menores decía que «podrán» personarse defensores, no decía «deberá» personarse un defensor, ni mucho menos le garantizaba el nombramiento de un defensor de oficio.; además, el artículo citado advierte que «en ningún momento el menor será aconsejado por el Abogado defensor, ni interrogado ni confrontado con el ofendido». No tenía derecho al principio del contradictorio.

Por otro lado, la intervención del menor en el proceso de su investigación, tanto del hecho delictivo como de su conducta peligrosa, no estaba garantizada: se le marginaba, se le excluía. El artículo 59 del citado reglamento

---

<sup>19</sup> En este sentido, Andrés Ibáñez, El sistema tutelar de menores, 1986, p. 227

expresaba, por ejemplo, que el Director Tutelar antes de dictar su resolución final a solicitud de la parte interesada, podría decretar una audiencia privada, sin la presencia del menor para oír a la defensa sobre la situación familiar del menor y de parientes que puedan encargarse del mismo. Se le privaba al menor de ser escuchado y de ser oído.

En otras palabras, la Ley Tutelar de Menores y su reglamento no reconocían tal garantía. Por ejemplo, el artículo 65 Ley Tutelar de Menores planteaba de forma el derecho a la defensa del menor, al expresar que: «Cuando en una causa se personen los abogados defensores podrán presentar las pruebas que estimen convenientes para descargo de los hechos», lo cual significaba que podría haber casos en que no hubiera defensores y no establecía de que forma se le garantizara. Por otro lado, el menor no tenía derecho a comunicarse libre y privadamente con su abogado ni derecho a disponer de los medios adecuados para su defensa, el artículo citado es taxativo al respecto: «en ningún momento el menor será aconsejado por el abogado defensor, ni interrogado o confrontado con el ofendido».

Por su parte, el *Código de la Niñez y la Adolescencia* establece un sistema acusatorio, un proceso justo y oral, la defensoría especializada para los adolescentes, todo ello bajo el concepto del Principio de Contradictorio (art. 101). Todo ello, fundamentado en los instrumentos internacionales de la materia. La Convención Americana de Derechos Humanos dice que, durante el proceso, toda persona tiene derechos, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no halla el idioma del juzgado o tribunal.
- b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.
- c) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (art.8 inc. 2).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño establece varios derechos que se refieren al contradictorio, a saber:

- a) A ser informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o su representante legal, de los cargos que pesan contra él.
- b) A que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley.

- c) A no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable, interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad.
- d) A que el niño tenga la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado (art.40 inc.2, b, II, III, IV, VI).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establecen que se respetarán las garantías procesales básicas en todas las etapas del proceso, como el derecho a que se le notifiquen las acusaciones, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos (art.7 inc. 1).

Asimismo hace referencia al tema cuando dice que todo menor delincuente será puesto a disposición de la autoridad competente (corte, tribunal, junta consejo, etc.), que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo. En el mismo artículo también contempla este principio al establecer que el procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión que permita que el menor participe en él y se exprese libremente (art.14 inc. 1 y 2). Los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor. No obstante, la autoridad competente podrá denegar la participación si existe motivo para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor. (art.15 inc.2).

### **3) Principio de inviolabilidad de la defensa**

Muy relacionado al principio antes mencionado, es esencial la presencia del defensor en todos los actos procesales desde el mismo momento en que al menor se le imputa la comisión de una infracción.

De ahí el derecho a exigir un defensor letrado y la obligación de proveerle un defensor de oficio cuando no tuviere uno particular.

Como todos los funcionarios de la justicia de adolescentes, el defensor tendrá que tener capacitación especial en el tema.

Su función no puede ser suplida ni por los padres ni por los psicólogos, trabajadores sociales.

En la Convención Americana de los Derechos Humanos se otorga a la persona inculpada la garantía procesal a la que nos referimos, en los siguientes incisos:

- a) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- b) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.
- c) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley (art.8).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño consagra este principio cuando dice que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada (art.37 inc. d).

Entre las garantías básicas se establece el derecho a que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley y en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado (art.40, inc. 3).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), consagran el derecho al asesoramiento (art.7 inc. 1).

Asimismo, establece que el menor tendrá derecho a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso y a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando esté prevista la prestación de dicha ayuda en el país (art.15 inc. 1).

#### **4) Principio de la presunción de inocencia**

Significa que el estado de inocencia perdura mientras no se declare la culpabilidad.

Es una de las garantías básicas del Estado de Derecho consagrada por los instrumentos internacionales y las constituciones nacionales.

En materia de adolescentes, como lo planteamos al tratar el Principio de Culpabilidad, las leyes tutelares, al responder generalmente al modelo de «culpabilidad de autor», no reconocen la Presunción de Inocencia. Generalmente la intervención punitiva comienza con el primer contacto del menor con las agencias de control.

Por otro lado, ayuda al no reconocimiento de esta garantía la ampliación que generalmente se hace de la competencia de los jueces de menores al conocimiento de «conductas irregulares no delictivas».

Las consecuencias de la real vigencia de este principio deberán traducirse, además, en la imposición de serias limitaciones al internamiento provisional de los menores.

La Convención Americana de los Derechos Humanos establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (art.8 inc. 2, primer párrafo).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño también consagra expresamente este principio al enunciar las garantías, al decir a que se lo presuma inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (art.40, inc. b).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) se enumeran, entre las garantías procesales básicas, la Presunción de Inocencia (art.7 inc. 1).

Las citadas reglas establecen los límites a la prisión preventiva al decir que solo se aplicará la prisión preventiva como último recurso durante el plazo más breve posible (art.13 inc. 1). Y expresan que, de conformidad con el debido proceso, en un «juicio imparcial y equitativo» deben darse garantías tales como la presunción de inocencia (art.14).

## 5) Principio de impugnación

Es fundamental que todo acto del juez, ya sea de impulso o de decisión, sea impugnabile, es decir, que exista la posibilidad de recurrir ante un órgano superior.

Además de la impugnación a través de recursos ordinarios y extraordinarios, en el caso de los adolescentes, al igual que en materia de adultos, se establece la habilitación del *habeas corpus* y otras acciones similares contra las resoluciones judiciales que dispongan privaciones de libertad procesales o la prolongación de ellas <sup>20</sup>.

La impugnación tiene como efecto llevar una resolución considerada injusta al conocimiento de otro tribunal distinto al que dictó la resolución, para que se

---

<sup>20</sup> Zaffaroni, Sistemas Penales y Derechos Humanos, 1986, p. 150

modifique o revoque según el caso. No obstante, la Ley Tutelar de Menores y el reglamento indicaban que tal recurso lo tenía que conocer el propio Centro que emitió el fallo y no otro distinto, con lo cual no se garantizaba la imparcialidad de la decisión futura. Por otro lado, conforme a la Ley Tutelar de Menores, el Centro Tutelar de Menores tenía dos opciones frente al reclamo o impugnación: Primero, confirmar la medida dictada por el Director y, segundo, devolver el expediente dictando otra u otras medidas contempladas por la Ley, pero nunca revocando la medida adoptada.

En el art. 185, el *Código de la Niñez y la Adolescencia* reconoce y garantiza este derecho —negado al menor en la Ley Tutelar de Menor—. Las partes, dice el artículo, podrán recurrir de las resoluciones del Juzgado Penal de distrito del Adolescente mediante los recursos de apelación, casación y revisión.

La Convención Americana de los Derechos Humanos establece este principio al expresar el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (art.8 inc. 2 h). En este mismo sentido establece que toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal o cual amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona (art.6).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción (art.37 inc. d)

Asimismo, la Convención expresa que, en caso de que se considere que ha infringido las leyes penales, a que esta decisión y toda medida impuesta en consecuencia sean sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley (art.40 inc.b, 2, V)

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), enumeran, entre las garantías procesales básicas, el derecho de apelación ante una autoridad superior (art.7 inc. 1).

En el comentario de las mismas reglas al artículo 14, se enumera, entre las garantías que informan un juicio imparcial y equitativo, «el derecho de apelación».

## 6) Principio de legalidad del procedimiento

Este principio significa que no puede dejarse a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional el disponer el tipo de procedimiento aplicable, sino que éste debe estar fijado en la ley respectiva, derivación del principio *nulla poena sine iudicio*.

«Las formas procesales constituyen garantía, pero no se trata de rituales que sean fines en sí mismos sino que, justamente, tienen un fin en la medida en que sirven a las garantías contra la arbitrariedad»<sup>21</sup>.

En materia de adolescentes debe establecerse una ordenación de los actos procesales que garanticen el Contradictorio.

El modelo procesal debe ser oral de única audiencia con una etapa previa de investigación, ágil, que permita el cumplimiento de los Principios de Concentración e Inmediación.

Es coincidente la doctrina en conceder al juez en esta materia «la posibilidad de hacer uso siempre razonado de expedientes de benignidad (suspensión de condena o del mismo proceso desde su fase inicial) cuando se trate de actos de escasa lesividad social o lo aconsejen las condiciones personales del autor y su situación»<sup>22</sup>.

Históricamente al Principio de Legalidad desde el punto de vista *nullum poena sine lege*, se le añade el Principio de Legalidad desde el punto de vista procesal. Desde el punto de vista penal se establece que todo procesado tiene derecho a no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley (art.34 inc.11 Constitución Política).

En los mismos términos del párrafo anterior se expresa el principio desde el punto de vista procesal al señalar que no podrá imponerse pena o medida de seguridad por la comisión de un delito o falta, sino a través de un procedimiento establecido previamente por la ley.

Con el establecimiento del Principio de Legalidad desde la norma constitucional se ha interpretado que dicha garantía se refiere a la exigencia de una sentencia previa, en el sentido que no puede existir una condena que no sea

---

<sup>21</sup> Zaffaroni, *Sistemas Penales y Derechos Humanos*, 1986, p. 163

<sup>22</sup> Andrés Ibáñez, *El sistema tutelar de menores*, 1986, p. 225



el resultado de un juicio previo y lógico, expresado en una sentencia debidamente fundamentada.

Está normado por la Constitución de la República que la administración de justicia garantiza el Principio de Legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en asuntos o procesos de su competencia, de lo cual se desprende que en los tribunales debe aplicarse el Principio de Legalidad por mandato expreso de la norma constitucional (art.160 Constitución Política). En el artículo 34 de nuestra Constitución Política establece que todo procesado tiene derecho a ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción.

En otros apartados la Carta Magna establece la obligación de tener en cuenta el Principio de Legalidad desde el momento en que la persona es detenida por la autoridad, so pena de hacerse reo de detención ilegal (art.33 Constitución Política).

Cuando la garantía constitucional hace referencia a una ley anterior al hecho del proceso, no sólo está dando pautas concretas acerca de que ley se debe utilizar para juzgar el caso, sino que nos indica que debe existir necesariamente un proceso y que ese proceso se rige por la ley anterior al hecho que es su objeto.

Del Principio de Legalidad se desprende que no se admitirá acto procesal alguno que no sea el establecido constitucional por la Ley de la materia; sin embargo, este principio tiene sus excepciones en nuestra legislación, al admitir otros procedimientos análogos que procuren un beneficio al procesado, así se expresa nuestro Código de Instrucción Criminal cuando señala que todos los recursos extraordinarios, reglas y procedimientos establecidos para lo Civil tienen lugar en lo criminal en cuanto le sean aplicables y no se encuentren modificados expresamente por este Código. Se exceptúa el recurso extraordinario de nulidad que no tiene lugar en lo criminal (art.601 In.).

La garantía del Principio de Legalidad o Juicio Previo es una fórmula sintética en la que está contenida una limitación objetiva al poder penal del Estado y una limitación subjetiva al ejercicio de ese poder. Se dice que es una fórmula sintética porque expresa el punto de máxima eficacia de todas las garantías procesales. Como señala Binder, el juicio previo es el punto de máxima concentración de la fuerza protectora de las garantías de defensa, inocencia, inviolabilidad de la intimidad, intermediación, publicidad.

La Ley Tutelar de Menores y el reglamento no establecían expresamente el Principio de Legalidad del procedimiento, sino que determinan un procedi-

miento poco convencional, estableciendo en términos muy generales y atomizados el procedimiento para el conocimiento de la transgresión del menor. Por ejemplo, la Ley expresaba que «la resolución deberá dictarse a más tardar en el término de cincuenta días contados a partir de la fecha de la iniciación del expediente» (art.46 Ley Tutelar de Menores). El término «probatorio será de diez días» (art.58 Ley Tutelar de Menores). La reclamación (o recurso) deberá ser interpuesta ante el Tribunal dentro de los quince días hábiles siguientes en que se notificó la resolución respectiva. En todo caso el tribunal debía dictar la resolución dentro de los diez días siguientes al recibo de las diligencias ordenadas a practicar (art.62 Ley Tutelar de Menores). En fin, la Ley Tutelar de Menores no contenía un procedimiento estructurado, sistemático y claro; los términos eran, en muchos casos, indeterminados, no habiendo pues certeza jurídica respecto al mismo.

El *Código de la Niñez y la Adolescencia* garantiza la legalidad de procedimiento. Expresa, por ejemplo, que ningún adolescente puede ser sometido a detención, encarcelamiento o prisión arbitraria o ilegal, ni ser privado de su libertad, salvo por causa fijadas en la ley, con arreglo a un procedimiento legal y que no puede ser sometido a proceso ni condenado sin el mismo no está previamente determinado por la ley (art. 103).

Por su parte, la Constitución Política establece que toda persona procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley y a que se le dicte sentencia absolutoria o condenatoria dentro de los términos legales, en cada caso de las instancias correspondientes (art.34).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no consagra expresamente este principio, pero lo contiene implícitamente al establecer las garantías judiciales en el art.8.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño lo expresa principio al consagrar, junto a otras garantías, que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa, conforme a la ley (art.40 inc. 2, b, III).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), se refieren a la posibilidad de suspender el proceso: la autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento.

En el comentario de las reglas a este mismo artículo, se expresa que la facultad de suspender el proceso en cualquier momento es una característica inherente al tratamiento dado a los menores frente al dado a los adultos. En

cualquier momento pueden llegar a conocimiento de la autoridad competente circunstancias que parezcan aconsejar la suspensión definitiva del proceso ( art.17, inc. 4).

## 7) Principio de publicidad del proceso

Debe entenderse este principio como la posibilidad de tener acceso a las actuaciones judiciales por parte de los sujetos procesales. Es decir, que los sujetos involucrados en el proceso tengan conocimiento de las actuaciones que se desarrollan en él, y de esa forma evitar que el mismo se convierta en un proceso secreto, como lo era en la Ley Tutelar de Menores.

El *Código de la Niñez y la Adolescencia*, consigna esta garantía. Expresa que el adolescente tiene derecho a recibir información clara y precisa del juzgador, sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como el contenido y las razones, incluso ético-sociales de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa, so pena de nulidad de todo lo actuado (art. 101 in. d y e).

En cambio, la Ley Tutelar de Menores prohibía a los sujetos procesales y al menor de edad al acceso del proceso que se desarrollaba en su contra, decía que «todo lo referente al estudio e investigaciones que el equipo efectúe con el menor, así como el acceso y conocimiento de los expedientes y fichas de archivos, será estrictamente secreto y reservado únicamente al Director y a los miembros del grupo que hayan trabajado en cada caso particular». La Ley no permitía acceso al expediente (proceso) al defensor, ni al menor de edad, lesionando la garantía de publicidad en el sentido de conocer las diligencias practicadas por la autoridad tutelar.

La publicidad surge de la esencia de nuestra Constitución Política como una de las garantías judiciales básicas que se relaciona con una de las funciones propias de la justicia penal: la transmisión de mensajes a la sociedad, acerca de la vigencia de los valores sociales que fundan la convivencia social. En este sentido se dice que una de las funciones de la pena es la prevención general, es decir, la producción de efectos sociales a través del castigo. Estos efectos sociales se pueden producir infundiendo miedo o intimidando a las personas, para que no realicen las conductas prohibidas; estos efectos también pueden ser producidos por la afirmación pública de que existen ciertos valores que la sociedad acepta como básicos y que las personas deben autolimitarse en afectarlos, pues en caso de suceder podría adjudicársele la imposición de un castigo.

El juicio público como expresión del Principio de Publicidad Procesal implica un modo particular de insertar a la justicia en el medio social: implica que ella

cumple con su tarea de transmitir mensajes sociales sobre la efectiva vigencia de valores que fundamentan la convivencia social.

En materia de adultos, en varios países de la región, rige el principio de la publicidad del debate; en casos en que se afecte la intimidad de la persona puede ordenarse que éste se realice en forma privada.

Sin embargo, en materia de menores de edad, se recomienda la no publicidad del proceso por las consecuencias estigmatizantes del juicio y sus secuelas que pueden afectar el desarrollo de la personalidad del mismo; recomendación que el *Código de la Niñez y la Adolescencia* acoge en el sentido que el adolescente tiene derecho a que se le respete su vida íntima privada y la de su familia, y prohíbe publicar y divulgar cualquier dato de la investigación o del proceso que directa o indirectamente posibilite su identidad (art. 106). La Ley Tutelar de Menores protegía la imagen del menor al prohibir «la publicidad por cualquier medio de difusión de todo dato relacionado con el menor que lo identifique o lesione su personalidad» (art.47, in fine), reprimiendo con penas de multa la lesión a tal garantía (art.64, 1.).

La Constitución Política establece que el proceso penal debe ser público; pero, en casos de excepción, la prensa y el público en general podrán ser excluidos por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional (art.34).

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos establece que el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia (art.8 inc. 5).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño establece, entre otras garantías, a que se respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento (art.40 inc. 2, b, VII).

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establecen expresamente que para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente (art.8 inc. 1 y 2).

En las mismas reglas, se establece que los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas. Los registros de menores delincuentes no

se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente (art.21, inc. 1 y 2).

## 8) Principio de inmediación

El proceso penal, como expresan Trejo, Serrano, Rodríguez y Campos Ventura<sup>23</sup>, es una actividad o serie de actividades de adquisición de conocimiento; dichos actos van encaminados a reconstruir o redefinir los hechos del modo más aproximado a la verdad histórica, para luego imponer la consecuencia prevista en la ley. Estos actos son realizados por personas con diferentes actitudes respecto a la verdad, los jueces, procuradores penales, los funcionarios de la Administración de Justicia en general indagan la verdad (objetividad), en cambio otros, como el adolescente imputado, los defensores, la víctima, el perjudicado, se guían por sus intereses (parcialidad). Bajo este aspecto la inmediación se presenta como la condición básica que hace que esos actos y esas relaciones permitan llegar a la verdad del modo más seguro posible, porque la comunicación entre las personas y la información (prueba) se realiza con la máxima presencia de esas personas y, especialmente, con la presencia obligada de la persona que decidirá o sentenciará luego de apreciar la prueba (juez).

Un fenómeno muy arraigado en nuestro medio y que atenta contra el Principio de la Inmediación es la delegación de funciones, es decir, que las principales tareas del juzgador, observar la prueba que ingresa y elaborar la sentencia, son realizadas por funcionarios auxiliares o empleados del tribunal (por ejemplo, el secretario), en un claro menoscabo de las garantías personales.

## 9) Principio de oralidad

Para Trejo, Serrano, Rodríguez y Campos Ventura<sup>24</sup> la Oralidad, más que un principio, es un mecanismo, un instrumento que sirve para garantizar determinados principios del juicio penal, por ejemplo inmediación, publicidad, concentración y personalización de la función judicial.

La afirmación que la oralidad no es un principio en nada disminuye la importancia que ésta reviste, pues es tan necesaria su presencia que se ha llegado a aseverar que el modelo de juicio republicano es el juicio oral. La oralidad es un medio de comunicación, la utilización de la palabra hablada, no escrita, como medio de comunicación, entre las partes y el juez, así como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba.

---

<sup>23</sup> En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño, 1994, p. 26

<sup>24</sup> En defensa del nuevo proceso penal salvadoreño, 1994, p. 29

La utilidad de la oralidad es fácilmente demostrada, porque si se utiliza la palabra hablada, las personas o partes deben estar presentes (Principio de Inmediación) y se comunican de un modo que es fácilmente controlable por otras personas (Principio de Publicidad), así como se permite que la prueba ingrese al juicio del modo más concentrado posible y en el menor lapso posible (Principio de Concentración).

El mecanismo de la Oralidad se establece en el Sistema de Justicia Penal Especializada (art. 101, inc. d); la audiencia será oral, y el imputado y las demás personas que participan en ella deberán declarar. Las resoluciones del tribunal durante la audiencia se dictarán verbalmente, haciéndose constar en el acta de la audiencia. Además, se reconoce la utilización de intérpretes para aquellas personas que no se pueden comunicar en el idioma oficial o en el caso de sordos.

## **V. Las garantías básicas que rigen la ejecución de las sanciones o medidas**

Para Carranza y Maxera, el control de la ejecución de las medidas en primer lugar, debe quedar claramente establecido cual es el órgano competente para realizar el control y el contenido del mismo. Para ellos existe la posibilidad de que el control permanezca en la misma autoridad que dictó la sentencia o que pase a otro órgano con esa función especial; tal como un juez de ejecución.

Pero en todo caso, indica Carranza y Maxera, debe quedar establecido que el control de legalidad sólo puede ejercerse por un órgano jurisdiccional. Hay países que han creado el *ombudsman* (Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos) para esta función. Lógicamente, el control de mayor importancia es el de las medidas privativas de libertad. Cabe recordar que el encierro de niñas, niños y adolescentes debe ser una medida de último recurso, y que bajo ningún concepto éstos deben ser alojados en establecimientos para adultos.

En este sentido el *Código de la Niñez y la Adolescencia* crea la Oficina de ejecución y vigilancia de las sanciones penales a los Adolescentes, adscritas al Juzgado Penal del Adolescente. Esta oficina que estará a cargo de un Director; será la encargada de controlar y supervisar la ejecución de las medidas impuestas al adolescente, con competencia para resolver los problemas que se susciten durante la ejecución y para controlar el cumplimiento de los objetivos fijados por el *Código* (art. 208).

La concepción de la creación de esta Oficina se hace a la luz de las normas contenidas en los dos instrumentos internacionales que se refieren específicamente al tema: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la

Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) se refieren al tema expresamente cuando dicen que se adoptarán disposiciones adecuadas para la ejecución de las órdenes que dicte la autoridad competente, y que se mencionan en la regla 14.1., por esa misma autoridad o por otra distinta si las circunstancias así lo exigen (art.23 inc. 1). Significa que, en cuanto al órgano da la posibilidad de que se deje el control en la misma autoridad que dictó la sentencia o que se le atribuya a otro órgano esta función en especial.

Las mismas reglas, en el comentario a este artículo expresan que la creación del cargo de juez de ejecución de pena en algunos países obedece a este propósito.

En cuanto al contenido del control, las mismas reglas expresan que dichas disposiciones incluirán la facultad otorgada a la autoridad competente para modificar dichas órdenes periódicamente, según estime pertinente, a condición de que la modificación se efectúe en consonancia con los principios enunciados en estas reglas (art.23 inc. 2).

En esta misma línea, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, establecen que la protección de los derechos individuales de los menores por lo que respecta especialmente a la legalidad de la ejecución de las medidas de detención, será garantizada por la autoridad judicial competente, mientras que los objetivos de integración social deberán garantizarse mediante inspecciones regulares y otras formas de control llevadas a cabo de conformidad con las normas internacionales, la legislación y los reglamentos nacionales, por un órgano debidamente constituido que esté autorizado para visitar a los menores y que no permanezca a la administración del centro de detención (art.13).

Criminología

IV



# El control sin estado y sin políticas criminales en la América Latina globalizada.

Carlos Alberto Elbert

Profesor de Derecho Penal y Criminología  
Universidad Nacional de Buenos Aires

## I. Introducción

Entre el 15 y el 18 de septiembre de 1999, sesionó en Buenos Aires, con buen suceso, el Congreso Internacional «*La criminología del siglo XXI en América Latina*», en el que estuvieron representados todos los países de nuestra región y el Caribe<sup>1</sup>. Uno de los aspectos que allí pudimos corroborar, fue la asombrosa similitud en la situación económico social de nuestros países, grandes o pequeños, agrarios o industrializados y la no menos asombrosa identidad en la evolución de los modelos de control en las diversas subregiones: un proceso retrógrado y pragmático, que tira por la borda todos los avances previos obtenidos desde las ciencias penales. Los sistemas de garantías parecen haber perimido, y el bien «seguridad» ha sido erigido en bien supremo, colocado sistemáticamente por encima de la vida humana. Este proceso complejo y contradictorio, parece arrear nuestros deficitarios sistemas de control formal hacia estadios violentos y vindicativos, desprovistos de toda lógica o fundamentación filosófica, con efectos tan imprevisibles, como temibles.

En este trabajo intentaré analizar el modo en que se entrecruzan el modelo de sociedad global en curso, el desmantelamiento de los estados nacionales, la oposición seguridad - exclusión, y los primeros efectos de un proceso involutivo que parece imposible de frenar. Este proceso es un desafío para superar nuestra actual frustración como penalistas y criminólogos críticos afe-

---

<sup>1</sup> Las ponencias de los temas centrales del congreso, han sido publicadas en el libro «*La criminología del siglo XXI en América Latina*», Editorial Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires 1999 y en el número especial de «*Capítulo Criminológico*», Maracaibo, Venezuela, correspondiente a diciembre de 1999. Se encuentra también en preparación un tercer volumen, para Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, que aparecerá en el segundo semestre del año 2000, con una selección de las ponencias temáticas presentadas ante el mismo congreso.

rrados todavía a la utopía ilustrada de dar a la criatura humana un rol relevante en los sistemas jurídicos.

Veamos ahora porqué, en materia penal, en lugar de avanzar hacia la romántica utopía abolicionista, retrocedemos hacia el medioevo, o tal vez hacia las oscuras cavernas desde las que se desarrolló nuestra especie.

## II. La administración política de la realidad latinoamericana.

La noción de «estado» ha permanecido ligada, en este siglo, a los conceptos de orden colectivo, bien común, y de representación y promoción de los intereses generales de ciudadanos que comparten un territorio. No es del caso profundizar aquí la evolución del concepto en teoría política y jurídica, sino de partir de la simplificación de que el estado moderno, democrático y representativo, **debe ocuparse del mantenimiento del orden y la administración de los intereses generales de mayor importancia.**

Tal como he expuesto en un capítulo de mi libro de reciente aparición<sup>2</sup>, nuestros estados nacieron a imitación de los modelos europeos derivados de las revoluciones burguesas producidas a partir de fines del siglo XVIII; esquemáticamente, podría decirse que la idea de estado prolonga la del paterfamilias, del cacique, o sea, la corporización de quien brinda tutela y administración en asuntos que trascienden la esfera individual y la mera economía doméstica. Según la concepción contractualista de la sociedad, se ha depositado en esa instancia una cuota de la autonomía de cada individuo para centralizar la gestión colectiva. La idea de «estado» implica una concepción jurídica de validez general, y una burocracia especializada para hacer cumplir las reglas. El concepto de estado se fue afirmando sobre los caracteres de centralización, homogeneidad y por ende, de superación de particularismos, estableciendo ideales de respeto a la igualdad y de encarnación de intereses del conjunto. Paradojalmente, ese modelo de estado suele constituir el germen de importantes injusticias y desigualdades que, en los países latinoamericanos, parecen ser decididamente estructurales. Sin embargo, en la historia de los países de América Latina, el estado burgués, que no puede escapar a su destino de organización de dominio social, permitió también, en ocasiones, el desarrollo de políticas de igualación, equilibrio social y protección de las riquezas locales, durante períodos más o menos estables. Así lo expresan los casos de gobiernos de facto populistas o revoluciones de fuerte impronta nacionalista, como la mexicana, guatemalteca, boliviana, peruana, etc. y también gobiernos democráticamente elegidos como el de Allende en Chile o Perón en Argentina. Por razones de liderazgo providencialista o según fun-

---

<sup>2</sup> Elbert, Carlos, «Criminología Latinoamericana» (parte segunda) Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, pag.

damentos ideológicos, el estado ha sido, en definitiva, instrumento de un reparto más equitativo de bienes, de niveles de justicia social más equilibrada y de adquisición del sentimiento de dignidad ciudadana para millones de habitantes de América Latina, a lo largo del siglo XX. Por el contrario, todos los períodos de dictaduras o intervenciones militares autoritarias, de gobiernos civiles conservadores, de democracias fraudulentas, forzando la hegemonía de políticas dictadas intencionalmente, generaron los momentos de mayor desigualdad y tensión en nuestros países. Puede afirmarse, en consecuencia, que el estado y el estatismo, con todos los defectos que se le quieran enrostrar, han sido datos esenciales para la afirmación de las conciencias nacionales latinoamericanas y sus estructuras productivas, a lo largo del siglo que concluye. Como señala **García Delgado**, a partir de los años treinta, a resultas de la gran depresión y el desorden en los mercados internacionales, los propios sectores conservadores impusieron medidas reguladoras. En el caso argentino, el modelo intervencionista estatal se desarrolló ampliamente, apuntando a la sustitución de importaciones, proceso que duró más de cincuenta años. El sistema implicaba una relación estado - economía en la cual el mercado quedaba totalmente subordinado al control político, modelo que posibilitó lograr tasas de crecimiento estable durante más de 40 años. Este fue, precisamente, el modelo propuesto por la CEPAL, tomando al Estado como **agente principal del mercado**, como **el empresario más importante**, capaz de defender el desarrollo interno de la dependencia externa. Este era el modelo de acumulación llamado «desarrollo hacia adentro», modelo de regulación fordista, de compromiso keynesiano o de capital centrado en el Estado y basado en la sustitución de importaciones<sup>3</sup>.

En oposición a las características de los estados centralizados, los estados débiles favorecieron históricamente a minorías poderosas ligadas a un sector de materias primas exportables, desinteresados de los modelos de desarrollo general, sustitutivos o de expansión industrial. Por cierto, no siempre uno u otro extremo coincidieron con los grados de democratización política más deseables, pero el ejercicio democrático - más allá de lo formal - ha sido más bien una rareza en América Latina, región en la que apenas se destacaron por su vocación y continuidad democrática los casos de Costa Rica, Chile, Uruguay y Venezuela.

Los estudios teóricos sobre la naturaleza y funciones del estado en América Latina han pasado, en los últimos cincuenta años, por distintos enfoques, que nos conducen hasta la situación actual, con su cambio extremo en apenas diez años, hacia modelos económicos totalmente centrados en la idea de mercado. Se señala que, anteriormente, los paradigmas dominantes fueron

---

<sup>3</sup> Ver García Delgado, Daniel, «Estado y Sociedad», Flacso, Buenos Aires, 1994, capítulo II, pag.67.

los llamados de la modernización, de la dependencia, del estado burocrático - autoritario y de la transición a la democracia<sup>4</sup>.

En el marco de la dependencia característica de las economías y del ejercicio del poder político en los países latinoamericanos, las funciones estatales tuvieron el problema de su deformación dependiente externa, generalmente a contramano de las necesidades y reclamos internos mayoritarios. También es característica de nuestros países la estructuración tardía de los aparatos estatales y las conformaciones nacionales, que no se resolvió con los procesos de organización posteriores a las independencias del siglo XIX, sino que debió atravesar luego complejos procesos de estabilización interna, plagados de luchas regionales, guerras civiles, caudillismo y dictaduras de toda especie, teñidas de surrealismo folklórico. Nuestros estados nacieron de unas repúblicas formalmente copiadas, pero envueltas, en el plano de la realidad, en profundos y violentos conflictos que expresaban contradicciones históricas irresueltas o malamente resueltas.

En la faz cultural, he expuesto sobre la desconfianza histórica de nuestros pensadores y políticos hacia la población autóctona y la potencialidad creadora de las culturas originarias para fundar un modelo de desarrollo propio, en el que realmente los ciudadanos fuesen el gran protagonista de los proyectos de desarrollo. En suma, las nociones de Estado, soberanía e identidad nacional resultan prácticamente inseparables en la tradición política de la región durante el siglo XX. ¿Qué consecuencias traerá, entonces la minimización del Estado del siglo XXI para nuestros pueblos? Intentaré ahora una aproximación para afrontar tal interrogante, que, por supuesto, no tiene aún respuesta cierta.

### **III. Prescendencia estatal y poder de mercado**

La globalización ha roto con la continuidad de la expansión estatal, en particular, en todo lo referente a las políticas de bienestar, siendo la consigna de la hora el achicamiento y la «racionalización» de las funciones oficiales, conforme a los intereses del mercado. Merecen un desarrollo específico, por su magnitud, las consecuencias sociales negativas provocadas por tal política reductora en las clases medias y bajas de la sociedad latinoamericana. El concepto de estado sufrió, en esta década, intensas campañas de descrédito, que lo retrataron como «empresa» ineficaz, generadora de un déficit fiscal interminable; culpable, por ende, de procesos de inflación y endeudamiento inadmisibles para la movilidad de los capitales transnacionales de fin de siglo. La intensidad del operativo publicitario mundial de los medios, dominados por las empresas, lograron, finalmente, que el Estado dejase de ser concebido,

---

<sup>4</sup> García Delgado, obra citada, capítulo I.

en las políticas oficiales, como prestador providencial de servicios y subsidios sociales, conformándose con un rol de *simple agencia privatizadora al servicio de flujos internacionales de capital*. Es obvio que este achicamiento del Estado nada tuvo que ver con los sueños anarquistas, alternativos o abolicionistas, de reducir o suprimir al Estado para liberar a los individuos de la opresión, asegurando su igualdad. En tal sentido, el ciudadano aumentó su libertad sólo en abstracto, pero de hecho - materialmente - quedó reducido a la insignificancia y la inseguridad más extremas sobre su relevancia, su auto-determinación y su destino. Parte de esa inseguridad es la de ser víctima de un delito en cualquier momento, sin contar con protección oficial.

La racionalización de las cuentas fiscales y de las burocracias públicas, como requisito para continuar recibiendo financiación internacional, ha desembocado, entonces, en la pérdida de millones de puestos de trabajo en la burocracia y los servicios estatales. La política como función esencial del estado se volvió apéndice del mundo económico y financiero, donde se concentra el poder global y se toman las decisiones verdaderamente trascendentes, a partir de las cuales deben ordenarse nuestras sociedades «emergentes».

#### **IV. Efectos de la minimización estatal: primer balance.**

La contracción de capacidades y poderes estatales registrada en los últimos veinte años, intensificada hasta el extremo en esta década, transformó sustancialmente los contenidos del concepto Estado, dislocando, simultáneamente, una serie de valores que habían legitimado con continuidad a las políticas sociales. A título de mera enumeración, podrían destacarse las siguientes consecuencias negativas más visibles del proceso aludido:

1. El gran descrédito de las clases dirigentes y de los políticos profesionales, incapacitados de articular propuestas que no cuenten con el beneplácito del «Establishment» o lo limiten. Las políticas de oposición, por su parte, deben jurar fidelidad al Modelo Único, y luego ingeniárselas para encontrar -dentro de él- algún resquicio donde filtrar alguna iniciativa de perfiles sociales.
2. La reducción del aparato estatal se ha visto acompañada, en muchos casos, de un paradójal aumento del gasto público, en abierta contradicción con las metas de saneamiento financiero en nombre de las cuales se procedió a desguazar a los Estados latinoamericanos.
3. La corrupción y el deterioro de los poderes públicos, implantaron un sentimiento de inseguridad jurídica muy acentuado. La desconfianza hacia toda disposición de cualquier poder del estado predomina en la ciudadanía, más que nunca antes. La ineficacia estatal se sufre, en este sentido,

en carne propia ante la pérdida notable del monopolio de la violencia. Grandes zonas pierden cobertura custodial, y las armas se desplazan a manos de grupos parapoliciales, paramilitares, policías privadas, mafias profesionales organizadas con ex - policías , o directamente de subordinados que no responden a las autoridades por tener otro tipo de arreglos con poderosos, sean narcotraficantes, políticos o empresarios.

4. Abandono casi total de los estímulos a las ciencias y la cultura, con efectos particularmente desventajosos para el futuro, si se atiende a los impresionantes cambios tecnológicos que caracterizan los modelos de desarrollo para el siglo próximo, asentados en el dominio del conocimiento y la información.
5. La salud, la seguridad, las comunicaciones, el servicio de aguas, las carreteras, la educación, los sistemas jubilatorios están ya a cargo casi hegemónico de grandes corporaciones privadas, las cuales, a cambio de una mejor tecnificación de sus servicios (generalmente monopólicos) cobran tarifas exorbitantes. La consecuencia del encarecimiento y la elitización de los servicios es la renuncia o pérdida gradual del acceso de amplias capas de población a servicios imprescindibles. Como consecuencia, se deterioran la salud colectiva, la seguridad y en síntesis, la calidad de vida que implica el modelo de mundo globalizado y tecnocrático del siglo XXI.
6. Provisoriedad de la vida social y familiar, como consecuencia de las condiciones laborales «flexibilizadas» que impusieron la modalidad de la relación de empleo corta, precaria, escasamente retribuida, bajo condiciones de exigencia creciente, casi sin compensaciones sociales.
7. Intensificación del deterioro del medio ambiente, como consecuencia de los privilegios y falta de control de las grandes inversiones comerciales y tecnológicas.
8. Incompatibilidad de motivaciones y metas entre mercado y sistema democrático. El poder político tradicional se adentró en una especie de enajenación autocrática corrupta en el manejo de los restos estatales. Así como Fujimori comenzó su gestión disolviendo los poderes políticos preexistentes y construyendo una representación política estatal a la medida de su programa, Menem tornó inocuos los organismos de control ampliándolos enormemente, para llenarlos con sus incondicionales. No hay forma de controlar el poder, para cuya legitimación se vá recurriendo a argumentos cada vez más irracionales y sofisticos.

- 9 La razón de estado, que todo lo justifica para fortalecer el Modelo Unico, ha abandonado los grandes programas, las formulaciones programáticas y los lineamientos de gobierno, para recurrir casi exclusivamente a temáticas coyunturales, de emergencia, decisionistas, pragmáticas o deliberadamente contradictorias.
- 10 En el plano internacional se registró un aumento de conflictividad entre los estados latinoamericanos, enrarecido por fenómenos complejos, como el tráfico de armas y drogas.
- 11 Se verifican, en el panorama global, dramáticos procesos de disolución de estados, como en los casos de Haití, Albania o Zaire.

Tomando en cuenta los síntomas expuestos en estos acápite, difíciles de negar o ignorar, se impone un interrogante al que intentaré responder en el punto siguiente.

## V. ¿Son viables las sociedades latinoamericanas sin la protección del Estado?

Muchos intelectuales señalan con entusiasmo los efectos positivos de la globalización: se afirma que la retirada del Estado significa un grado superior de democracia y pluralismo, que permite interpretar los hechos con mayor libertad, consagrando una nueva filosofía de vida, para la que ya no son necesarios los grandes contextos interpretativos. Los límites humanos serían ahora más modestos, pero al mismo tiempo más realistas. Sin embargo - a mi entender - esas interpretaciones pecan de unilateralidad, en tanto omiten evaluar que las libertades presuntamente conquistadas se ejercen en un contexto material concreto - nada democrático - del llamado **pensamiento único**, generador de tremendas exclusiones que otorgan chances y derechos escandalosamente desiguales a los protagonistas de la vida social. Los ciudadanos no tienen derecho a cambiar el sistema de mercado por otro y se les dice que aunque lo plebiscitaran por inmensa mayoría no se podría realizar. Por primera vez en la historia, un régimen económico es excluyente de otros modelos y políticas que lo contradigan, a nivel planetario. Ni Stalin pudo concebir una máquina más perfeccionada de exclusión de divergencias. Tampoco es posible, como ocurrió en el pasado, una coexistencia heterodoxa con otras modalidades económicas, como la del capitalismo privado conjuntamente con el estatal, mixto y formas cooperativas, por ejemplo. Se afirma, mesiánicamente, que **esta realidad es el fin de la historia, y que más allá no puede existir nada**. Por estos motivos y los que señalaré luego, creo que **nuestras sociedades no son viables (en un sentido de continuidad histórica) sin contar con formas estatales fuertes, con poder de equidistancia, capaces de balancear los alarmantes desniveles de**

**nuestra coexistencia.** De no ser así, todo parece indicar que los conflictos reprimidos o que se apilan sin respuestas, desembocarán en procesos incontrolables de disolución social.

Mas, si lo dicho no fuera suficiente, cabe recordar que el grado de endeudamiento previo de los países débiles es una hipoteca secular, de imposible cumplimiento y condicionante absoluta para sus políticas nacionales. La consecuencia directa del ingreso al «club global» para los países en desarrollo es el desmantelamiento de sus aparatos productivos. ¿ Qué expectativa de competitividad global pueden tener países con estas características?

Cabe pensar en un retroceso de la ola neoliberal tras esta apoteosis de fin de siglo y en el advenimiento de una tendencia a reimplantar el protagonismo de la regulación estatal, bien que con características peculiares, adaptadas a la coyuntura del nuevo orden internacional. Así lo indica la evolución política de los países europeos, a la que, como es habitual, ya intentan imitar los políticos latinoamericanos de centroizquierda: sobre el fin de siglo, todos desean parecerse a Tony Blair.

El estado ha sido, a lo largo del siglo, pero especialmente en la última mitad, guardián y promotor de intereses económico - sociales decisivos para empujar un cierto modelo de progreso con irradiación de beneficios. El progreso se basaba en el crecimiento económico y el desarrollo de las fuerzas productivas tradicionales tras la segunda posguerra. En los países latinoamericanos, un objetivo encomiable alcanzado por los aparatos estatales fue el de la integración; en primer lugar geográfica, dados los complicados o extensos territorios de nuestros países. Por esa razón, hace menos de una década se hubiera considerado imposible o irracional la propuesta de que el estado abandonase (repentinamente) áreas como el transporte, la siderurgia, la industria naviera, los sistemas de salud pública, de construcción de carreteras, la enseñanza gratuita y obligatoria, la asistencia técnica rural o minera, etc. Evidentemente, el bienestar de una porción mayoritaria de la población de nuestros países dependía del estado, que, por otra parte, era un empleador más generoso y protector que los privados. Con estos argumentos, creo que mi respuesta negativa al interrogante del encabezamiento ha quedado suficientemente fundada.

## **VI. El nuevo rol del estado en América Latina y el control de la sociedad.**

Habiendo analizado someramente los efectos de la minimización estatal, retomaré algunas - de las ya enumeradas - consecuencias colectivas e individuales que impuso ese proceso.



La dislocación de valores estables que habían legitimado a gran parte de las prácticas sociales del siglo XX, provocó efectos anómicos y de fragmentación, cuyas consecuencias parecen estar en sus comienzos.

La concentración de metas estatales en la faz financiera con modelo único, profundizó el efecto de **incompatibilidad de motivaciones y metas entre mercado y sistema democrático**, empujando a la política hacia una especie autocracia corrupta, ejecutada mediante los residuos del aparato estatal. En cuestiones de política criminal la ineficacia más notable del estado es, seguramente, **la renuncia o abandono del monopolio de la violencia**. Grandes zonas urbanas perdieron cobertura custodial y las armas se desplazaron a manos de grupos parapoliciales, paramilitares, policías privadas, mafias profesionales conformadas con ex - miembros de cuerpos de seguridad, mafias de venta de armas al mercado interno, narcotraficantes y ligazones corruptas con el poder.

La privatización de servicios esenciales, terminó transformando a la seguridad en *un producto más que debe adquirirse en el mercado y ciertamente, a alto costo*. Incluso, en algunos países se constata ya la transnacionalización de la seguridad: grandes especialistas norteamericanos compran empresas privadas nacionales de vigilancia, con lo cual buena parte de la seguridad interior se transfiere, como tantos otros servicios, al capital privado extranjero.

Dado que la proporción de ciudadanos con buen poder adquisitivo es reducida, dos tercios de los habitantes de los países latinoamericanos que no pueden pagar la seguridad pública o privada, **quedaron sin ellas**. Como consecuencia de este proceso, la custodia de los pudientes se asemeja cada vez más al encierro en fortalezas o cuarteles, y la de los desposeídos al abandono a su suerte.

El choque de realidades tan extremadamente contrastantes, coexistiendo en ciudades, barrios y carreteras, lleva a contradicciones cada vez más violentas, acentuando el deterioro de la calidad de vida posible en los países latinoamericanos, insertos en un mundo globalizado y tecnocrático del siglo XXI, que se desentiende de la planificación social.

Las políticas de control y seguridad estatal, (de estados endeudados y condicionados en grado extremo) apuntan, casi exclusivamente, a temáticas coyunturales, de emergencia, decisionistas, pragmáticas o deliberadamente contradictorias. Buena parte de los créditos internacionales para este fin se malgastan en folletería, protocolo, viáticos y ampliación de las burocracias técnicas existentes. La inoperancia oficial, sorda a la reflexión autocrítica y ciega a la creatividad, ha contribuido a convalidar la convicción colectiva de que, en

la lucha por la supervivencia, todo vale y que nada razonable puede esperarse de la autoridad.

En el plano internacional se instaló también la compulsión política global con ropaje de **control de hechos delictivos**, como en los casos NORIEGA, SAMPER o PINOCHET, que constituyen, pese a sus características muy diferentes, claras intervenciones externas en la temerosa política interior de nuestros países, presentadas bajo la máscara de una presunta y deseable universalidad jurídica.

Este cuadro de situación **ha transformado por completo los parámetros precedentes de la seguridad y el control social en América Latina**. A lo largo del siglo, la concepción contractualista y las teorías de la defensa de la sociedad, indicaban la existencia de una mayoría de población **normal**, que debía ser protegida de una minoría agresiva y patológica. Los fines del control apuntaron más o menos explícitamente, a proteger «tanto a la sociedad como al delincuente», mediante el encierro y debido tratamiento del segundo. Ello, a su vez, tendía a «recuperar» o «reinsertar» a los extraviados del conjunto social. Se consideraba obvio que la intervención de la ley era inexorable e igual para todos. La maquinaria legal intervenía siempre, en todos los conflictos, fueran de la clase que fueran, y tenía los recursos suficientes para lograrlo, asegurando la paz social. En 1999 resulta ya evidente que aquellos fines han caducado por completo y resulta difícil creer en ellos. Probablemente el discurso iluminista sobrevive como justificativo de una concepción obsoleta en retirada, pero *ya no hay forma de demostrar que la sociedad es consensual e igualitaria o que se preocupe por la seguridad y el destino de todos los ciudadanos*.

Mucho menos, que la maquinaria legal intervenga en todos los conflictos y que le interese o esté en condiciones de hacerlo.

El control tiende a la militarización y los grandes operativos, a la pena de muerte por «gatillo fácil» a las formas de violencia irregular o extra - institucional, de carácter sui - géneris, gestadas clandestinamente en los aparatos militarizados del control. Casi sin excepción, las víctimas de estas formas de represión irregular son elegidas por parapoliciales o paramilitares, aplicando criterios selectivos propios de los estereotipos penales, pero cambiando la reacción y el sistema -de penas, que ejecutan por cuenta propia, con fines de intimidación general. Este tipo de fenómenos están tan ligados a deformaciones o a la total degeneración del sistema de seguridad oficial, que deben ser abarcados, incluso prioritariamente, como un aspecto inevitable (ya sea por tolerado o poco controlable) de la maquinaria de control estatal, dada la magnitud de la marginación a contener en Latinoamérica. La imposibilidad fáctica de controlar a dos tercios de la población ha dado lugar a nuevas modalida-

des en el diseño del servicio: reducido y tarifado, opera como negocio que se juzga por su rentabilidad. Por otra parte, quedó establecido, de hecho, un estado de ilegalidad colectiva para una porción enorme de la población, que vive en zonas marginales, en terrenos o casas ocupadas, sin documentación ni trabajo estable, o pagando salteado sus alquileres y servicios. La irregularidad institucional generalizada hace más fácil que nunca criminalizar a los excluidos, tanto en el plano individual como familiar o colectivo. Dada la evidente procedencia social de los protagonistas sociales, la selección de sospechosos y diferentes resulta - salvo en el caso de la juventud - extremadamente obvia y los grupos considerados peligrosos pueden ser seleccionados con sólo observar las multitudes por las calles. La heterogeneidad de los grupos excluidos y su pérdida de referencias políticas o sindicales los coloca en estado de total desprotección jurídica en caso de conflictos con la ley, facilitando excesos en su perjuicio. Por otra parte, la vida de este ejército de sospechosos se asemeja a algo así como la ley de la selva, con situaciones de vida plagadas de abuso y violencia que se proyectan hacia el diferente o los iguales no deseados, en especial en las barriadas o villas miseria, donde la autoridad no ingresa, o lo hace en el curso de grandes operativos.

La desprotección de los marginados es tal, que se han registrado situaciones en las que los propios carenciados contratan sicarios o asesinos a sueldo para mantener el orden en el espacio de la miseria<sup>5</sup>.

La creciente disolución del modelo contractual de control acrecienta diariamente el peligro del caos y la anarquía generalizados, que se evidencian en el aumento de conductas delictivas con violencia armada y su frecuente derivación en tomas de rehenes y tiroteos a muerte con la policía o particulares que se defienden. El negocio de venta de armas y de entrenamiento en su uso ha crecido en forma espectacular, y hay mercados paralelos de armas no registradas que podrían servir para equipar un ejército. Simples ladrones improvisados o principiantes, disponen de fusiles de guerra y metralletas en sus incursiones, con resultados tan cinematográficos como catastróficos.

En suma, la vida urbana del siglo XXI, más que vida, promete ser una pesadilla insufrible a la que el pago de más servicios no podrá aliviar. Se trata, sin duda, de una crisis social que impone reprogramar el estado, la política y las bases de la coexistencia. Por supuesto, estoy convencido de que la política criminal no dará solución a los gravísimos problemas socioculturales que exhibirá América Latina en la última noche del siglo XX. Cabe preguntarse, en-

---

<sup>5</sup> Ya en 1990 HELOISA RODRIGUES FERNANDES había publicado en portugués, inglés y alemán su trabajo sobre los «justiceiros» de San Pablo. Es un análisis de policías asesinos que, luego de su expulsión institucional, son contratados por los excluidos que antes reprimían, para ahora protegerlos y poner orden en sus favelas.

tonces, si no hemos subestimado la visión apocalíptica del estado de caos tras la disolución del pacto social, de un HOBBS relativizado por los enfoques más críticos de la criminología y el derecho penal de las últimas décadas.

Para concluir, es atinado reflexionar sobre la política criminal que es dable prever para la primera década del siglo XXI, a la luz de lo que vengo exponiendo. Hasta el fin de siglo, las fórmulas para el control social de los gobiernos latinoamericanos **no toman en cuenta el factor social**, y pretenden esgrimir la defensa de **valores comunes**, y de la culpa individual, contra toda lógica y peor aún, contra los datos evidentes de la realidad. El modelo de la clase media alta, satisfecha y feliz, en su casa alpina rodeada de césped, con el último modelo de automóvil en la puerta ( esto es, la inverosímil «familia tipo» de América Latina que puede verse en la televisión) es claramente sectorial y excluyente. La defensa a ultranza de esta **ilusión de la felicidad** rodeada de fango, lleva al paradójal espectáculo de los barrios cerrados, con guardia armada en los accesos, cual cárceles de lujo, dentro de cuyos terrenos cada vez más pequeños los arquitectos compiten en la copia de los planos de Beverly Hills, generando urbanizaciones caóticas y artificiosas, al servicio de la pura competencia de vanidades hacinadas.

Imaginar una disciplina social mediante la cual la masa excluida adopte buenos modales y no moleste a los pudientes sobrados de todo, es algo tan poco imaginable como cenar opíparamente ante un grupo de hambrientos, ignorando su presencia. Paradójicamente, los medios, legisladores y políticos se alarman sólo cuando un marginado ataca a un miembro de una «familia tipo» o invade la privacidad alpina, o sea, cuando los mundos incompatibles se tropiezan en el mismo sitio. Esas circunstancias son la coyuntura que desata la **histeria político criminal de clase**, generando las campañas de ley y orden repentinistas y draconianas (y decisiones como la de garantizar la seguridad común colocando comandos militares fascistoides al frente de la policía), impulsando modificaciones legales a granel, tomadas del reservorio descartado de la política criminal de décadas anteriores, o copiando los inventos de la parafernalia político criminal estadounidense, del tipo de la «tolerancia cero», estigmatización pública, ejecuciones itinerantes, silla eléctrica o inyección letal. Esos momentos álgidos de reclamos airados, *durante los cuales la política criminal se vuelve importante*, son los que aprovechan los gobiernos, valiéndose de decretos expeditivos, para aumentar los sueldos a las fuerzas represivas, mejorar su armamento y sus vehículos y reclutar más personal, sin que la sociedad pueda objetar el desequilibrio presupuestario que implican, porque los más seguros beneficiarios - quienes manejan la economía y los medios - lo piden a gritos.

En plena coyuntura enrarecida por el golpeteo mediático, resulta poco menos que imposible, o cuanto menos riesgoso, oponerse a la avalancha de

ideas arcaicas que se reflotan, destruyendo los aspectos racionales del control, y pretendiendo implantar la seguridad del terror, dejando de lado razonamientos sobre su utilidad. Notablemente, las soluciones simbólicas que se adoptan no prevén de ningún modo la organización de medidas reales para paliar el sufrimiento de las víctimas, como centros de asesoramiento, contención o terapia, y mucho menos fondos indemnizatorios para compensar las pérdidas. Por el contrario, **todo el debate se concentra en torno a los mejores modelos de rigor y denigración retributiva.**

En el siglo XXI la base de toda discusión debe ser la exigencia de **una seguridad jurídica gratuita y fundamentalmente oficial** que tome realmente en cuenta a toda la sociedad, porque la seguridad como bien privado es injusta y desigual y **porque las policías de plenos poderes, además de minar la democracia existente, son presupuesto indispensable de cualquier tentación totalitaria posterior.**

Nada indica, por ahora, que la terrible onda ascendente del control irracional vaya a abandonarse como política oficial en América Latina. Por cierto, será una tarea muy ardua la de no dejarse ganar por el escepticismo, la indiferencia o el desánimo que provocan las políticas criminales generadas por los modelos de exclusión. Pero lo cierto es que una prognosis de la evolución socioeconómica de los países latinoamericanos manteniendo las actuales tendencias, no hace pronosticable sino un agravamiento de los cuadros de violencia cruzada que actualmente presenciamos. Obviamente, una política criminal equilibrada requiere de un poder central que ejercite un rol de garante frente a los abusos y las disparidades sociales. Si no se apunta a este objetivo como punto de partida, la política criminal seguirá siendo un conjunto de recortes intercambiables, y el control a modo de espada sin cabeza contribuirá apenas a acelerar el derrumbe de un modelo de coexistencia que se desentiende de las catástrofes ajenas, incluso las que puedan arrastrarlo al abismo.

Para concluir, me permitiré enfatizar una expectativa relegitimante de las formas del control. Creo que **ha llegado el momento de transferir la expectativa de elaboración democrática del control a sus protagonistas, víctimas y victimarios, en un sentido similar a las gestiones del Tercer Sector.** En este sentido, los grupos vecinales, las actividades de prevención comunitaria, la conciliación entre partes agresoras y agraviadas, así como una política cultural programática y consensuada sobre la violencia y las posibilidades de controlarla en situaciones cotidianas, apoyada por el estado a través los institutos de enseñanza y de los medios de difusión, podrían ser caminos válidos de reducción de violencia social delictiva. La espiral de reforzamiento del concepto de seguridad individual a partir de la dicotomía **inculídos - excluídos** está llevando a la disgregación, al odio social, a la

imposibilidad de reconciliación. El rumbo actual bloquea todos los canales de diálogo posible con los diferentes excluidos, a quienes sólo se concibe ocultos, lejos o encerrados como presupuesto de su indeseable presencia en la comunidad.

Si se descrea de cambios como los que se aquí se sugieren, siguiendo adelante con las reiteradas improvisaciones experimentales de hoy, estaremos jugando con una bomba de tiempo ya activada, sin que los sectores de poder se resignen a reconocerlo, confiados en la frágil convicción de que los órganos de control formal les obedecen - todavía - de algún modo. Avanzamos hacia formas de violencia creciente, hacia sociedades de atomización y deterioro extremo. Por tanto, los programas de la política criminal no pueden seguir tomando como base filosófica la utopía iluminista en sus versiones del siglo XIX..

Solo desde la profundización democrática y la participación podrán conducirse políticas criminales efectivas en sus resultados, que deben apuntar a objetivos posibles y procesables con los recursos actuales. Sería interesante gestionar organizaciones no gubernamentales que controlen la seguridad no solo a nivel local, sino que, por medio de centrales nacionales puedan ser interlocutoras y contraloras de la política criminal estatal, especialmente en asuntos que involucren la intervención policial. Las políticas actuales, por su parte y como se demostró en este trabajo, no resisten ningún balance que mensione su eficacia. Por fin, estoy plenamente convencido de que todo temor a democratizar el control es parte de las políticas que le temen y repelen la democratización de la sociedad y prefieren seguir valiéndose de herramientas jurídicas anticuadas y simbólicas.

Estudios y Comentarios  
Jurisprudenciales

V

# **Posibilidad de aplicación de la figura del delito continuado a la violación (agresiones sexuales). Una visión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con especial referencia a las sentencias de 12 de julio de 1997 y 21 de junio de 1991\***

Isabel Durán Seco  
Profesora Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

I. En el presente trabajo analizaremos la posibilidad de aplicación de la figura del delito continuado a la violación<sup>1</sup> en la doctrina y, especialmente, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1983, haciendo especial referencia a la sentencia de 12 de julio de 1997 (en la que el Tribunal Supremo estima que nos encontramos ante un delito continuado de violación) y la sentencia de 21 de junio de 1991 (en la que no se aplica el delito continuado). El relato histórico de una y otra sentencia no dista mucho y, sin embargo, se llega a resultados claramente contradictorios.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, conviene hacer la siguiente aclaración: nos ocuparemos de la aplicabilidad de la figura del delito continuado exclusivamente en las agresiones sexuales realizadas con violencia o intimi-

---

\* Artículo publicado en Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales (TSJYAP), noviembre, 1998, nº 12, Aranzadi, pp. 9-28.

<sup>1</sup> Esta figura se encontraba regulada en el CP anterior en el Capítulo I del Título IX del Libro II. La rúbrica de este Capítulo era «De la violación y de las agresiones sexuales» (redactada conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que sustituyó la expresión «abusos deshonestos» por la de «agresiones sexuales»). La rúbrica de este Título era «De los delitos contra la libertad sexual» (redactada conforme a la mencionada Ley que sustituyó el epígrafe vigente hasta ese momento de «Delitos contra la honestidad»). Por esta razón también se sustituyó en el art. 69 bis la denominación «delitos contra el honor y la honestidad» por la de «delitos contra el honor y la libertad sexual»).



dación<sup>2</sup>; esto es, los antiguos delitos de violación del art. 429.1<sup>3</sup> y cualquier otra agresión sexual realizada con violencia o intimidación del art. 430 en relación con el 429.1<sup>4</sup>. En el vigente CP se pierde la denominación violación; el Capítulo I del Título VIII regula las llamadas agresiones sexuales a partir del tipo básico contenido en el art. 178<sup>5</sup> y los arts. 179<sup>6</sup> y 180<sup>7</sup> regulan los tipos cualificados.

II. Por lo que a la repetición de los accesos carnales con violencia o intimidación se refiere y así es o no posible admitir la continuidad en estos casos, no podemos decir que nos encontramos ante una jurisprudencia constante y unificada. Más bien, pueden apreciarse dos líneas claramente diferenciadas: una negadora de la posibilidad de admisión del delito continuado en estas figuras y otra línea que admite dicha posibilidad.

- 
- <sup>2</sup> Nos referimos, naturalmente, a ataques contra la libertad sexual cometidos con violencia o intimidación y sin consentimiento.
- <sup>3</sup> Art. 429.1 CP 44/73: «La violación será castigada con la pena de reclusión menor. Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes: 1. Cuando se usare fuerza o intimidación».
- <sup>4</sup> Art. 430 CP 44/73: «Cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor. La pena será la de prisión mayor si la agresión consistiera en introducción de objetos o cuando se hiciera uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios».
- <sup>5</sup> Art. 178 CP: «El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años».
- <sup>6</sup> Art. 179 CP: «Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años». A diferencia de la regulación anterior, en el que la realización de estas conductas constituían la forma más grave de delito contra la libertad sexual, a la que se llamaba violación (se excluía antes de la reforma de 1989 la penetración bucal o anal, y después de la reforma de 1989 la introducción de objetos), ahora todas esas conductas, aunque diferenciadas terminológicamente, tienen el mismo tratamiento penal en este tipo cualificado del 179 CP.
- <sup>7</sup> Art. 180 CP: «Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias: 1ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. 2ª Cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo. 3ª Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación. 4ª Cuando el delito se cometa, prevaleciéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima. 5ª Cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas. Si concurriesen dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior».

## 1. Sentencias que niegan la posibilidad de delito continuado:

La jurisprudencia que niega esta posibilidad lo hace en algunas ocasiones considerando que estamos ante un único delito y en otras considerando que estamos ante una pluralidad de infracciones. Reconoce la jurisprudencia que respecto del art. 74 CP y en cuanto a las infracciones contra la libertad sexual «es cada vez más firme la postura que excluye el delito continuado de esas infracciones», y que «cada ataque sexual supone una ofensa personal que tiene estructura propia». Es decir que en estos casos, o estamos ante delitos distintos, o ante un único delito<sup>8</sup>.

1.1 Nos encontramos ante un delito único<sup>9</sup>: En estas sentencias lo que hace el TS es basarse en la «unidad natural de acción que existe cuando los diversos actos parciales responden a una única resolución volitiva y se encuentran tan vinculados en el tiempo y en el espacio que por un observador imparcial han de ser considerados como una unidad. Se trata de acciones separables pero del mismo tipo y repetidas en un corto espacio de tiempo, en cuyo caso la lesión delictiva sólo experimenta una progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario y responde a la misma motivación.»<sup>10</sup> «Se da cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha (...) el número de violaciones no se debe identificar con el número de penetraciones, de la misma manera que la cantidad de delitos de lesiones no depende del número de puñetazos»<sup>11</sup>. Lo que hace el TS en casos como este es imponer una pena mayor que la que hubiera de corresponder si únicamente se hubiera realizado una penetración, así establece: «Hemos de reconocer que el hecho reviste en casos como este una más grave dimensión objetiva y subjetiva, con aflicción más intensa para la víctima, y estas mayores cotas de antijuridicidad, de culpabilidad y de daño, deben tener cóngrua y proporcional respuesta en la pena impuesta, a través de la exacerbación penal permitida en los márgenes de la individualización de la pena»<sup>12</sup>.

## 2. Nos encontramos ante una pluralidad de infracciones:

Esto puede ser bien porque intervengan varios sujetos activos, o bien porque nos encontremos ante la posibilidad de individualizar las actuaciones:

<sup>8</sup> STS 28-9-1996 (A 6934).

<sup>9</sup> En este sentido, SSTS 12-7-1990 (A 6303); 24-3-1993 (A 2503); 16-2-1995 (A 1177); 20-11-1995 (A 8315); 20-12-1995 (A 8315); 31-1-1996 (A 100); 28-9-1996 (A 6934).

<sup>10</sup> STS 20-12-1995 (A 8315).

<sup>11</sup> STS 15-2-1997 (A 837).

<sup>12</sup> STS 24-3-1993 (A 2593). En el mismo sentido la STS 20-11-1995 (A 8315).

2.1. Niega también el TS la posibilidad de delito continuado, y de delito único, en aquellos casos en los que intervienen varios<sup>13</sup>. «Cuando los sujetos activos son distintos y sucesivamente intercambian sus papeles en la acción delictiva, la jurisprudencia es constante al estimar existentes tantos delitos cuantas fueron las acciones realizadas»<sup>14</sup>. «En los casos de pluralidad de sujetos activos no es viable la figura del delito continuado, pues si cada acción es realizada por un autor directo y principal distinto, resulta patente, que cada uno de esos comportamientos delictivos responden a una resolución también distinta de cada sujeto agente, con lo que se rompe el dolo unitario, característico de la continuidad delictiva»<sup>15</sup>. La naturaleza del delito continuado muestra con toda claridad que «sólo es posible apreciar un nexo de continuidad cuando los diversos momentos del hecho están conectados subjetivamente por un dolo de continuación, que sólo puede tener lugar en un único autor»<sup>16</sup>. Se requiere la «identidad de sujetos activo y pasivo, identidad de ocasión y de circunstancias e inmediatez de tiempo y de lugar»<sup>17</sup>.

2.2. Existen delitos distintos en «aquellos casos en los que sea posible, espacial y temporalmente, establecer una verdadera autonomía e independencia entre las distintas acciones, tan distintas y distantes como para que el delincuente pueda reanudar cada vez su conducta criminal»<sup>18</sup>. Cuando los hechos tienen lugar en ocasiones distintas, el TS niega la posibilidad de delito continuado<sup>19</sup>. Al respecto estima el TS que en el delito de violación «cada violación no es una etapa de una infracción incompleta que sucesivamente se va perfeccionando, sino una infracción, única y perfecta, que precisa de un dolo nuevo y repetido en cada ocasión»<sup>20</sup>. Niega la continuidad cuando los hechos que se castigan están «absolutamente desconectados entre sí, obedeciendo a impulsos ocasionales, ausente toda unidad de designio o propósito; por lo que si no obedecen a la ejecución de un plan único preconcebido ni al aprovechamiento de idéntica ocasión, faltaría, asimismo, uno de los

---

<sup>13</sup> En este sentido, SSTS 14-6-1984, (A 4051); 7-3-1988 (A 1585); 24-1-1989 (A 1322); 29-1-1990 (A 526); 3-12-1992 (A 9913); 4-10-1993 (A 7270); 14-12-1994 (A 9753); 15-2-1997 (A 837).

<sup>14</sup> STS 7-3-1988 (A 1585).

<sup>15</sup> STS 24-1-1989 (A 1322).

<sup>16</sup> STS 29-1-1990 (A 526).

<sup>17</sup> STS 3-12-1992 (A 9913).

<sup>18</sup> STS 28-9-1996 (A 6934).

<sup>19</sup> En este sentido, SSTS 16-2-1985 (A 968); 21-3-1986 (A 1672); 10-12-1986 (A 7899); 5-10-1990 (A 7674); 30-10-1990 (A 8401); 26-12-1990 (A 10081); 18-2-1991 (A 1144); 26-3-1991 (A 2457); 21-6-1991 (A 4772); 18-12-1991 (A 9538); 22-10-1992 (A 8431); 3-11-1992 (A 8876) (unicamente el voto particular); 15-12-1993 (A 9466); 30-6-1994 (A. 6407); 22-11-1994 (A. 9141); 5-12-1994 (A. 10066); 22-11-1995 (A 6928); 17-4-1996 (A 2906); 10-6-1996 (A 6011); 7-6-1997 (A 4869).

<sup>20</sup> En este sentido, entre otras, SSTS 16-2-1985 (A 968); 18-6-1988 (A 5043).

requisitos condicionantes de la continuidad delictiva»<sup>21</sup>. La regla del art. 69 bis ha de ser interpretada en sentido restrictivo, cuando exista una interrupción temporal que se pueda medir, no ya sólo por meses o por días, sino incluso por horas<sup>22</sup>.

Así, no admitió la continuidad cuando «los hechos se extendieron desde las 2,30 aproximadamente hasta las 6,50 horas, produciéndose en tan dilatado tiempo una serie de agresiones sexuales» por parte de los procesados, que «no sólo realizaron con violencia e intimidación el acto carnal, sino que con su presencia y con sus propios actos contribuyeron de manera decisiva a la realización del delito por los otros procesados»<sup>23</sup>. Tampoco admitió la continuidad en un caso en el que los hechos transcurrieron en una hora y cuarto<sup>24</sup>. Niega la continuidad no sólo en casos de evidente diferencia temporal, sino también geográfica<sup>25</sup>. La continuidad en estos delitos ha de interpretarse en sentido restrictivo, «negándose allí donde pueda detectarse una individualización manifiesta en las acciones acumuladas en el tiempo, revelándose que cada una responde a impulsos eróticos diferenciados y a ímpetus de fuerza o intimidatorios cuyo brote hizo aparición de forma intermitente, con acaeceres o lapsos temporales intermedios que vienen a aislar y dotar de significación propia a cada acción atentatoria a la libertad sexual»<sup>26</sup>.

## 2. Sentencias que admiten la posibilidad de delito continuado

En ciertas ocasiones el TS admite la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva en las violaciones<sup>27</sup>. Estas sentencias son menos numerosas, pero también las hay. Aprecian unidad delictiva de la mano del delito continuado, apreciando una pluralidad de acciones, si bien bajo la abrazadera de un dolo unitario, fragmentada ejecución de una real y única actuación propuesta y emprendida. Distintos actos bajo el impulso ininterrumpido del mismo furor erótico<sup>28</sup>.

Así considera que: «Excepcionalmente en los casos de reiteración inmediata del acto carnal, bajo lo que se ha dado en llamar el impulso de un mismo furor erótico, de modo que el sujeto, insatisfecho con el primer acto y movido por

<sup>21</sup> STS 21-3-1986 (A 1672).

<sup>22</sup> Véase el posterior comentario a la STS 12-7-1997 (A 6012).

<sup>23</sup> STS 5-9-1990 (A 7674).

<sup>24</sup> STS 26-3-1991 (A 2457).

<sup>25</sup> STS 30-10-1990 (A 8401).

<sup>26</sup> STS 18-12-991 (A 9538).

<sup>27</sup> En este sentido, SSTS 13-12-1988 (A 9504); 5-5-1989 (A 4949) (aunque en este caso en concreto no lo admitió, en virtud del principio de la *reformatio in peius*); 26-12-1990 (A 10080); 21-4-1992 (A 3176); 4-3-1993 (A 1762); 2-4-1993 (A 3262); 6-6-1994 (A 4526); 22-6-1994 (A 5984); 13-7-1994 (A 6610); 21-6-1995 (A 4837); 12-7-1997 (A 6012).

<sup>28</sup> En este sentido la STS de 21-4-1992 (A 3176).

el mismo dolo, continúa la agresión a la libertad sexual con actos carnales enseguida repetidos se ha aceptado que, siempre que sea una misma la situación fáctica de violencia o intimidación y una misma la ocasión y el marco espacio-temporal del acto, cabe una estimación de los hechos como únicos y constitutivos de un sólo delito»<sup>29</sup>.

Entiende el TS que no existe impedimento legal para la aplicación de la doctrina del delito continuado a la violación, y ello porque el art. 69 bis lo permite, y también hay precedentes jurisprudenciales de esta posibilidad, sin duda excepcional, en los casos de repetición inmediata del coito con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico, siempre que lo sea en el marco de unas mismas circunstancias de tiempo y lugar y bajo la misma situación intimidatoria.

**III.** Como exponentes de cada una de estas líneas jurisprudenciales, vamos a centrar nuestra atención especialmente en dos sentencias, como ya se expuso anteriormente.

Comenzamos por un resumen de los hechos de la STS de 12 julio de 1997 (Pte. Sr Bacigalupo Zapater):

Carmen y Miguel se conocieron en un Pub donde simpatizaron y decidieron ir juntos a un bar a desayunar. Después Miguel se ofreció a llevar a Carmen a casa. Miguel paró el vehículo a unos 200 metros de la vivienda, estuvieron fumando y hablando. Miguel volvió a poner el vehículo en marcha y se dirigió a la autovía, se detuvieron en un paraje en el que había una caseta. Carmen le dijo que necesitaba cambiarse de compresa, aprovechando para irse del lugar, en el momento en que pasó un cazador de las inmediaciones, y dándose cuenta Miguel le dijo que ahora se iba a enterar de quien era Miguel y que si intentaba gritar la rajaba con una navaja. Entraron en la caseta sobre las 10,30 u 11 horas, entrando primero ella obligada por la ventana. Miguel pidió a Carmen que se desnudara, comenzando a desvestirla él, luego se echaron en la cama donde Miguel la penetró vaginalmente sin eyacular; paso un rato no determinado en los que ambos estuvieron fumando; más adelante Miguel exigió tener de nuevo contacto sexual, esta atemorizada accedió a hacerle una felación, pese a haberse manchado de sangre el organo viril en la primera penetración, y cuando estuvo excitado quiso penetrarla analmente, pero como Carmen decía que le hacía daño desistió, para terminar penetrándola otra vez vaginalmente y eyacular. En un descuido de Miguel, Carmen logró huir. Los hechos duraron sobre unas tres horas.

---

<sup>29</sup> STS 22-11-1994 ( A 9141).

La Audiencia condenó a Miguel como autor de un delito continuado de violación. Miguel interpuso recurso por infracción de Ley, del art. 849.1ª LECr. y Carmen interpuso recurso por infracción de Ley conforme al amparo de lo previsto en el art. 849, 1er. párrafo de la LECr. en base a la indebida aplicación del art. 69 bis CP y la falta de aplicación del art. 440 CP y de la agravante de despoblado del art. 10 CP. en su párrafo 13; y al amparo del art. 849, párrafo 2ª de la LECr., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Bien, lo que a nosotros nos interesa es el recurso por la indebida aplicación del art. 69 bis CP. La acusación particular sostiene que en la sentencia recurrida se ha infringido el art. 69 bis CP, pues no existe un delito continuado, en tanto la víctima ha sufrido dos accesos carnales vaginales y fue obligada a practicar una felación al acusado.

El TS desestima el recurso, considerando que «la jurisprudencia ha entendido (...) que la continuidad delictiva se da precisamente cuando el autor ha realizado varias acciones, si a ello se agregan los elementos que fundamentan la continuidad. Por lo tanto, el argumento de la recurrente, basado en la existencia de varios accesos carnales que ha tenido el acusado con la víctima, no alcanza para sostener la no aplicación del art. 69 bis CP., dado que en la medida en la que el autor realizó una pluralidad de acciones aprovechando la misma oportunidad, la aplicación del art. 69 bis CP, no ofrece ningún reparo».

Pasamos a comparar esta sentencia con la STS de 21 de junio de 1991 (Pte. Sr. De la Vega Ruiz). Los hechos probados fueron resumidamente los siguientes:

“Luis, después de haber ingerido bebidas alcohólicas con exceso (...), llamó a la ventana de su vecina Mª Paz (...), quien creyendo que se trataba de su compañero Juan, se levantó de la cama y le abrió la puerta del patio trasero, en cuyo momento fue agarrada por el cuello por el acusado, quien seguidamente le ató las manos a la espalda con su propio cinto, a pesar de forcejear con él, la arrastró hasta la cocina donde la tiró boca arriba encima de un sofá, la desgarró las ropas, desnudándose él a continuación con la finalidad de satisfacer sus apetitos sexuales, y bajo continuas amenazas de matarla y de golpear a Mª Paz para que se estuviera quieta, porque ésta se oponía y resistía a lo pretendido por el acusado, él mismo le introdujo el pene en la vagina, donde eyaculó, luego en la boca y también otras dos veces en la vagina, en cuya última ocasión volvió a eyacular, cuyos actos duraron hasta las siete de la mañana, en que cansado ya el acusado la dejó, diciéndola que «la mataría como dijera algo de lo ocurrido a cualquier persona o a la Policía», sin que durante ellos ella gritase o pidiese auxilio para evitar que se despertaran sus dos hijos de dos y cinco años y sin que con posterioridad se atreviese a

denunciarlos, por temor a las amenazas de muerte que la hizo el acusado Luis (...)"

La Sentencia de la Audiencia condenó a Luis, como autor de tres delitos de violación, otro de abusos deshonestos, otro de allanamiento de morada y dos faltas de lesiones leves, concurriendo la atenuante de embriaguez no habitual y la agravante de ejecutar el hecho en la morada de la ofendida.

Contra esta resolución recurrió el procesado, estimando que se había inaplicado el art. 69 bis del CP. El TS declaró no haber lugar al recurso, si bien hemos de mencionar que tuvo un voto en contra.

Como podemos comprobar la jurisprudencia del TS no es constante, pues nos encontramos en un supuesto muy similar al anteriormente comentado, en el que los hechos también transcurrieron en aproximadamente unas tres horas, y en los que también hubo varias penetraciones, y sin embargo el TS llega a una conclusión totalmente distinta.

En esta Sentencia sí que realmente se analiza el problema de la continuidad delictiva en las actualmente denominadas agresiones sexuales.

Para el TS hemos de partir de que no cabe la continuidad delictiva entre varias violaciones, varios abusos deshonestos, o agresiones sexuales de ahora, «cuando subsigan a la violación consumada, porque entonces adquieren toda su autenticidad, a modo de un nuevo ataque a esa mancillada libertad sexual (...) cada violación no es una etapa de una infracción incompleta que sucesivamente se va perfeccionando con las demás, tampoco es un delito que va concatenado bajo la continuidad a otros subsiguientes. Cada acceso carnal forzado, cada violación es una infracción única y perfecta que precisa de un dolo intencional nuevo aunque repetido en cada ocasión, durante el espacio de tiempo preciso según las facultades físicas del violador. No cabe coligadura o unidad jurídica en ofensas cargadas de individualidad, no cabe la continuidad delictiva cuando se arremete contra la libertad del individuo en cualquiera de sus manifestaciones más caracterizadas. Mal puede conciliarse la idea del delito continuado con la presencia de una pluralidad de violaciones consumadas merced al empleo de fuerza o intimidación en cada una de ellas».<sup>30</sup>

Hasta este punto estoy totalmente de acuerdo con la jurisprudencia del TS, sin embargo, y tal y como el propio TS reconoce en esta misma sentencia, no es unánime la doctrina de esta Sala. «Excepcionalmente se llega a la aplicación del delito continuado en los supuestos de una misma situación intimidatoria

---

<sup>30</sup> En el mismo sentido, entre otras muchas, SSTS 21-3-1996 (A 1672), 30-6-1994 (A 6407).

o de violencia entre los mismos sujetos y en el marco de análogas ocasiones y de análogas circunstancias de tiempo y de lugar. En suma, dice el TS, cuando se produzca una interacción inmediata del coito con idéntico sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico» dicen algunas sentencias de nuestro más alto Tribunal.

Esta excepción que declara el TS que existe en su jurisprudencia resulta criticable, pues, como expondré más adelante, no creo que sea posible aplicar la figura del delito continuado a las agresiones sexuales. No se entiende por qué algunas sentencias hablan de insatisfacción o dominio del furor erótico, como si en estos casos se le permitiera al autor seguir agrediendo sexualmente, con violencia o con intimidación, a su víctima hasta quedar él satisfecho, ya que la pena que se le impone sólo sería algo mayor. Y es que como señala Suay Hernández<sup>31</sup> «en el delito de violación con fuerza o intimidación no se penaliza la satisfacción de deseos sexuales, sino la lesión de la libertad sexual ajena».

Sin embargo, la sentencia que ahora comentamos muy acertadamente, considera que en el caso que nos ocupa no cabe continuidad, hay tres violaciones y una agresión sexual<sup>32</sup>.

Y tiene toda la razón el TS para rechazar la continuidad. Esta sentencia me va a servir para desvirtuar la argumentación de la STS de 12 de julio de 1997, pues si bien estimo que no cabe continuidad delictiva en supuestos como éste, en el caso de que admitiese dicha posibilidad no cabría delito continuado en la sentencia mencionada, y ello por los mismos motivos por los que el TS tampoco la estimó en la sentencia de 21 de junio de 1991.

A continuación, literalmente, los argumentos del TS: «Las violaciones se consumaron en el transcurso de tres horas, en algún caso se ha dicho sin eyaculación. Fueron yacimientos diferenciados, en el mismo lugar y con análogas circunstancias (la mujer no dejó de estar atada durante aquel lapso de tiempo), pero también lo fueron en tiempo distinto, tan distinto y distante como para que pudiera reanudar su conducta criminal. Este lapso de tiempo impide hablar de interacción inmediata del acceso carnal que sólo se consideraría (delito continuado o delito único, que eso es otra cuestión) si inmediatamente y sin solución de continuidad, el sujeto activo persiste en su agresión

---

<sup>31</sup> SUAY HERNÁNDEZ, «Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación (Comentario a la sentencia del TS, Sala 2ª de 16 de enero de 1991. El caso del «alfiler»)», La Ley 1992-1, p. 1069.

<sup>32</sup> No se olvide que los hechos ocurrieron y fueron enjuiciados con arreglo al CP anterior, de ahí que se hable de violación (art. 429 CP 44/73) y agresiones sexuales (art. 430 CP 44/73).



por alguna de las circunstancias antes dichas (furor o insatisfacción, en cualquier caso alejadas de la normalidad)».

Hemos de mencionar que esta sentencia tuvo un voto particular en contra<sup>33</sup>, señalando que se reconoce un margen de arbitrariedad, atendiendo a la naturaleza del hecho y del precepto infringido, para aplicar o no la continuidad delictiva, admitiendo la continuidad delictiva respecto de la violación en los casos de interacción inmediata de acceso sexual con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, es decir, entre los mismos sujetos y en el marco de la misma ocasión y de circunstancias inmediatas de tiempo y lugar.

**IV.** Con carácter previo a la fundamentación del rechazo de la aplicabilidad del delito continuado en las agresiones sexuales, considero imprescindible hacer algunas reflexiones de carácter general sobre esta figura.

Como es sabido, el delito continuado es una creación de la jurisprudencia que lo desarrolló sin base legal alguna durante un siglo.

Históricamente nació con motivos pietistas, a favor del reo (generalmente procesado por cometer un delito contra la propiedad: hurto, robo, estafa etc.), ello porque excluía las distintas acciones delictivas de las reglas del concurso, pero este motivo pietista fue cambiando y en muchas ocasiones era utilizado como expediente procesal cuando las acciones no estaban individualizadas y presentaban dificultades probatorias. Ello traía como consecuencia el hecho de que en algunos casos el reo fuera más bien perjudicado por las dificultades probatorias que ello conllevaba.

Fue el texto penal de 1928<sup>34</sup> el que reguló por primera vez una figura parecida a lo que hoy llamamos delito continuado, en el art. 164<sup>35</sup> en el que se hablaba de acción continuada sin hacer referencia a los elementos de la continuación, que quedaban al arbitrio judicial. Tras este precedente, no volvemos a encontrar una regulación de esta figura hasta el proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 que en su artículo 86<sup>36</sup> regulaba la figura

---

<sup>33</sup> Pte. Sr. Soto Nieto (STS 21-6-1991 A 4772).

<sup>34</sup> Este Código entró en vigor el 1 de enero de 1929 y fue derogado por la República el 15 de abril de 1931.

<sup>35</sup> Art. 164 CP 1928: «Tampoco serán aplicables ( esto haciendo referencia a las reglas de acumulación de penas en el concurso) cuando todos los hechos ejecutados, aunque constitutivos por sí mismos de otros tantos delitos o faltas, tengan entre sí tal conexión que deban ser apreciados, a juicio del tribunal como una sola acción continua».

<sup>36</sup> Art. 86 P 1980: «No obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una

del delito continuado. Posteriormente, la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma parcial y urgente del Código penal, introdujo un nuevo precepto, el art. 69 bis<sup>37</sup>, en el que se regulaba el delito continuado en terminos similares a los del Proyecto de 1980.

Lo que realmente hizo aquí el legislador fue introducir la figura del delito continuado con los requisitos que venían exigiéndose por la propia jurisprudencia.

La larga serie de proyectos y anteproyectos de Código Penal que han venido sucediéndose a lo largo de los años, hasta llegar al Código Penal de 1995, han regulado la figura del delito continuado y el CP de 1995, en el art. 74<sup>38</sup>

---

pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que podrá ser aumentada en la mitad de su límite máximo. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. *Quedan exceptuadas de lo establecido en el párrafo anterior las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva*».

<sup>37</sup> Art. 69 bis CP 44/73: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado, como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior, las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la honestidad, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto penal infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».

<sup>38</sup> Art. 74 CP 1995: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá, en su mitad superior. 2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. 3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a

recoge esta figura en terminos similares al CP anterior, por lo que algunas de las criticas que se le hicieron por parte de la doctrina pueden aquí seguir siendo válidas.

Como vemos, ha sido una constante legislativa la exclusión de la continuidad delictiva a las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo en el caso de delitos contra el honor y la libertad sexual, en los que se permitía la apreciación de la continuidad atendiendo a la naturaleza del hecho y del precepto penal infringido.

Como acertadamente señala González Cussac<sup>39</sup>, el legislador de 1995 ha perdido una inmejorable ocasión para afrontar el problema (venía produciéndose un rechazo doctrinal respecto del precepto anterior, y lo que el legislador de 1995 ha hecho ha sido reproducir el texto anterior) desde un escrupuloso respeto al principio de legalidad. Para este autor, hemos de lamentar que subsista una regulación que no encuentra otra justificación que una política-criminal basada en la comodidad penológica.

En lo que al objeto de este comentario interesa, cabe destacar, además, que el precepto debería haber determinado qué se entiende por bienes eminentemente personales y en qué delitos contra la libertad sexual y el honor es posible la apreciación de la continuidad en lugar de dejar abierto el precepto a un recusable y excesivo margen de arbitrariedad en su aplicación<sup>40</sup>.

Por ello me parece criticable tanto la regulación del delito continuado como la excepción cuando estemos ante bienes eminentemente personales<sup>41</sup>.

Los elementos del delito continuado siguen siendo los mismos que los exigidos por el art. 69 bis del Código Penal anterior. El art. 74 exige los siguientes elementos:

---

bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto penal infringido para aplicar o no la continuidad».

<sup>39</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN y otros, Comentarios al Código Penal de 1995, I, 1996, pp. 420 y s.

<sup>40</sup> COBO /VIVES, Derecho Penal, Parte General, 4ª ed, 1996, p. 713, nota 100. En terminos similares señalan LANDECHO y MOLINA, DP, PG, 1996, p. 470: «...es de admirar que no se haya utilizado la oportunidad que brindaba el nuevo Código para dar una redacción más clara, más meditada y más justa al problema del delito continuado».

<sup>41</sup> En el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, en: VIVES ANTÓN y otros, Comentarios al CP de 1995, I, 1996, p. 426: «Ni la regla -excepción- el delito continuado -ni la excepción a la regla-excepción- la exclusión de los bienes eminentemente personales -ni la excepción a la excepción de la regla-excepción- la no consideración de intereses personales al honor y la libertad sexual- tiene el más mínimo fundamento racional».

- 1 Que se haya actuado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.
- 2 Pluralidad de acciones u<sup>42</sup> omisiones.
- 3 Sujeto pasivo pueden ser una o varias personas.
- 4 Se requiere la identidad o semejanza del precepto penal infringido.
- 5 *El bien jurídico no ha de ser eminentemente personal, salvo en infracciones contra el honor o la libertad sexual.*

Nos interesa especialmente el quinto elemento, que no es sino un requisito negativo. No todas las infracciones son aptas para que podamos encontrarlos ante un delito continuado, este es un límite a dicha posibilidad. Con este límite nos encontramos desde la introducción en el texto legal de la figura del delito continuado.

Al respecto señalaba Sanz Morán<sup>43</sup>, refiriéndose al art. 69 bis CP anterior, que este precepto recogía la más moderna doctrina jurisprudencial en orden a los requisitos exigidos para la admisión de una infracción continuada, pero lo hacía de forma confusa y equívoca.

Tratándose de bienes jurídicos de carácter indisponible o personalísimo, la pluralidad de sujetos pasivos rompía la continuación; esto era doctrina del Tribunal Supremo. Sin embargo, el art. 69 bis no asumió esa posición sino que con carácter general dejó de exigir la unidad de sujeto pasivo para luego, también con carácter general, señalar que en caso de un bien jurídico eminentemente personal no cabe la continuación, con la salvedad observada con relación a los delitos contra el honor y la honestidad. De esta forma, continúa señalando este autor, la cuestión de la naturaleza eminentemente personal o no del bien jurídico se separa de la consideración del sujeto pasivo para pasar a constituir un supuesto genérico de exclusión, en su caso, de las reglas de la continuación.

Se planteaba el mencionado autor ya en aquel momento si bastaba con retocar el enunciado del art. 69 bis del CP o, por el contrario, se debía cuestionar la propia regulación legal del delito continuado y optar por la supresión de este precepto, optando este autor por la supresión. En su opinión: "Hoy (1986) siguen pesando en la admisión de esta figura tanto dificultades procesales como dudosas exigencias pietistas<sup>44</sup>".

<sup>42</sup> Se ha cambiado la conjunción copulativa «y» por la disyuntiva «o», subsanándose de este modo la errata legislativa que empleaba la conjunción copulativa en lugar de la disyuntiva.

<sup>43</sup> SANZ MORAN, El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, 1986, p. 206.

<sup>44</sup> SANZ MORAN, El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, 1986 p. 204.

Señala Quintero<sup>45</sup> que “factores de política criminal, de técnica jurídica y de justicia material, conducen a la conclusión de que la continuidad delictiva no es un mecanismo apto cuando los actos delictivos parciales ofendan un bien eminentemente personal”. En principio, siempre que se den los elementos que exige el art. 74 del CP cabe delito continuado; la excepción es que tratándose de bienes jurídicos eminentemente personales no cabe delito continuado. Pero a continuación nos encontramos con una excepción a la excepción: cuando se trate de infracciones contra el honor y la libertad sexual cabe la posibilidad de apreciar delito continuado, aunque para ello hemos de tener en cuenta a la hora de aplicar o rechazar la continuidad delictiva la naturaleza del hecho y del precepto infringido. Como vemos, este requisito negativo ha venido siendo siempre exigido desde la introducción de la figura en el texto legal, teniendo ya desde antes de su introducción una especial consideración por parte de la jurisprudencia.

Con anterioridad a la incorporación al texto legal de esta figura, se defendían en la doctrina y jurisprudencia las siguientes posturas<sup>46</sup>:

- 1 No es posible aplicar el delito continuado cuando los bienes lesionados son de carácter personalísimo.  
Esta era la postura más generalizada por la jurisprudencia española, rechazaban el delito continuado en infracciones que afectaban a bienes jurídicos personalísimos. Sin embargo, y esto nos interesa mucho al objeto de nuestro comentario, existían algunas resoluciones jurisprudenciales referentes a delitos de violación que admitían de forma expresa el delito continuado pese al carácter personalísimo del bien jurídico lesionado. De ahí, mencionaba Castiñeira en 1977, que no pueda afirmarse que el TS mantenga una doctrina uniforme.
- 2 Es admisible el delito continuado aunque los bienes lesionados o puestos en peligro sean personalísimos, pero entonces es indispensable la unidad de sujeto pasivo. Esta era la opinión dominante en la doctrina española. Es decir, cabría delito continuado en los delitos de agresiones sexuales siempre que el sujeto pasivo fuera único.
- 3 Es posible aplicar el delito continuado cualquiera que sea la naturaleza del bien jurídico.

---

<sup>45</sup> QUINTERO OLIVARES, Curso de Derecho penal. PG, 1996, p. 572. En el mismo sentido se manifiesta en QUINTERO OLIVARES/ MUÑOZ CONDE, La reforma penal de 1983, 1983, p. 107.

<sup>46</sup> Vease CASTIÑEIRA PALOU, El delito continuado, 1977, pp. 76 y ss, cuya exposición sigo en sus líneas fundamentales.

Para un sector doctrinal la restricción de la esfera del delito continuado en atención a la cualidad de los bienes vulnerados, con la consiguiente exclusión de los intereses de índole personal, resultaba infundada. El juicio sobre la admisión de la figura del delito continuado ha de inferirse de la consideración de los propios requisitos del delito continuado y no de otro tipo de razones<sup>47</sup>.

Hasta aquí la situación antes de la regulación legal de la figura. Pudiera parecer que los problemas sobre el bien jurídico personalísimo se solucionarían con una regulación legal, sin embargo, como ya apuntara Manzanares Samaniego<sup>48</sup>, este requisito vino a ratificar el tradicional régimen de excepciones.

El legislador de 1983 cuando decidió introducir la figura del delito continuado en el Código penal (algo que ya venía siendo reclamado por la doctrina que consideraba que con la aplicación de esta figura sin base legal alguna se estaba vulnerando el principio de legalidad), lo hizo de forma que dejaba paso libre a la doctrina del TS, es decir, rechazaba la posibilidad de delito continuado ante bienes personalísimos y dejaba la puerta abierta a que se admitiese ante determinados delitos contra el honor y la libertad sexual como ya venía haciendo la jurisprudencia. Esta situación ha continuado hasta nuestros días.

Así las cosas surgen las siguientes cuestiones, ya desde la introducción de la figura en el Código penal: ¿Qué son bienes jurídicos personales? ¿Qué son bienes jurídicos eminentemente personales? ¿Cuál es el fundamento de esa exclusión? ¿Cuál es el fundamento de la inclusión de las infracciones contra el honor y la libertad sexual? ¿Atender a la naturaleza del hecho y del precepto infringido nos lleva a señalar que ante la infracción de un mismo precepto penal podemos en ocasiones señalar que nos encontramos ante un delito continuado y en otras ocasiones no; o por el contrario eso significa que ante un determinado precepto no cabrá nunca delito continuado?.

Castiñeira<sup>49</sup> definía los bienes jurídicos personalísimos como «aquellos intereses de la persona humana inherentes a su condición de tal»; Canta-

---

<sup>47</sup> En este sentido, CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios al Código penal, II, 1976, pp. 321 y s, CARMONA SALGADO, Los delitos de abusos deshonestos, 1981, p. 217, GONZÁLEZ RUS, La violación en el Código penal español, 1982, p. 531.

<sup>48</sup> MANZANARES SAMANIEGO, Código penal (Comentarios y jurisprudencia), 1987, p. 350.

<sup>49</sup> CASTIÑEIRA PALOU, El delito continuado, 1977, p. 75.

rero<sup>50</sup> como «aquellos que hacen referencia a la persona en su realidad física»; CONDE-PUMPIDO<sup>51</sup> como «aquéllos tan inherentes al ser humano que aparecen primariamente insertados en el concepto de la personalidad y contribuyen a su mantenimiento y desarrollo», y Tomás Tío<sup>52</sup>, siguiendo a Bustos Ramírez, como «aquellos que afecten a la vida, la salud individual y la libertad y seguridad cuando atenten a la personalidad de otro sujeto».

De las sentencias del TS podemos también extraer lo que entienden por bienes jurídicos eminentemente personales: «bienes enraizados o inherentes al ser humano, trascendentales y primarios para su normal inserción en la vida<sup>53</sup>».

A la vista de estas definiciones, parece claro que el honor y la libertad sexual son bienes eminentemente personales y así lo reconoce el propio Código cuando los excluye de la excepción. Luego, estemos de acuerdo o no, lo que está claro es que tratándose de atentados contra el honor o contra la libertad sexual cabe, en principio, a la vista del texto legal la posibilidad de admitir el delito continuado.

**V.** Respecto a la pregunta de si cabe delito continuado en las agresiones sexuales (atentados a la libertad sexual con violencia o intimidación), creo, como he venido manifestando a lo largo de la presente exposición, que la respuesta es no. A continuación trataré de fundamentar el porqué.

En estas infracciones hemos de distinguir el atentado contra la libertad sexual y el empleo de violencia o intimidación:

- 1 Respecto al atentado contra la libertad sexual, el bien jurídico lesionado es la libertad sexual. La pregunta es la siguiente: ¿Cabe respecto del ataque contra la libertad sexual desde el punto de vista del CP delito continuado? Por supuesto que esto es posible, es decir, cuando se ataque la libertad sexual, que es un bien eminentemente personal según se declara en el propio CP, cabrá apreciar delito continuado o no teniendo en cuenta la naturaleza del hecho y el precepto penal infringido.
- 2 Empleo de violencia<sup>54</sup> o intimidación. Analizando el empleo de estos medios en los ataques contra la libertad sexual podemos encontrar distintos argumentos para rechazar la continuidad en las agresiones sexuales.

<sup>50</sup> CANTARERO BANDRÉS, Problemas penales y procesales del delito continuado, 1990, p. 108.

<sup>51</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Código penal. Doctrina y jurisprudencia, 1996, p. 1177.

<sup>52</sup> TOMÁS TÍO, El delito continuado en el Código Penal (art. 69 bis), en CPC, 1987 nº 31, p. 135.

<sup>53</sup> SSTS 21-6-1991 (A 4772); 1-3-1995 (A 1903), entre otras.

<sup>54</sup> La LO 10/1995 ha sustituido el término típico fuerza por el de violencia.

Quando un sujeto para lesionar cualquier bien jurídico utiliza violencia o intimidación, lo que está claro es que además de lesionar el bien jurídico que pretende, está lesionando, o por lo menos poniendo en peligro de lesión, otros bienes jurídicos como pueden ser la vida, la integridad etc.<sup>55</sup> Esta exigencia de violencia o intimidación nos ofrece un argumento —en mi opinión— decisivo para negar la aplicabilidad en estos casos del delito continuado. El tenor literal del art. 74 —como antes el art. 69 bis— permite aplicarlo en ciertos delitos contra la libertad sexual, y ello se determinará atendiendo a «la naturaleza del hecho y del precepto penal infringido». De ahí se deduce que en unos casos se aplicará delito continuado a esas figuras y en otros casos no. ¿En cuáles no? en aquellos en que junto a la libertad sexual se lesionen otros bienes jurídicos eminentemente personales. Y este es el supuesto de las agresiones sexuales, en las que siempre junto a la lesión a la libertad sexual van a lesionarse otros bienes jurídicos, ya que como he venido diciendo el ataque a la libertad sexual se produce por medio de violencia o intimidación<sup>56</sup>.

Aunque el art. 74. CP nos permite aplicar la continuidad en aquellos ataques contra la libertad sexual, sin embargo, nos prohíbe aplicarla cuando se trate del ataque a bienes jurídicos eminentemente personales. En opi-

---

<sup>55</sup> Así señala GÓMEZ PAVÓN, El delito de violación: algunas cuestiones. El Código Penal de 23 de noviembre de 1995, Revista de Derecho Penal y Criminología, 5-1995, p. 308, en relación al art. 429.1 del CP anterior, que es requisito esencial el doblegamiento de la voluntad del sujeto pasivo mediante el empleo de la fuerza o intimidación, lo que supone un plus de ofensividad, el desprecio o atentado a la condición de persona que supone la utilización de fuerza o intimidación, y que es esa utilización la que configura el ataque a la libertad sexual y no la mera utilización del acceso carnal; el empleo de esos medios supone la lesión de algo más que la libertad sexual de la víctima.

<sup>56</sup> En el mismo sentido y refiriéndose al 429. 1 CP anterior, se manifestó CANTARERO, Problemas penales y procesales del delito continuado, 1990, pp. 118 y ss: «no cabe hablar en ningún caso de continuación (...) ya que se está en presencia de ataques directos contra la libertad del individuo en una de sus esferas más características cual es la del ámbito sexual (...) en el caso de la fuerza, con amenaza que a mayor resistencia del sujeto mayor será la energía física desplegada, se involucran en el ataque varios bienes jurídicos personalísimos: directamente la libertad de autodeterminación sexual de la mujer, potencialmente la vida y la integridad física y también virtualmente la moral sexual. Por la propia naturaleza de tales bienes, por el modus operandi del autor, por la carga antijurídica independiente de cada acción que reproduce esquemas directamente atentatorios de bienes que gozan de la máxima protección penal, habrá que dar un trato jurídico independiente a cada infracción, no pudiendo aglutinarse éstas al amparo de la tesis de la ampliación sucesiva del injusto. En el yacimiento con intimidación, el ataque a la libertad sexual mediante amenaza bastante, en función de las circunstancias objetivas en que se encuentra la persona, la ofensa viene al igual que en el caso anterior y por el mismo razonamiento, cargada de individualidad, por lo que parece imposible apreciar la continuación».



nión de Muñoz Conde, lo característico de las agresiones sexuales es «que el ataque a la libertad sexual se lleva a cabo con violencia o intimidación» y que «este par de conceptos constituyen, a su vez, los delitos contra la libertad de coacciones o amenazas tipificados en el Título VI<sup>57</sup>. Luego, si tomamos en consideración las palabras de este autor, comprobamos que en las agresiones sexuales no sólo se está lesionando la libertad sexual sino también otros bienes eminentemente personales, como la libertad ambulatoria, la salud (a través del posible contagio de enfermedades, como el SIDA), la integridad física etc.

Pero, tal y como he señalado, la jurisprudencia del TS no lo entiende siempre así, y en algunos casos admite la posibilidad de aplicación del delito continuado a las agresiones sexuales. Ello es contradictorio —en mi opinión— con la propia jurisprudencia del TS que niega la posibilidad de delito continuado en el robo con violencia o intimidación, para el TS no procede la continuidad delictiva en los delitos de robo con violencia o intimidación “porque en ellos, junto con la ofensa contra la propiedad, como finalidad de la acción, se asociaba, formando un tipo penal completo, el ataque contra la vida, la integridad física, la seguridad y la libertad de la persona...”<sup>58</sup> En el mismo sentido, señala: «Habiéndose de descartar, pues, la continuidad delictiva cuando se arremeta contra la libertad del individuo en cualquiera de sus manifestaciones más caracterizadas, y en sí misma, ya apareciendo la ofensa a la libertad como ingrediente o en conexión con cualquier otro tipo de lesión, cual la patrimonial en el robo violento o intimidatorio»<sup>59</sup>. Y esto constituye un segundo argumento para negar la continuidad delictiva en los ataques a la libertad sexual, pues no se entiende muy bien, el porqué la jurisprudencia rechaza la continuidad delictiva en los robos violentos y no lo hace en las agresiones sexuales, y ello porque un supuesto no es diferente del otro, en ambos se están lesionando bienes jurídicos personalísimos. Comparto la jurisprudencia del TS respecto del robo violento, pero no logro entender la razón de ese tratamiento distinto a las agresiones sexuales. Es decir, el TS realiza la siguiente argumentación: ataque patrimonial + violencia o intimidación = imposibilidad de aplicación del delito continuado, ya que se lesionan bienes jurídicos personalísimos, y aunque el art. 74 CP nos permita aplicar el delito continuado en los ataques contra el patrimonio, ello no es así en los ataques contra bienes jurídicos personalísimos, donde según el art. 74 no cabe aplicar delito continuado. Por

<sup>57</sup> MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1996, p. 184.

<sup>58</sup> En este sentido SSTS 15-6-1990 (A 5315); 16-3-1989 (A 2667); 29-6-1988 (A 5383); 31-12-1985 (A 6476), entre otras.

<sup>59</sup> STS 21-6-1991 (A 4772). En el mismo sentido se excluye la continuidad delictiva de todas aquellas infracciones que aunque sean contra el patrimonio, también ataquen la vida, integridad, libertad o seguridad en las personas, SSTS 19-11-1981 (A 4343), 8-6-1992 (A 5042), 18-11-1993 (A 6769), entre otras muchas.

otra parte dice el TS: ataque a la libertad sexual + violencia o intimidación = posibilidad de aplicación del delito continuado, ya que el art. 74 nos lo permite. Pero ello —desde mi punto de vista— no es así. El art. 74 CP nos permite aplicar la continuidad respecto de los ataques contra la libertad sexual, pero no respecto de los ataques contra bienes jurídicos eminentemente personales, luego habrá que comprobar si en el ataque a la libertad sexual se están o no lesionando otros bienes jurídicos personalísimos, en cuyo caso hemos de negar, como hace el TS respecto del robo violento, la continuidad.

Como tercer argumento señalaré que es preferible desde el punto de vista material esta interpretación restrictiva<sup>60</sup>, ya que la excepción a la excepción no parece justificada. El art. 74. 3 CP desde el punto de vista político-criminal carece de un fundamento satisfactorio<sup>61</sup>.

No puedo alcanzar a ver, por qué nuestro legislador, considerando que en los ataques contra la libertad sexual se están protegiendo bienes eminentemente personales, y rechazando la posibilidad de aplicación de esta figura cuando nos encontramos ante ofensas a bienes eminentemente personales, sin embargo, permite la posibilidad de que en el caso de encontrarnos ante ataques a la libertad sexual quepa la continuidad delictiva, o ¿es que acaso el fundamento que nuestro legislador ha encontrado para eliminar dicha posibilidad de aplicación ante ofensas a bienes eminentemente personales, no podemos encontrarlo en ataques a la libertad sexual? Así ha señalado Díaz Roca<sup>62</sup> que si la razón de ser de la exclusión del delito continuado de los bienes eminentemente personales es la necesidad de mayor protección de valores jurídicos de la persona, que son los más relevantes del Ordenamiento, no se comprende muy bien, —y yo tampoco lo comprendo— la inclusión de los bienes jurídicos del honor y, sobre todo, de la libertad sexual en las hipótesis de continuidad delictiva, dado que la apreciación de ésta conlleva la aplicación de una pena menor. También para Choclán Montalvo es difícil encontrar una justificación material a la degradación a que se ven sometidos estos bienes<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> En el mismo sentido se ha manifestado recientemente CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, p. 278: «por su excepcionalidad, parece imponerse una interpretación sumamente restrictiva de los supuestos en que cabe estimar un delito continuado de acciones plurales dirigidas contra tales bienes, sin duda altamente personales.»

<sup>61</sup> En este sentido SUAREZ GONZÁLEZ, en: RODRIGUEZ MOURULLO (director), *Comentarios al CP 1997*, p. 266, siguiendo a GONZALEZ CUSSAC.

<sup>62</sup> DÍAZ ROCA, *Derecho Penal General*. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, 1996, p. 260.

<sup>63</sup> CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, p. 278: «La única explicación que se encuentra es que la ley ha regulado la relación de continuidad tratando de acomodar la figura a la casuística de la jurisprudencia, que, recuérdese, no tenía base dogmática alguna, de ahí la dificultad de una explicación dogmática de la propia ley».

No debemos olvidar que «cada vez que se reitera el ataque a la libertad sexual de una persona se reproduce la inmisión en su intimidad más profunda y la vejación que la imposición violenta del acto sexual no querido representa»<sup>64</sup>. «En los delitos de violación la agresión a los bienes jurídicos tienen una doble dimensión que se proyecta por un lado a la libre disposición de la actividad sexual, y por otro, constituyen un ataque a la libertad y dignidad de la persona que es un bien eminentemente personal que sufre en cuantas ocasiones sea vulnerado.»<sup>65</sup> «Cada ataque a la libertad sexual en el máximo rango de ilicitud penal, que es el caso de los accesos carnales realizados mediante fuerza o intimidación o alguna de las otras modalidades previstas en el art. 429 (del anterior CP), es una ofensa personal que tiene estructura delictiva propia y merece su propia pena, y la repetición de estos actos lleva consigo una necesaria repetición de la punición para dar la debida respuesta al disvalor que cada acto en sí mismo contiene»<sup>66</sup>.

Por ello, de *lege ferenda*, estimo que sería recomendable eliminar dicha posibilidad de aplicación del delito continuado a los delitos contra la libertad sexual. Sin embargo, lo que está suficientemente claro es que el CP vigente elimina la posibilidad de aplicación de delito continuado cuando nos encontramos ante ataques a bienes eminentemente personales, y en los supuestos que hemos venido comentando esto se produce sin ningún género de duda, ya que junto al ataque a la libertad sexual se produce un ataque a otros bienes eminentemente personales, porque esa agresión sexual no es sino una lesión de la libertad sexual acompañada de violencia o intimidación, con las que se están lesionando otros bienes eminentemente personales.

Si admitimos la posibilidad de delito continuado en las agresiones sexuales, parece que estuviéramos incentivando al delincuente a que una vez que ha realizado una de estas agresiones puede continuar haciéndolo ya que la pena que se le va a imponer va a ser sólo algo mayor, es decir por un injusto realmente superior se pagaría un precio punitivo levemente mayor.

**VI.** Por ello, en la STS 12-7-97 analizada es inaplicable el art. 69 bis del CP anterior:

1º) Porque como ya he manifestado más arriba mantengo la tesis de la inaplicabilidad de la continuidad delictiva cuando nos encontramos ante agresiones sexuales (ataque a la libertad sexual+violencia o intimidación).

<sup>64</sup> Así lo reconoce el propio TS en St. de 22-11-1994 (A 9141).

<sup>65</sup> Esto lo señala el TS en St. de 5-12-1994 (A 10066).

<sup>66</sup> En este sentido, STS 17-4-196 (A 2906).

En este caso nos encontramos con ataques a la libertad sexual de Carmen, pero estos ataques no se limitan a lesionar su libertad sexual, sino que al producirse por medio de intimidación están lesionando y poniendo en peligro otros bienes jurídicos. Bienes jurídicos todos ellos personalísimos, de los cuales el texto legal prohíbe la continuidad delictiva, porque como ya ha quedado claro, si bien nuestro texto legal permitía y permite, —porque esto no ha sido modificado—, aplicar la continuidad delictiva a los delitos contra la libertad sexual, teniendo siempre en cuenta la naturaleza del hecho y el precepto penal infringido, en los casos en que además de la libertad sexual se atacan o lesionan otros bienes jurídicos personalísimos no es posible aplicar la continuidad delictiva. Si el legislador hubiera querido que cuando nos encontramos ante delitos contra la libertad sexual fuera siempre posible la aplicación del delito continuado, no hubiera añadido que para su aplicación se tendrá en cuenta la naturaleza del hecho y el precepto penal infringido, y si lo ha hecho así ha sido porque ha querido poner de manifiesto que si además de ese ataque a la libertad sexual se produce otro ataque a un bien jurídico personalísimo no es posible aplicar la continuidad delictiva.

Podemos claramente observar que en este caso se lesionó la libertad ambulatoria de Carmen privándosele de su libertad. El propio TS reconoce para no admitir el delito de rapto que la privación de la libertad es inherente al delito de violación, que esa privación de la libertad ambulatoria es necesaria para la ejecución de la violación y que carece de la autonomía necesaria para fundamentar una lesión jurídica independiente. Es decir, que aquí el TS está reconociendo que con la violación se está además lesionando la libertad ambulatoria de Carmen, luego nos encontramos ante un bien jurídico personalísimo que está siendo violado, siendo indiferente por lo que a nosotros ahora respecta que pueda o no fundamentar una lesión jurídica independiente. Se lesionan además, en mi opinión, otros bienes jurídicos como la dignidad y hasta la escrupulosidad física de la víctima, objeto de vejaciones y aberraciones repugnantes<sup>67</sup>, como lo es el hecho de que Carmen tuviera que realizarle una felación a Miguel, a pesar de tener éste el órgano viril manchado de sangre.

2º). Aunque nos olvidáramos del bien jurídico personalísimo, y aplicáramos la jurisprudencia del TS en estos casos, en los que en algunas ocasiones admite la posibilidad de aplicación de delito continuado y en otras no; aplicando la propia doctrina del TS no podemos decir que estamos ante un delito continuado de violación.

Hubo una primera penetración vaginal por parte de Miguel, después transcurrió un rato en el que Miguel y su víctima estuvieron fumando; por lo tanto

---

<sup>67</sup> Esto lo dice el TS en St. de 26-12-1990 ( A 10081)

hasta ese momento tenemos un delito de agresión sexual del art. 179 del CP (prisión de 6 a 12 años), ó si aplicamos el CP anterior que fue el que aplicó el TS un delito de violación del art. 429.1 del CP (reclusión menor: 12 años y un día a 20 años).

Un segundo momento, más adelante, como establece el propio relato de los hechos, en el que Miguel exigió de nuevo tener contacto sexual, así aquí se está volviendo a intimidar a la víctima. En esta ocasión la víctima fue obligada a realizar una felación, cuando Miguel estuvo excitado quiso penetrarla analmente, aunque desistió para terminar penetrando vaginalmente. Este segundo momento lo englobamos dentro de un todo, aquí hay una única agresión sexual, es un único acto compuesto de diversas secuencias, distintos movimientos englobados dentro de un todo, y que no pueden ser separados entre sí, como ha quedado señalado al analizar la jurisprudencia del TS, en este caso estamos ante las sentencias que niegan la posibilidad de delito continuado por encontrarnos ante un único delito. Así, de nuevo una agresión sexual del art. 179 del CP (prisión de 6 a 12 años), ó si aplicamos el CP anterior un delito de violación del art. 429 CP (reclusión menor: 12 años y un día a 20 años). En este caso el juzgador, dentro de los márgenes de individualización de la pena, habrá de imponer una pena mayor que en el caso anterior (ello porque ha habido varias penetraciones).

Por lo tanto, nos encontramos ante un concurso real de delitos<sup>68</sup>. Dos hechos perfectamente diferenciados y separados en el tiempo por, como dice el relato de los hechos: «...un rato no determinado en los que ambos estuvieron fumando».

Recapitulando, cuando nos encontremos ante varios ataques a la libertad sexual realizados por medio de violencia o intimidación la solución será —en mi opinión—, bien considerar que nos encontramos ante un único delito, o bien que nos hallamos ante una pluralidad de infracciones:

- 1 Resulta un solo delito al considerar los diversos acometimientos sexuales como un acto único, como hace el TS en la línea jurisprudencial que considera en ciertas ocasiones que estamos ante una unidad natural de acción. Y ello porque como señala el TS «el acto sexual, incluso el violento o forzado, necesita de sucesivas penetraciones o movimientos que buscan

---

<sup>68</sup> Art. 73 CP. «Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible por la naturaleza y efectos de las mismas».

el clímax culminante<sup>69</sup>». En el mismo sentido se manifiesta un importante sector de la doctrina<sup>70</sup>.

Cuando se realizan varios actos deshonestos con la misma persona y en la misma unidad de acción, no hay —en opinión de Suárez Rodríguez— continuidad delictiva, para él existe, «pese a la diversidad de actos en sentido naturalístico, una unidad valorativa del hecho globalmente considerado; esta unicidad fundamenta un tratamiento singular, no plural»<sup>71</sup>.

Para Orts Berenguer<sup>72</sup> la comisión de sucesivos coitos en unidad de tiempo y espacio, parece que debe reputarse como una sola acción: «el sujeto activo sacia su deseo sobre la mujer mediante dos o más coitos».

Respecto de una felación y una penetración vaginalmente sin eyacular estima Suay Hernández<sup>73</sup> que nos encontramos ante un único hecho, aunque integrado de diversos actos parciales. Suay es partidaria para establecer la distinción entre unidad y pluralidad de hecho del criterio denominado de «concepción natural de la vida», según el cual «constituyen unidad de hecho las diversas partes que componen el curso de un suceso y que mentalmente pueden ser separadas, en tanto los distintos actos parciales se hayan conducido mediante una resolución de voluntad unitaria y

---

<sup>69</sup> STS de 30-6-1994 (A 1387).

<sup>70</sup> Así y siguiendo literalmente a SUAREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, 1995, p. 397: «es casi un dogma el entender que la infracción se consumará con la realización de un solo acto sexual en las condiciones típicas, sin que la coetánea práctica de varios sobre la misma persona suponga ulteriores calificaciones. En esta línea ha dicho MAGALHAES que si en la misma acción el agente lleva a efecto varios actos libidinosos con la víctima, no se puede hablar de pluralidad de crímenes ni de delito continuado, sino de delito único. Asimismo, es opinión de JIMÉNEZ HUERTA la de que cuando los actos sexuales realizados fuesen físicamente varios, pero efectuados en un mismo contexto de acción, existirá un único delito. También para BERTOLINO se realiza el ilícito con el cumplimiento de un solo acto libidinoso, y si en el mismo contexto se cumplimentan varios, ello no empece a su calificación como infracción única. Siguiendo a su compatriota plantea ANTOLISEI que un solo acto es suficiente para concretar el delito, y si los actos son múltiples, pero se desarrollan contextualmente es decir, sin que entre uno y otro transcurra un lapso de tiempo relevante, no habrá, según las reglas generales, una pluralidad de delitos, sino un único delito. En el mismo sentido se pronuncia PECORARO-ALBANI».

<sup>71</sup> SUAREZ RODRÍGUEZ, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, 1995, pp. 397 y s.

<sup>72</sup> ORTS BERENGUER, *El delito de violación*, 1981, p. 91. Haciendo referencia al delito de violación en el anterior Código penal y sin que aún estuviese en el texto legal contemplada la posibilidad de delito continuado.

<sup>73</sup> SUAY HERNÁNDEZ, *Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación*, LL, 1992-1, pp. 1062 ss.

se encuentren en una conexión temporal y espacial tan estrecha que pueda ser sentida como unidad por un espectador imparcial»<sup>74</sup>.

- 2 Distintas infracciones autónomas e independientes entre sí al estar específicamente individualizadas espacial y temporalmente. Es decir, que nos encontraremos ante un concurso real de delitos. En los casos en que podamos distinguir perfectamente distintas acciones, nos encontraremos ante una pluralidad de delitos y por ello deberemos acudir al concurso real de delitos, esto es, cuando se rompa el contexto de acción respecto de la misma persona, este camino ha sido también seguido por la jurisprudencia del TS.

En este sentido se manifiesta también la doctrina, señala Suárez Rodríguez<sup>75</sup> que cuando se trate de contextos de acción distintos sobre la misma persona, simultánea o sucesivamente, y pese a la permisibilidad del art. 69 bis CP (hoy del art. 74 CP, que continúa permitiéndonos ésto), es oportuno mantener, la negativa a admitir la continuidad delictiva. En el mismo sentido Orts Berenguer<sup>76</sup> señala, que «la repetición de accesos carnales desconectados en el tiempo y en coyunturas diferentes, genera lisa y llanamente un concurso real de infracciones». Para Orts Berenguer en el caso de realización de varios accesos carnales con idéntico sujeto pasivo, siempre que se dé la interacción exigida por el Tribunal Supremo, no existe, en principio inconveniente en apreciar «la reiterada continuidad delictiva si atendiéramos exclusivamente a la razón represiva —dado que aquélla puede ser, en la práctica, más gravosa para el reo—, de no ser, por la naturaleza tan altamente personal del bien comprometido en la violación, al, que repugna semejante tratamiento, sean los distintos acoplamientos fruto del mismo o de diferente celo».<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> SUAY HERNÁNDEZ, Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación, LL, 1992-1, p. 1071.

<sup>75</sup> SUAREZ RODRÍGUEZ, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, 1995, p. 402.

<sup>76</sup> ORTS BERENGUER, Delitos contra la libertad sexual, 1995, p. 155.

<sup>77</sup> ORTS BERENGUER, Delitos contra la libertad sexual, 1995, pp. 154 y s.

# La usurpación de estado civil

Fernando de la Fuente Honrubia

Profesor de Derecho penal

Universidad de Alcalá

- I. **El delito de usurpación de estado civil se encuentra regulado en el art. 401 del Código Penal. En él se sanciona con la pena de prisión de seis meses a tres años a “el que usurpare el estado civil de otro”.**

## 1 Antecedentes históricos

La regulación del delito de usurpación de estado civil trae su origen de la regulación del Código Penal de 1848, que lo incluía entre los delitos contra el estado civil. En los Proyectos previos de Código Penal se pretendió regular estas conductas, teniendo especial interés el Proyecto de Código Penal de 1831 de Sainz de Andino. En este Proyecto en la tipificación de la usurpación de estado civil cabía destacar su ubicación sistemática entre las falsedades, la concurrencia del elemento subjetivo “intención de conseguir alguna ventaja” y la existencia de una cláusula concursal cuando por medio de la falsedad se ocasionara algún perjuicio a la persona sustituida.

La regulación del delito de usurpación de estado civil no varía desde 1848 a excepción del Código Penal de 1928, en la cual cabe destacar: la distinción legal entre fingimiento y usurpación de estado civil y la exigencia en el primer caso de un propósito de beneficio y en el segundo del de suplantar la personalidad de otro<sup>1</sup>.

En el Código Penal de 1944/73 se mantiene la regulación tradicional entre los delitos contra el estado civil de las personas regulándose en el art. 470 junto con la suposición de parto.

---

<sup>1</sup> Cfr. ampliamente BOIX REIG, El delito de usurpación de estado civil, Valencia, 1980, pp. 23 ss.



En el Código Penal de 1995 se retoma la ubicación sistemática del precepto dentro de las falsedades configurándose un capítulo autónomo para su regulación (Cap. IV, Tít. XVIII, Libro II), tal y como se había incluido en el Proyecto de 1980 y Anteproyecto de 1983; línea que básicamente mantienen los Proyectos de 1992 y 1994<sup>2</sup>.

## II. El tipo objetivo

### 1 Bien jurídico protegido

El hecho de que este delito haya sido objeto de regulación en los distintos "corpora iuris" del proceso codificador ha supuesto que la mayoría de los autores a la hora de analizar su naturaleza hayan acogido la aseveración de QUINTANO, quien lo calificaba como "genuinamente de stirpe hispánica"<sup>3</sup>.

Una de las principales cuestiones que ha sido objeto de análisis por la doctrina ha sido el bien jurídico protegido. Por una parte de la doctrina se defiende que el bien jurídico protegido es el estado civil. Otra parte de la doctrina, sin embargo, mantiene que el bien jurídico protegido es la fe pública.

- a) *El estado civil como bien jurídico protegido*: Fundamentalmente los partidarios de esta postura mantienen que lo que realmente se protege es el estado civil familiar<sup>4</sup>. Esta posición ha sido ampliamente debatida partiendo de la propia definición de estado civil donde se contemplan distintas condiciones que conforman la personalidad de un individuo. Evidentemente la faceta familiar constituye un aspecto fundamental del estado civil, pero no puede ser considerada como la única, aunque sí como la más particular<sup>5</sup>. En el Derecho civil la doctrina ha intentado delimitar sin demasiado éxito el concepto de estado civil. La única conclusión positiva que se puede alcanzar es que, en cualquier caso, estamos hablando de un conjunto de circunstancias, cualidades o atributos que identifican jurídicamente a una

<sup>2</sup> BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Manual DP, PE, III, Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil, 3ª ed., Madrid, 1995, p. 318.

<sup>3</sup> QUINTANO RIPOLLES, Comentarios al Código Penal, Madrid, 1966, p. 864.

<sup>4</sup> Entre otros partidarios de considerar al estado civil (familiar) como bien jurídico protegido: MUÑOZ CONDE, DP, PE, 11ª ed., Valencia, 1996, pp. 251 ss; Comentando el Título XII del Libro II del Código Penal, el autor entiende que se debe clasificar "en función de los dos bienes jurídicos que sirven de fundamento a la creación de los delitos que en él se contienen: el estado civil familiar y los derechos y deberes familiares que afectan a la seguridad material", incluyéndose en el primer grupo "el delito de usurpación de estado civil, que en el Código Penal se regula entre las falsedades". Tb. parece bien inclinarse por esta posición QUERALT JIMÉNEZ, DPE, PE, 3ª ed., 1996, Barcelona, p. 558.

<sup>5</sup> BOIX REIG, El delito de usurpación de estado civil, 1980, pp. 26-27.

En el Código Penal de 1995 se retoma la ubicación sistemática del precepto dentro de las falsedades configurándose un capítulo autónomo para su regulación (Cap. IV, Tít. XVIII, Libro II), tal y como se había incluido en el Proyecto de 1980 y Anteproyecto de 1983; línea que básicamente mantienen los Proyectos de 1992 y 1994<sup>2</sup>.

## II. El tipo objetivo

### 1 Bien jurídico protegido

El hecho de que este delito haya sido objeto de regulación en los distintos "corpora iuris" del proceso codificador ha supuesto que la mayoría de los autores a la hora de analizar su naturaleza hayan acogido la aseveración de QUINTANO, quien lo calificaba como "genuinamente de stirpe hispánica"<sup>3</sup>.

Una de las principales cuestiones que ha sido objeto de análisis por la doctrina ha sido el bien jurídico protegido. Por una parte de la doctrina se defiende que el bien jurídico protegido es el estado civil. Otra parte de la doctrina, sin embargo, mantiene que el bien jurídico protegido es la fe pública.

- a) *El estado civil como bien jurídico protegido*: Fundamentalmente los partidarios de esta postura mantienen que lo que realmente se protege es el estado civil familiar<sup>4</sup>. Esta posición ha sido ampliamente debatida partiendo de la propia definición de estado civil donde se contemplan distintas condiciones que conforman la personalidad de un individuo. Evidentemente la faceta familiar constituye un aspecto fundamental del estado civil, pero no puede ser considerada como la única, aunque sí como la más particular<sup>5</sup>. En el Derecho civil la doctrina ha intentado delimitar sin demasiado éxito el concepto de estado civil. La única conclusión positiva que se puede alcanzar es que, en cualquier caso, estamos hablando de un conjunto de circunstancias, cualidades o atributos que identifican jurídicamente a una

<sup>2</sup> BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Manual DP, PE, III, Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil, 3ª ed., Madrid, 1995, p. 318.

<sup>3</sup> QUINTANO RIPOLLES, Comentarios al Código Penal, Madrid, 1966, p. 864.

<sup>4</sup> Entre otros partidarios de considerar al estado civil (familiar) como bien jurídico protegido: MUÑOZ CONDE, DP, PE, 11ª ed., Valencia, 1996, pp. 251 ss; Comentando el Título XII del Libro II del Código Penal, el autor entiende que se debe clasificar "en función de los dos bienes jurídicos que sirven de fundamento a la creación de los delitos que en él se contienen: el estado civil familiar y los derechos y deberes familiares que afectan a la seguridad material", incluyéndose en el primer grupo "el delito de usurpación de estado civil, que en el Código Penal se regula entre las falsedades". Tb. parece bien inclinarse por esta posición QUERALT JIMÉNEZ, DPE, PE, 3ª ed., 1996, Barcelona, p. 558.

<sup>5</sup> BOIX REIG, El delito de usurpación de estado civil, 1980, pp. 26-27.

persona y determinan su capacidad jurídica de obrar. *De facto* el art. 1 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, engloba en el estado civil un conjunto de datos (filiación, matrimonio, vecindad, nacionalidad) que sirven para que una persona adquiera concreción legal, proyectándose todo ello sobre la seguridad jurídica de la sociedad.

La importancia del control y protección del estado civil se plasma en numerosas manifestaciones del ordenamiento jurídico. Extrapenalmente las normas que lo regulan adquieren naturaleza de orden público y conllevan procedimientos de protección muy estrictos (p.ej. intervención del Ministerio Fiscal, utilización del procedimiento ordinario de mayor cuantía para las cuestiones relativas al estado civil que se susciten ante los Tribunales, etc.). De ello se extrae precisamente la importancia del bien jurídico protegido y la necesidad de su protección penal.

- b) La fe pública como bien jurídico protegido: La doctrina mayoritaria desde hace tiempo viene abogando por considerar éste delito como falsedad. En los Proyectos previos al Código Penal de 1995, ya se recogía esta posición doctrinal, la cual ha sido plasmada en el art. 401. Se trata en definitiva de considerar al delito como la falsedad aplicada a la persona. Según BOIX REIG lo que realmente se protege en el conjunto de delitos falsarios es la seguridad en las relaciones jurídicas, la cual engloba a su vez la intangibilidad de los medios de prueba y la tutela de la fe pública. La usurpación del estado civil conlleva un atentado a la fe pública, dado que en la sustitución de otra persona se atenta contra los medios legales y materiales de identificación de la persona<sup>6</sup>.

La intención de un sujeto de aparentar un estado civil que no le corresponde y bajo esta apariencia se presenta y relaciona con los demás, supone para BOIX REIG que el objeto tutelado es la seguridad del tráfico jurídico, como en el resto de las falsedades<sup>7</sup>.

LASCURAÍN SÁNCHEZ entiende que lo realmente peculiar en este delito en cuanto falsedad es, por un lado, la discordancia entre la identidad de un individuo y la que él aparenta, con el dato añadido de que la simulada corresponde a otra persona, y por otro lado, la trascendencia de la conducta falsaria, al constituir la identificación de las personas un instrumento esencial de la vida social<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Ibidem, pp. 32-33.

<sup>7</sup> BOIX REIG en: VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, DP, PE, 2ª ed., Valencia, 1996, p. 670; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, Comentario al art. 401, en: VIVES ANTÓN (Coord.), Comentarios al CP de 1995, Vol. II, Valencia, 1996, pp. 1763 ss.

<sup>8</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Comentario al art. 401 en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.)/JORGE BARREIRO (Coord.), Comentarios al CP, Madrid, 1997, pp. 1078 ss. En el mismo sentido RODRÍGUEZ RAMOS en: COBOS GÓMEZ DE LINARES/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, Manual de DP, PE, I, Madrid, 1990, pp. 281-282, quien en el análisis del antiguo art. 470 del CP 1944/73 manifestaba que "este

- c) Postura mixta: Otros autores como QUINTERO OLIVARES entienden que el CP de 1995, al regular este delito junto con las falsedades personales, da mayor importancia al engaño dirigido a una indeterminada cantidad de personas a las que se hace creer ser otra persona que al ataque al estado civil en cuanto a derecho de su titular. Pero ello no obsta que "la dimensión de ofensa al derecho del titular del estado civil usurpado sigue estando presente en la axiología de esta infracción, y confiere a ese titular si es que vive, lo cual no es imprescindible, la condición de perjudicado"<sup>9</sup>. Realmente, el aspecto falsario de este delito por el que se atenta contra la fe pública tiene su importancia en la quiebra que se produce de la seguridad jurídica y de las relaciones entre los individuos que componen una sociedad. Pero no es menos cierto que también se atenta gravemente contra el propio estado civil en tanto se atenta contra las facultades, circunstancias y elementos que lo componen. Como conclusión podríamos afirmar que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, donde los bienes jurídicos protegidos son diversos pasando a ser la ubicación en uno u otro grupo de delitos una cuestión puramente formal<sup>10</sup>.

### 3 Sujeto activo y pasivo

- a) *Sujeto activo*: Puede serlo cualquier persona sin limitación alguna, es por tanto, un delito común. No se configuran tipos agravados o privilegiados teniendo en cuenta circunstancias tales como el parentesco, lo que podría denotar un mayor o menor desvalor según las circunstancias.
- b) *Sujeto pasivo*: Aquí se plantea el mismo problema expuesto anteriormente. El sujeto pasivo será el titular del bien jurídico afectado. Por tanto cabe decir que como tal puede ser considerado el titular del estado civil usurpado si entendemos que el bien jurídico protegido es el estado civil, o bien podemos considerar que puede ser la propia sociedad en atención a la quiebra que se produce en la seguridad de las relaciones jurídicas de los ciudadanos si entendemos que el bien jurídico protegido es la fe pública. Como ya expuse con anterioridad, según mi punto de vista, nos encontramos ante un delito pluriofensivo donde se ven afectados diversos bienes

---

comportamiento es claramente falsario y muy próximo al uso de nombre supuesto, diferenciándose de los precedentes (demás delitos contra el estado civil) por la ausencia de alteridad en el sujeto activo que asume el mismo el estado civil de otro, con ánimo de confundir las relaciones jurídicas pero sin un propósito de privar a ningún recién nacido de su filiación, peculiaridad que configura el delito como contrario a la seguridad del tráfico jurídico más que ofensivo al estado civil absoluto de alguien, que no lo va a perder ni corre riesgo alguno de perderlo".

<sup>9</sup> QUINTERO OLIVARES, Comentario al art. 401 CP, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ VALLE MUÑOZ (Coord.), Comentarios al Nuevo CP, Pamplona, 1996, p. 1756.

<sup>10</sup> En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Manual DP, PE, III, 3ª ed., 1995, pp. 324 ss.

jurídicos. Por tanto sujeto pasivo lo será el titular del estado civil y la propia sociedad.

En cualquier caso no debemos confundir el sujeto pasivo del delito con los perjudicados directos por su comisión. Así cuando se usurpa el nombre, filiación o relación parental de una persona, pueden existir perjudicados directos dependiendo del derecho o circunstancia usurpada (p.ej. los herederos si el usurpador pretende conseguir un beneficio suplantando la personalidad de otro heredero).

#### 4 La conducta típica:

- a) *Alcance del concepto de usurpación de estado civil:* La conducta consiste en "usurpar" siendo el objeto de usurpación el estado civil de otro. Por usurpar hemos de entender la acción de atribuirse algo que no es propio, o, según recoge la STS de 15-XII-1982: "quitar a uno lo suyo; arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, esto es fingir su personalidad para usar de los derechos que le pertenecen". Por estado civil, como hemos mencionado anteriormente, hemos de entender el conjunto de condiciones familiares que configuran la personalidad de un individuo y su usurpación, según afirma la STS de 23-V-1986, es fingirse una persona para usar de sus derechos suplantando su filiación, su paternidad, sus derechos conyugales con el ánimo de sustituirla, siendo en definitiva, la falsedad aplicada a la persona<sup>11</sup>.
- b) *Diferenciación de la conducta típica con el uso público de nombre supuesto:* Es importante diferenciar las conductas típicas que dan lugar al delito de usurpación de estado civil y las que daban lugar al uso público de nombre supuesto. Si bien esta cuestión ya no tiene tanta relevancia cómo cuando el uso público de nombre supuesto estaba tipificado como delito en el CP 1944/73 (art. 322), lo que daba lugar a problemas concursales, lo cierto es que, la variedad de supuestos típicos nos lleva a analizar brevemente ambas conductas a los efectos de concreción del tipo objeto de estudio. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que, si bien existen semejanzas entre ambas conductas, se diferencian fundamentalmente en que en la usurpación de estado civil se exige existencia real y efectiva de la persona y persistencia en la ficción con el consecutivo ejercicio efectivo

---

<sup>11</sup> Sirvan como ejemplo los siguientes supuestos de hecho para una mayor comprensión de la conducta típica: 1) Un condenado a pena de prisión al que se le tiene por desaparecido y muerto suplanta la personalidad de otra persona que salió de España, de niño, hace 30 años y de la que no se tienen noticias. Falsifica sus documentos identificativos, compra y vende propiedades propias del usurpado, dota de los apellidos a sus hijos, etc. 2) Una mujer casada huye de su país en compañía de su amante. Al llegar a España, utilizan documentos falsificados suplantando la personalidad del verdadero cónyuge, haciéndose pasar el amante por el usurpado.

de las facultades inherentes a la ajena personalidad<sup>12</sup>. En el uso público de nombre supuesto, sin embargo, el autor se limita a enmascarar o disfrazar su propia identidad pero sin suplantar o atribuirse otra ajena, ni subrogarse, o intentarlo, en la posición jurídico-familiar de otra persona<sup>13</sup>. Durante la vigencia del delito de uso público de nombre supuesto, la doctrina recogió distintas diferencias y similitudes entre éste y el delito de usurpación de estado civil, destacando fundamentalmente las siguientes<sup>14</sup>:

-Nombre supuesto equivale a nombre que no es propio, a nombre falso. Para que se concretara el tipo legal del art. 322 CP 1944/73 bastaba con que el nombre fuera imaginario o de una persona existente. Precisamente aquí encontramos la primera diferencia. En el delito de usurpación de estado civil, como veremos en el apartado siguiente, la mayoría de la doctrina entiende que no cabe suplantar la personalidad de una persona imaginaria y por ende tampoco su nombre. La realización de esta conducta nos lleva a la impunidad, dado que es atípica por no encajar en el actual art. 401 y por la destipificación practicada por el CP 1995 del uso público de nombre supuesto

-El uso público de nombre supuesto no imposibilita ni impide a la persona cuyo nombre se toma usar de sus derechos, profesión u oficio, ni conlleva, como en la usurpación de estado civil, el propósito y el hecho de asumir, suplantándola, la personalidad ajena y los derechos y acciones que a ésta corresponden. Por tanto, cuando una persona se limita a usar el nombre de otra sin ejercer los derechos que lleva inherentes su estado civil, nos encontramos ante una conducta atípica, si bien puede ser objeto de un ilícito extrapenal.

---

<sup>12</sup> Véase STS 23-V-1986 (JTS 1986 núm. 756), donde se casa la sentencia de la Audiencia que entendía como delito de usurpación de estado civil la conducta de la acusada de personarse en la comisaría de policía de ..., fingiendo ser su hermana..., la que había sido citada de comparecencia en dicho centro para declarar en un atestado que se instruía por robo, firmando como tal el acta de información de derechos, prestando igualmente declaración. El TS consideró que la conducta debía ser encuadrada en el tipo del art. 322 como uso público de nombre supuesto.

<sup>13</sup> Véase STS 26-III-1991 (JTS 1991 núm. 1.220) donde se casa la sentencia de la Audiencia que entendía concurría un delito de usurpación de estado civil en la conducta del acusado de buscarse una nueva identidad al objeto de eludir la responsabilidad criminal derivada de una causa militar, para lo cual obtuvo una partida de nacimiento de su hermano y con ella un DNI y un permiso de conducir, actuando en el acto de juicio oral de otra causa distinta condenado con el nombre supuesto. El TS entiende que la conducta se encuadra en el tipo del art. 322 como uso indebido de nombre supuesto, dado que el procesado no actuó con el propósito de ejercitar derechos y acciones de su hermano, respecto del cual no constaba si vivía o había fallecido.

<sup>14</sup> Cfr. entre otros: CUELLO CALÓN, DP, PE, II, 14ª ed., Barcelona, 1982, pp. 304 ss; BUSTOS RAMÍREZ, Manual DP, PE, Barcelona, 1986, pp. 420 ss; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DPE, PE, 18ª ed., Madrid, 1995, pp. 1011 ss; ampliamente CÓRDOBA RODA, Comentarios al CP, III, Barcelona, 1978, pp. 1061 ss.

c) *Delimitación de la conducta típica en relación con la persona del usurpado:*

La doctrina mayoritaria está de acuerdo en que la persona suplantada ha de ser real, no imaginaria, dado que como tal sólo las personas reales poseen estado civil. En este tipo de supuestos, nos encontraríamos ante tentativas absolutamente irreales e impunes (p.ej. intentar suplantar la personalidad de un sujeto ficticio o engendrado en la imaginación o tradición popular).

Quizás la cuestión más controvertida es determinar si la persona suplantada debe estar viva o puede suplantarse a una persona fallecida. Un sector doctrinal estima que sólo es posible usurpar el estado civil de una persona viva, dado que éste cesa con la muerte<sup>15</sup>. Otro sector doctrinal considera sin embargo que lo importante es la acción de suplantar a otra persona, esté viva o no<sup>16</sup>. A este respecto, la jurisprudencia ha manifestado reiteradamente "que la persona sustituida ha de ser real y existente, nunca imaginaria, y además viva pues no es apta para la usurpación pasiva la persona fallecida"<sup>17</sup>.

Para determinar si dentro de la conducta típica podemos encuadrar la suplantación de una persona fallecida, hemos de tomar en consideración lo ya expuesto en relación con el bien jurídico protegido. Evidentemente, si partimos de la idea de que el único bien jurídico protegido es el estado civil, es imposible conceptuar la usurpación del mismo cuando el sujeto pasivo ha fallecido. Si lo que pretende el ordenamiento jurídico es proteger el estado civil de las personas evitando que otras lo suplanten, realmente este no puede ser amenazado si ya no existe. Podrían ser amenazados p.ej. los derechos de sucesión de los herederos, el honor de la persona fallecida, etc., pero no ya su estado civil. Nos encontraríamos por tanto ante la posible concurrencia de otros tipos penales como la estafa, pero no ya el de usurpación de estado civil.

Por otra parte, si entendemos que el bien jurídico protegido es la fe pública en su vertiente de la seguridad jurídica intrínseca a la confianza que ciertos comportamientos y aseveraciones de identidad inspiran en las relaciones jurídicas y sociales, hemos de afirmar que idéntico riesgo se corre si la usurpación se produce esté o no viva la persona del titular del estado civil o personalidad usurpada<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Véase BAJO FERNÁNDEZ/DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Manual de DP, PE, III, 3ª ed., 1995, p. 325, quienes amparándose en diversas sentencias del Tribunal Supremo afirman que no es apta para la usurpación pasiva la persona fallecida. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, Manual DP, PE, I, 1990, p. 281; QUERALT JIMÉNEZ, DPE, PE, 3ª ed., 1996, pp. 557-558.

<sup>16</sup> Cfr. BOIX REIG, El delito de usurpación de estado civil, 1980, pp. 35-36; DP, PE, 1996, p. 671; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en: VIVES (Coord.), Comentarios, 1996, p. 1765.

<sup>17</sup> Cfr., entre otras, STS 23-V-1986 (JTS 1986 núm. 756).

<sup>18</sup> En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, Comentarios, 1996, p. 1758, quien afirma que a partir del CP de 1995 no estamos ante "un delito esencialmente constituido por un

Partiendo del concepto mixto de bien jurídico afectado que defiendo, el mero hecho de considerar como uno de los bienes jurídicos protegidos a la fe pública no nos puede llevar a afirmar que cabe la usurpación del estado civil de una persona viva o no, es decir, que tiene o tuvo un estado civil concreto y determinado. Al ser dos los bienes jurídicos protegidos en este delito (fe pública y estado civil personal), la ausencia de ataque a uno de ellos —estado civil personal— implica forzosamente la atipicidad de esa conducta.

## 5 Clase de delito

Como hemos mencionado, la acción consiste en usurpar los derechos y cualidades de otra persona suplantando su personalidad. Según BOIX REIG<sup>19</sup>, a diferencia de otras clases de usurpación mal puede pensarse en que esta usurpación pueda realizarse sin que se haga uso o utilización del propio objeto usurpado. Así este delito se consuma por la mera realización de la actividad de suplantación, atribución o apropiación de la personalidad de otro. Estaríamos por tanto ante un delito de simple actividad donde el tipo exige una determinada conducta, sin necesidad de un ulterior resultado distinto de aquella<sup>20</sup>.

En contraposición, otro sector doctrinal califica a este delito como resultativo, entendiendo que para la consumación del mismo es necesario ejercer ciertos derechos, principalmente patrimoniales. MUÑOZ CONDE entiende que es necesario el ejercicio de alguno de los derechos o acciones que engloban el estado civil, suplantándolo aunque sólo sea momentáneamente<sup>21</sup>

En mi opinión, nos encontramos ante un delito de simple actividad donde el tipo penal no exige resultado alguno para su consumación. Indudablemente, en la mayoría de las ocasiones, la usurpación irá seguida de un resultado

---

ataque al estado civil de otra persona, sino ante una falsedad personal, que como tal puede cometerse con independencia de que ya no exista el titular del estado civil personalmente interesado en que éste sea respetado". Igual postura se manifiesta por RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP español, PE, 18ª ed., 1995, p. 266; SERRANO GÓMEZ, DP, PE, 3ª ed., Madrid, 1998, pp. 700-701, si bien acudiendo al criterio de que también los difuntos tienen un estado civil, no que se trate de un delito falsario.

<sup>19</sup> BOIX REIG, El delito de usurpación de estado civil, 1980, pp. 36 ss; DP, PE, 1996, p. 671; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en VIVES (Coord.), Comentarios, 1996, p. 1765.

<sup>20</sup> En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Curso de DP español, PE, II, Madrid, 1997, p. 257; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, DPE, PE, 2ª ed., Madrid, 1996, p. 390, aunque con el inciso de que podríamos encontrarnos ante un delito mutilado de dos actos si se entiende que el tipo requiere el elemento subjetivo del ánimo de usurpar; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DPE, PE, 18ª ed., 1995, p. 266.

<sup>21</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1996, p. 262.



concreto que podrá ser constitutivo de otra infracción penal (o incluso de carácter extrapenal), lo que, en cualquier caso, planteará problemas en el ámbito concursal, el cual será objeto de estudio más adelante<sup>22</sup>.

### III Tipo subjetivo

Jurisprudencia<sup>23</sup> y parte de la doctrina<sup>24</sup> exigen la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto en el delito que estudiamos. Concretamente se exige propósito de suplantar la personalidad de otro privando de algún derecho o acción al titular del estado civil usurpado.

Otra parte de la doctrina entiende sin embargo que al tratarse de un delito fundamentalmente doloso, donde la acción de usurpar la personalidad de otro conlleva *per se* la intención de usar la misma, carece de sentido exigir un especial elemento subjetivo de injusto, teniendo además en cuenta que el propio tipo no lo menciona expresamente<sup>25</sup>. Es importante tener en cuenta que en la regulación histórica del precepto se ha introducido en ocasiones aspectos o elementos subjetivos (p.ej. art. 674 del Proyecto de 1.831: "... para reclamar el cumplimiento de alguna obligación o solicitar oficialmente alguna gracia ..." o el art. 647 del Código Penal de 1.928: "... con el propósito de ejercer algún derecho o reportar algún beneficio ..." -si bien referido al fingimiento de estado civil-).

En esta cuestión también es importante destacar la relevancia del bien jurídico protegido a la hora de determinar si se debe exigir el elemento subjetivo del propósito de usurpar. Fundamentalmente el sector doctrinal que defiende que el bien jurídico protegido es el estado civil entiende que debe exigirse el elemento subjetivo, dado que se tiene la idea que quien usurpa el estado civil de otro lo hace siempre para obtener una ventaja o un beneficio mediante el disfrute de los derechos o acciones del usurpado. El sector doctrinal que entiende que el bien jurídico protegido es la fe pública, manifiesta sin embargo que no es posible exigir elemento subjetivo, ya que el mero hecho de usurpar conlleva de forma inherente un ánimo de uso.

<sup>22</sup> En el mismo sentido, SERRANO GÓMEZ, DP, PE, 1998, p. 701.

<sup>23</sup> Cfr. entre otras: STS 21-XII-1893 (JC 1893/3 núm. 165), 16-IV-1901 (JC 1901/1 núm. 147), 4-IV-1960 (JC 1960 Tomo XL núm. 117), 6-XII-1985 (JC 1985 núm. 1.779), 26-III-1991 (JTS 1991 núm. 1.220). Esta última STS declara en su fundamento jurídico segundo que "constituye, pues exigencia de este delito un elemento subjetivo del injusto —que no aparece en el tipo legal—: el propósito (de ejercitar derechos y acciones de la persona suplantada).

<sup>24</sup> Véase entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, Manual DP, PE, I, 1990, p. 281; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Comentarios, 1997, p. 1080.

<sup>25</sup> Cfr. BOIX REIG, El delito de usurpación de estado civil, 1980, pp. 39-40. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1996, p. 261; MORILLAS CUEVA, en COBO (Dir.), Curso DP, PE, II, 1997, p. 257.

No obstante, no debe confundirse el propósito de usurpar con la exigencia de perjuicio efectivo. No son p.ej. excepciones a la exigencia de un especial ánimo supuestos como suplantar la filiación ajena para eludir la acción de la justicia o para alistarse en una unidad de choque, porque por más que el usurpador pretenda servirse de la ajena personalidad en su aspecto negativo, realmente su propósito es obtener una ventaja (en este caso personal, no patrimonial).

En mi opinión, la descripción formal del tipo no contempla ningún elemento subjetivo y su exigencia en la práctica no restringe los supuestos de hecho de forma significativa. Nadie usurpa sino con el propósito de obtener una ventaja o beneficio con su conducta, lo que ya de por sí conforma la naturaleza subjetiva del tipo<sup>26</sup>.

## IV Formas de aparición

### 1 *Iter criminis*:

a) *Tentativa*: Al tratarse de un delito de mera conducta, para la consumación basta con la conducta activa acompañada de todas las circunstancias típicas, pero sin necesidad de producir ningún resultado. Por tal motivo en los delitos de mera conducta no cabe tentativa acabada, pues en cuanto se lleva a cabo toda la actividad ya se han consumado<sup>27</sup>.

Sin embargo sí es posible la tentativa inacabada, ya que ésta comienza cuando el autor se dispone inmediatamente a realizar el primer acto típico. Lo difícil realmente es diferenciar cuándo se está realizando ya la usurpación y el momento de llevar a cabo ciertos actos que, si bien presuponen el inicio de la usurpación, todavía no implican *per se* usurpación<sup>28</sup>.

Así por ejemplo, imaginémosnos el siguiente supuesto: Se produce un llamamiento a una herencia. Como herederos del causante aparecen los hijos que con él habían convivido y otro hijo que tuvo siendo joven y del que sólo se conoce el nombre y dirección. A tales efectos se le envía una carta rogándole se persone en la población del fallecimiento en un día determinado para formalizar la herencia ante el notario. El hijo realmente se encuentra fallecido y la carta la recoge y lee un amigo suyo, el cual, ante la posibilidad de obtener parte de la fortuna del causante, premedita un plan para hacerse pasar por su amigo ante el notario, para lo cual falsifica el DNI y confirma su asistencia. El día concertado se persona ante el notario, se identifica como el heredero, y en la escritura particional ob-

<sup>26</sup> En el mismo sentido, BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en: VIVES (Coord.), Comentarios, 1996, p. 1766.

<sup>27</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Curso DP, PG, I, Madrid, 1996, pp. 306-307.

<sup>28</sup> Véase BOIX REIG, El delito de usurpación de estado civil, 1980, pp. 40-41

tiene un haber de 10.000.000 pts. Se descubre su verdadera identidad tres meses más tarde.

En este caso la tentativa comienza con los actos inmediatamente ligados al primer acto típico (aún no con la falsificación del DNI, pero sí con la confirmación de asistencia que supone iniciar el uso de la personalidad ajena), pero hasta ese momento no se ha producido usurpación. La cuestión más relevante sería determinar si la presentación como tal ante el notario y los demás supone ya plena usurpación o, por el contrario, para que la usurpación se consume es necesario que la suplantación sea susceptible de producir efectos inmediatos sobre la esfera jurídica del usurpado (la plasmación de la identidad usurpada en la declaración de herederos y en el cuaderno particional). Personalmente me inclino por esta última opción, de forma que, sin perjuicio de lo que estudiaremos en el apartado siguiente, para que podamos hablar de consumación la acción usurpadora debe ser idónea para entrometerse seriamente en los derechos y deberes que dimanen del estado civil del usurpado. La mera manifestación, expresa o tácita, de ostentar una personalidad ajena no seguida de actos tendentes a usurparla de forma efectiva sólo puede considerarse tentativa.

- b) *Consumación*: A este respecto hay que distinguir entre el sector doctrinal que entiende que el tipo se consume con la suplantación en un solo acto, tratándose de un delito por tanto instantáneo<sup>29</sup>, y quienes —doctrina mayoritaria— consideran que la suplantación debe producirse de forma completa, tratándose de un delito permanente.

La permanencia por tanto es la característica que determina la consumación del tipo. Se produce una situación lesiva que se prolonga en el tiempo subsistiendo mientras la conducta usurpadora persiste y cesa, recuperando el bien jurídico su estado anterior, cuando finaliza dicha conducta. El periodo consumativo discurre desde que se realizan todos los actos de la conducta delictiva hasta su cese. Este momento, que identificamos con la terminación, tiene relevancia en cuestiones de cómputo de la prescripción, participación y problemas de aplicación temporal y espacial de la ley penal<sup>30</sup>.

En este punto hemos de diferenciar si nos encontramos ante un delito permanente o ante un delito de estado. En los delitos permanentes con la consumación se crea una situación antijurídica duradera que se mantiene o puede cesar por la conducta del autor. En los delitos de estado la consumación también origina una situación antijurídica duradera, pero cuyo man-

<sup>29</sup> V. gr. MUÑOZ CONDE, DP, PE, 1996, p. 262.

<sup>30</sup> BOIX REIG, El delito de usurpación de estado civil, 1980, pp. 41 ss.; BOIX REIG en: VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, DP, PE, 1996, p. 671; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en: VIVES (Coord.), Comentarios, 1996, p. 1766. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, en: COBO (Dir.), Curso, DP, PE, II, 1997, p. 257.

tenimiento no depende de la voluntad del autor. En los delitos permanentes cabe participación o coautoría después de la consumación mientras perdure la situación antijurídica, y hasta que no cesa no comienza a contar el plazo de la prescripción del delito. Además hay que tener en cuenta que, al depender del autor la perduración de la situación antijurídica, el Código Penal, en algunos supuestos, prevé penas mayores o menores según la duración de la situación, para intentar contrarrestar en lo posible su prolongación<sup>31</sup>.

Pues bien, el delito de usurpación de estado civil es un delito permanente al depender la perduración de la situación antijurídica del usurpador<sup>32</sup>. Para que se produzca efectivamente la terminación, es necesaria una conducta del autor —positiva u omisiva— que suponga la efectiva cesación de la acción antijurídica iniciada y consumada. Así, como ejemplo: Dos hermanos se separan de jóvenes y no vuelven a tener noticias uno del otro. Pasados veinte años, la Administración requiere al hermano ausente para que se persone y aporte documentación para efectuar una concentración parcelaria en relación con unas parcelas del pueblo donde supuestamente habita. La comunicación es recibida por el hermano, que aún vive en el pueblo, quien, aprovechando la ocasión, idea el plan de sustituir al ausente ante la Administración para añadir las parcelas de su hermano a las suyas colindantes. El plan así concebido se lleva a efecto. En ese momento, se ha suplantado una personalidad ajena y se han ejercido derechos y acciones propios del estado civil de otro; estamos pues ante la consumación. Ante la Administración continúa siendo el hermano ausente quien ha instado la concentración parcelaria, y por tanto continúa existiendo usurpación y por ende antijuridicidad de la conducta. A partir de este momento pueden darse dos supuestos: a) Que el usurpador decida poner fin a la situación antijurídica confesando el delito o ejecutando acciones tendentes a reparar lo realizado, o bien, que sea descubierto, y sin perjuicio de las acciones penales que correspondieran, la Administración de oficio retroceda el expediente a su situación original. Nos encontramos ante la terminación; b) Que la situación antijurídica permanezca en el tiempo. Existe consumación pero no terminación.

Así, y en lo que se refiere a la prescripción se computa, por tanto, desde que cesa la situación antijurídica y mientras que ésta perdura es posible la coautoría y la participación. Respecto a esto último, hay que distinguir distintos supuestos de participación dentro del lapso temporal entre consumación y terminación. Así, si tras una primera actuación usurpadora del

---

<sup>31</sup> Véase LUZÓN PEÑA, Curso DP, PG, 1996, p. 315.

<sup>32</sup> En contra QUERALT JIMÉNEZ, DPE, PE, 1996, p. 558, quien siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 23-V-1986 (JTS 1986 núm. 756), manifiesta que nos encontramos ante un delito de estado, planteándose por tanto problemas en orden a la prescripción.

autor se realiza una segunda actuación tendente a reafirmar la efectividad de la primera o a suplantar al usurpado en otros derechos o acciones, en la que participa otro sujeto, bien sea como coautor o como partícipe, entenderemos que existe por parte de éstos conducta criminal relevante a los efectos del tipo. Si por el contrario, la actuación del partícipe o coautor se produce para alcanzar los efectos deseados por la suplantación, debemos afirmar que no existe coparticipación en el delito de usurpación, existiendo en todo caso, en otro delito que por aplicación de las reglas concursales pueda concurrir.

## 2 Problemática concursal:

Interesan fundamentalmente las relaciones del delito de usurpación de estado civil con las falsedades y con los delitos contra el patrimonio.

- a) En relación con las *falsedades* hay que distinguir entre falsedades documentales y falsedades personales. Respecto a las primeras, cuando se integran en un conjunto de actos que determinan la comisión de un delito de usurpación de estado civil, la mayoría de la doctrina entiende que nos encontramos ante un concurso ideal o medial de delitos<sup>33</sup>. A este respecto BOIX entiende que la falsedad documental es medio necesario para la realización de la usurpación<sup>34</sup>. Esto, si bien conceptualmente es posible, no excluye otros supuestos donde la usurpación de estado civil sea medio necesario para producir la falsedad documental. Así por ejemplo, puede ser medio necesario para suplantar una personalidad ajena falsificar una certificación de la inscripción de nacimiento y datos de filiación expedida por el Registro Civil. Igualmente puede suceder que una vez suplantada la personalidad de otro sin necesidad de falsificar documento alguno, p.ej. a través de manifestaciones o irrogación pública de personalidad ajena, el

---

<sup>33</sup> No obstante, hay que advertir que realmente el concurso medial es una modalidad de concurso real, puesto que hay dos acciones distintas, una de las cuales es medio necesario para otra, y por ello se equipara penológicamente en el art. 77 al concurso ideal. Aun así, está bastante extendido en nuestra doctrina considerar el concurso medial —por esa equiparación legal en cuanto a tratamiento— como una variedad de concurso ideal. En contra, MORILLAS CUEVA, en: COBO DEL ROSAL (Dir.), Curso DP, PE, II, 1997, p. 257, quien entiende que siempre que concorra la usurpación de estado civil con un delito falsario nos encontraremos ante un concurso aparente de normas.

<sup>34</sup> BOIX REIG, El delito de usurpación de estado civil, 1980, p. 44. Sin embargo este autor cambia de opinión en: VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, DP, PE., 1996, p. 671, donde manifiesta que “si para consumir la usurpación se comete una falsedad documental, normalmente, estaremos ante un concurso de normas”. Esta opinión también es manifestada junto a JAREÑO LEAL en: VIVES (Coord.), Comentarios, 1996, p. 1766.

usurpador utilice su nueva condición para falsificar un documento y con ello obtener un beneficio económico.

Respecto a las falsedades personales, la mayoría de la doctrina y el Tribunal Supremo entienden que nos encontramos ante un concurso de leyes y no ante un concurso ideal de delitos. Según BOIX<sup>35</sup>, es lógico entenderlo así dada la naturaleza de delito falsedad personal de la usurpación de estado civil. Sistemáticamente se utilizaba la contraposición entre el delito objeto de estudio y el de utilización de nombre supuesto para afirmar que en su concurrencia existía subsunción entre ambos<sup>36</sup>.

Al desaparecer la tipificación de la utilización de nombre supuesto en el CP 1995, cabe plantearnos qué relación concursal puede existir cuando además de la usurpación de estado civil concorra una conducta de intrusismo como falsedad personal. Así por ejemplo, un hijo dice ser su padre jubilado en un local de farmacia para poder continuar con el negocio. A tales efectos firma documentos en su nombre, prepara fármacos con el número de colegiado de su padre, concierta contratos de suministro con empresas farmacéuticas, etc. Realmente en la conducta se produce dos situaciones típicas: De un lado suplanta la personalidad de su padre ejercitando derechos y acciones propias del mismo y por otro lado ejerce actos propios de la profesión de farmacéutico sin poseer el correspondiente título académico atribuyéndose además públicamente la cualidad de profesional amparada por un título que no posee.

En este supuesto debemos contemplar dos posibilidades atendiendo a la posición que al respecto se tome con relación al bien jurídico protegido en ambos delitos. De una parte, se puede afirmar que en supuestos de concurrencia del delito de usurpación de estado civil con otro delito de falsedad personal se aplica un concurso aparente de normas donde la conducta se subsume en ambos tipos siendo sólo aplicada una norma legal para salvaguardar entre otras cosas el principio "ne bis in idem". Esto sería así si entendiéramos que en ambos delitos el único bien jurídico protegido es la fe pública en su aspecto personal, por lo que el delito de usurpación de estado civil desplazaría al de intrusismo en aplicación fundamentalmente del principio de alternatividad de la regla 4ª del art. 8 CP dado que no son de aplicación los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción. Así, el primero tiene una pena superior al segundo (prisión de seis meses a tres años —multa de seis a doce meses {ejercicio sin título académico} / multa de tres a cinco meses {ejercicio sin título oficial} o prisión de seis meses a dos años {si al ejercicio sin académico se une la atribución pública de cualidad})<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> BOIX REIG, El delito de usurpación de estado civil, 1980, p. 44.

<sup>36</sup> Entre otros, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, DP, PE, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 209; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DPE, PE, 18ª ed, 1995, p. 267.

<sup>37</sup> En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios, 1996, p. 1759.

De otra parte, si entendemos, congruentemente con la postura mantenida en este trabajo, que ambos delitos son pluriofensivos dado que existen distintos bienes jurídicos afectados, nuestra conclusión debe ser que la concurrencia de ambos delitos debe ser resuelta mediante un concurso real (o medial si uno fuera medio necesario en concreto para la comisión del otro). En efecto, como hemos mencionado anteriormente, el delito de usurpación de estado civil afecta no sólo al bien jurídico fe pública, sino también al bien jurídico estado civil de las personas. En el delito de intrusismo se da el mismo supuesto de afectación de diversos bienes jurídicos. Nos encontramos ante un delito pluriofensivo donde, sin perjuicio de que la fe pública sea el bien jurídico fundamentalmente afectado, hay otros bienes jurídicos que están en juego. Así, como acertadamente destaca LUZÓN PEÑA<sup>38</sup> podrían ser bienes jurídicos afectados por este delito, p.ej., los intereses del efectivo receptor de los servicios del intruso, los intereses de la comunidad (de todos los potenciales clientes o receptores del servicio), el interés estatal en exigir el título como garantía para el ejercicio profesional o los intereses de las profesiones mismas (materiales y morales).

- b) En relación con los *delitos contra patrimonio*, hay que establecer las reglas concursales que rigen entre el delito de usurpación de estado civil y la estafa y otros delitos afines.

La mayoría de la doctrina entiende que si un sujeto se vale del engaño específico derivado de la suplantación de personalidad para conseguir causar a un tercero un perjuicio patrimonial, nos encontramos ante un concurso de delitos. La fundamentación de esta afirmación radica en la concepción mayoritaria de entender a la fe pública como bien jurídico protegido, pero es exactamente igual la situación (dado que la propiedad y los derechos patrimoniales son bienes jurídicos diferentes) aunque se considere como bien jurídico el estado civil o, como aquí, el estado civil y la fe pública.

Siguiendo a BOIX<sup>39</sup>, pueden darse varios supuestos cuando con la usurpación concurre una intencionalidad estrictamente patrimonial:

- b.1) Se consuma la usurpación de estado civil pero no se produce perjuicio a ninguna persona. En este supuesto se debe analizar como ejemplo el consentimiento en la suplantación para el cobro de una deuda. Tal y como afirma BOIX<sup>40</sup>, aquí se originan problemas, pues aunque el titular del estado civil preste su consentimiento, éste es irrelevante, "cualquiera que sea el planteamiento del bien jurídico", porque "es difícilmente conciliable la idea de usurpación con el asenso del titular del objeto

<sup>38</sup> Cfr. ampliamente, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1985, pp. 669 ss.; LL 1985-4, pp. 1249 ss.; Profesiones técnicas y Derecho, Colegio de Ingenieros Técnicos del Principado de Asturias, Oviedo, 1985, pp. 14 ss.; Estudios Penales, Barcelona, 1991, p. 467 ss.

<sup>39</sup> BOIX REIG, El delito de usurpación de estado civil, 1980, p. 48 ss.

<sup>40</sup> Ibidem, pp. 48-49.

pretendidamente usurpado". Propone de *lege ferenda* la introducción por parte del legislador de una modificación de la regulación legal que haga posible el aludido consentimiento.

A este respecto, y según mi opinión, la relevancia del bien jurídico protegido a efectos de consentimiento no es baladí. Evidentemente si partimos de la idea de que el estado civil de los ciudadanos es el bien jurídico protegido, o uno de los bienes jurídicos protegidos si entendemos el delito como pluriofensivo, es al menos posible plantearse, como hace BOIX, si el consentimiento en la usurpación debería actuar como causa de atipicidad o de justificación según el planteamiento que al respecto se defiende. Ahora bien, si entendemos que, bien de forma principal o cumulativa, la fe pública se ve afectada por este delito, en cierto modo parece que el ordenamiento jurídico precisamente lo que por seguridad jurídica quiere evitar es que se suplanten personalidades, medie o no consentimiento de sus titulares.

En mi opinión, el estado civil es un bien jurídico que aún con naturaleza personal, es indisponible. Precisamente la naturaleza pluriofensiva del delito viene determinada por el importante grado de afectación sobre la seguridad jurídica constituyéndose en una cuestión de orden público. No cabe, por tanto, que cualquier persona pueda permitir a otra el ejercicio de los derechos y acciones inherentes a su estado civil, y como tal la conducta del usurpador no podrá ser atípica o justificada por la concurrencia de consentimiento.

b.2) Se consuma la usurpación y se produce un perjuicio económico al titular del estado civil o a un tercero: En este caso la mayoría de la doctrina entiende que se da un concurso de delitos, dado que existen distintos bienes jurídicos protegidos (fe pública-patrimonio) y se produce un plus de responsabilidad en la falsedad cometida a título de estafa u otro delito afín<sup>41</sup>. Así podremos encontrarnos con concursos de delitos reales o mediales en función de que la usurpación sea o no medio necesario para la ejecución del delito patrimonial.

---

<sup>41</sup> Cfr. entre otros: RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DPE, PE, 18ª ed., 1995, p. 266; QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios, 1996, p. 1755-1756.



# **La concurrencia de imprudencias sus efectos en la teoría del delito (Comentario a la STS de 29 de febrero de 1992)**

Raquel Roso Cañadillas  
Profesora de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

## **I Los hechos de la sentencia TS 29-2-1992, A. 1509, objeto de este comentario, se resumen en los siguientes:**

«(...) el acusado Jesús G.P. conducía el camión Barreiros (...), por la carretera nacional 620 (Burgos-Portugal), en sentido a la indicada capital burgalesa, y al llegar a la altura del km. 152,200 de la misma —que es un tramo recto, llano, de buena visibilidad, con una anchura viable de 7,20 metros, marginada por arcenes de 2,90 y 2,50 metros, con dos limitaciones de velocidad para el sentido Burgos, la 1ª de 80 km/hora y la 2ª de 60 km/hora— al llegar el acusado a ésta circulando a la velocidad de unos 65 kms/hora, a pesar de que a unos 60 metros se hallaban parados varios vehículos, al estar la circulación semirretenida ante la proximidad del cruce de la carretera N-620 con la N-VI (Madrid-La Coruña) y de que acababan de adelantarle los turismos extranjeros Opel Manta AA-361 (LUX) y el Renault 18, 287-QT-28 (FR) (...), que igualmente tuvieron que reducir su marcha y detenerse paulatinamente a causa del motivo antes indicado, por circular el acusado totalmente distraído y desatento a dichas circunstancias del tráfico, no redujo la velocidad ni frenó el camión que conducía, colisionando por ello de manera violenta y por alcance contra el segundo turismo reseñado, quien a su vez y como consecuencia del impacto recibido en su parte trasera alcanzó en igual zona al vehículo que le precedía Opel Manta, dejando marcadas sobre el carril derecho sentido Burgos dos huellas de arrastre de once metros de longitud (...).

La AP de Valladolid condenó a Jesús G.P. por delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, lesiones graves y daños. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación al amparo del número 1 del art. 849 por infracción, por aplicación indebida del art. 565 en sus párrafos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º, y por violación, al no haberlo aplicado del art. 586 bis del CP. El TS admitió el recur-

so estimando parcialmente el motivo segundo que fundamentaba la impugnación y condena al acusado como autor responsable de una falta de simple imprudencia con infracción de reglamentos.

EL TS llega a esta solución por aplicación de la concurrencia de culpas, ya que concluye que en este caso existe culpa de los perjudicados, de los que adelantaron al camión, efectuando una maniobra peligrosa. En la Sentencia se razona del siguiente modo:

«Durante bastante tiempo, en razón, por una parte, al cariz público de los intereses en juego en el ámbito del Derecho punitivo que, por su generalidad y principalidad, no pueden quedar a merced de apreciaciones particulares, relegadas a la esfera del Derecho privado, desde el momento que busca el primero con intencionalidad directa, la sanción de actos de signo antisocial mediante la imposición de una pena, de tal modo que la conducta del perjudicado, cualquiera que fuese su magnitud, no puede tener virtualidad para aminorar la justa reacción de la sociedad, así como, por otra, en la imposibilidad de confrontar conductas de naturaleza no homogénea, la doctrina científica más caracterizada viene oponiéndose, de una manera sistemática y reiterada, a la operabilidad de toda estimación compensatoria de culpas en el área penal.

En tiempos más recientes, con fundamento en un sentido de justicia, impregnado de equidad, que se revela contra la tesis de la absoluta inoperancia del proceder culposo de la víctima o perjudicado, cuando éste y el del agente acusan un grado de eficiente culpabilidad en la producción del evento dañoso, abandonada la terminología impropia de 'compensación' y acudiendo a la de 'concurrencia' de culpas, fenómeno que se da siempre que, con la del agente, haya coexistido y confluído la del ofendido o de las víctimas, contribuyendo, concausalmente y en mayor o menor medida, a la producción de un mismo resultado lesivo, la doctrina científica más caracterizada y la de esta sala (...) indican que la contribución de la conducta culposa de la víctima o perjudicado a la causación del evento dañoso influye sobre la calificación jurídica de los hechos de la siguiente manera: a), degradando la índole de la culpa en que, *per se*, incurrió el agente, y haciéndola descender, al compás de la trascendencia de la culpa del ofendido o de la víctima, uno más peldaños en la escala culposa, b), moderando el *quantum* de las indemnizaciones que procedería señalar de no haber convergido, con la del agente, la del sujeto pasivo, siendo dicha moderación o reducción, más o menos intensa, con arreglo a la incidencia o influencia que en la causación o producción del daño, haya tenido el comportamiento imprudente o negligente del agente en su comparación con el quehacer u omitir igualmente descuidado o imprecavido del sujeto o sujetos pasivos, y c), muy excepcionalmente, la culpa del sujeto o sujetos pasivos puede ser de tal magnitud y de influencia tan decisiva en la

producción del resultado, que no sólo minimice la del enjuiciado, sino que la borre totalmente.»

La Sentencia declara que la imprudencia del conductor del camión es temeraria, ya que, sabiendo que la circulación estaba semirretenida y que le acababan de adelantar dos vehículos, el acusado conducía «completamente distraído y desatento a las circunstancias viarias concurrentes, al no reducir la velocidad del vehículo que pilotaba, ni frenar el mismo (...)».

Pero como contrapunto el TS expone que «no debe olvidarse en modo alguno la actuación también imprudente de los conductores de los dos vehículos que adelantaron al acusado (...), ya que realizar dicha maniobra de adelantamiento (siempre peligrosa) a velocidad indudablemente mayor que la llevada por el coche adelantado, por lo tanto con infracción de lo reglamentado en el Código de la Circulación y señalizado en el lugar, y en una distancia de unos 60 metros, desde donde empezaron la maniobra, hasta el lugar de detención en que, por cruce de carretera, se encontraban otros vehículos parados, mermando la distancia que tenía el acusado para, reduciendo la velocidad del camión que conducía de una forma paulatina, detenerlo ante el obstáculo, indudablemente atrae para la conducta de los mismos la impronta de culpabilidad, eficiente y suficiente a empalidecer la del agente con referencia al terreno de la previsibilidad y evitabilidad del evento o resultado dañoso y, muy especialmente, de su causación, por coadyuvación —favorecedora— al acaecimiento dañoso, lo que atrae —la degradación— de la culpa del acusado, en principio y *per se*, calificable de —temeraria— (...) al grado o escalafón inferior de —simple antirreglamentaria—.»

**II La sentencia, objeto de este comentario, resume en sus fundamentos de Derecho cuál ha sido el desarrollo de la institución de la concurrencia de culpas en el Derecho penal<sup>1</sup>: primero, con un rechazo inicial a su aplicación por establecer un paralelismo entre ella y la compensación de culpas, ésta última de cariz completamente civilista y por lo tanto con principios totalmente contrarios al carácter público del Derecho penal, y, en segundo lugar, se produce la admisión posterior de la institución de la concurrencia de culpas por la inmensa mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, que coincide con su desvinculación de la compensación de culpas, con la que**

<sup>1</sup> JOSHI JUBERT, Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. (Comentario a la STS de 25 de octubre de 1988), ADPCP, 1989, 732 ss., realiza un examen de la posición jurisprudencial frente a la admisión o no de la concurrencia de culpas.

**se la comparaba, individualizándose propiamente dentro del ámbito penal, y que conlleva el cambio significativo de denominación, hablando actualmente de concurrencia de culpas o imprudencias.**

En mi opinión, es del todo correcta la posición actual de la doctrina y la jurisprudencia, al tener en cuenta la participación del perjudicado o la víctima o incluso de un tercero —pues creo que nada lo impide, muy al contrario en estos casos se ve con mayor claridad aún la necesidad de analizar la conducta del tercero y su posible influencia en la producción del hecho— a la hora de enjuiciar la responsabilidad del autor, porque de lo contrario se estaría violando el principio de responsabilidad individual como límite del *ius puniendi*. El sujeto sólo puede responder por los hechos propios y no por hechos ajenos. Por otra parte, también se vería afectado, si no se tuviera en cuenta la conducta de la víctima o del tercero, el principio de responsabilidad subjetiva, aunque no de manera tan directa como el principio de responsabilidad individual, puesto que en la mayoría de los casos existiría imprudencia por parte del agente, con lo cual por ese lado se cumpliría la exigencia del principio, pero sin embargo, si no se contemplara el comportamiento del perjudicado, la pena a imponer no sería proporcional a la gravedad del desvalor subjetivo de la acción.

ROXIN, sin embargo, considera que hay casos en los que se infringe totalmente el principio de responsabilidad subjetiva, ya que las soluciones adoptadas en ellos son auténticas manifestaciones del *versari in re illicita*. Se refiere ROXIN a los supuestos en los que se hace responder al primer causante de un accidente de unos daños que se producen posteriormente en cadena y en los que la(s) víctima(s) han infringido el código de circulación y precisamente el precepto que sirve para su evitación. El ejemplo que expone ROXIN es el siguiente: casos de choques debido a que los automóviles que vienen detrás no guardan la preceptiva distancia de seguridad, causando por ello un segundo —tercer o cuarto— accidente al precipitarse contra el coche que se ha accidentado, dando como resultado autolesiones o lesiones a terceros<sup>2</sup>. Si en estos casos se hace responsable de todos los daños posteriores al primer causante del accidente, entonces lleva toda la razón ROXIN cuando afirma que todo ello implica un *versari in re illicita*; puesto que la infracción de la norma de cuidado del primer causante ha generado sólo y exclusivamente su accidente, pero —normativamente— nada ha tenido que ver en la producción de los choques posteriores. Éstos no se hubieran producido, si los conductores de cada vehículo: las víctimas —que en realidad no lo son, ya que

<sup>2</sup> ROXIN, Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes, en: Problemas básicos del Derecho penal, trad. por Diego—M. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, 197 s.

son las verdaderas responsables de sus lesiones—, no hubieran infringido ninguna norma de cuidado de tanta relevancia en la producción del resultado.

Por lo tanto, dentro de la concurrencia de imprudencias hay casos en los que se viola flagrantemente el principio de responsabilidad subjetiva, como son los supuestos comentados por ROXIN. Pero existen otros en los que el principio de responsabilidad subjetiva, aun infringiéndose, no se ve tan mermado, ya que la imprudencia del primer causante ha contribuido a la producción del resultado —como v. gr. la sentencia objeto de este comentario—, y por lo tanto no habría por qué hablar de *versari in re illicita*; pero sí se podría ver afectado el principio de responsabilidad subjetiva, como he expuesto anteriormente, si el desvalor subjetivo de la acción no guarda proporcionalidad con el grado de imprudencia señalado. Sin embargo, en el caso del principio de responsabilidad individual, en mi opinión, no se puede predicar esta mayor o menor afectación, ya que este principio siempre quedaría transgredido, al no hacer responder en cualquier caso al sujeto por sus hechos propios. Esta circunstancia de que se violen a la vez diferentes principios que limitan la potestad punitiva del Estado, cuando no se tiene en cuenta la conducta de la víctima en la producción del resultado, guarda un paralelismo absoluto a la hora de ubicar los problemas que plantea la concurrencia de imprudencias en la teoría del delito, ya que afecta a diferentes estructuras del tipo de injusto. Simplificando se puede decir que estamos ante un problema de la parte positiva del tipo, pero prefiero dejar para más adelante esta cuestión y el análisis de las estructuras que pueden quedar afectadas, aunque ya por la infracción de los principios —responsabilidad subjetiva y responsabilidad individual— señalados se pueden vislumbrar.

Una vez que se fundamenta y se justifica el porqué hay que tener en cuenta la conducta concurrente de la víctima, cuestión de la que la doctrina se ha ocupado, pero no así la jurisprudencia, voy a pasar a exponer las repercusiones o más bien efectos de la concurrencia de imprudencias. De esta cuestión sí que se ha ocupado la doctrina y la jurisprudencia, como se puede ver en esta sentencia (Fdto. de Derecho segundo) que ya he transcrito en el apartado anterior y, como ya ha quedado expuesto allí, los supuestos pueden ser que la imprudencia del sujeto pasivo o a) no influya en la del sujeto agente, con lo cual el grado de culpabilidad —según la jurisprudencia— seguiría siendo el mismo, o b) influya de tal manera que finalmente se tiene que degradar la del sujeto activo, o bien c) es el propio sujeto pasivo con su contribución causal y con su culpa el que produce el resultado, borrando, como dice la sentencia, la imprudencia del sujeto agente.

Como se puede ver los efectos de la concurrencia de imprudencias, se despliegan en su integridad en los grados de imprudencia. Así, algunos autores y la jurisprudencia sostienen que, al pertenecer la imprudencia todavía a la

culpabilidad, lo que en definitiva se estará degradando será la culpabilidad del sujeto. Pero según la mayoría de la doctrina, en la que se engloba también mi posición, la imprudencia junto con el dolo se encuentran, después de asumir las consecuencias del finalismo, en la parte subjetiva del tipo y esta ubicación sistemática no viene más que a corroborar lo que anteriormente he afirmado: que la concurrencia de imprudencias despliega sus efectos y su problemática dentro del tipo, ya sea en su parte subjetiva, ya en la objetiva. El hecho de que concurra la conducta imprudente de un tercero o de la víctima no va a hacer para nada al sujeto agente más o menos culpable.

### **III Vista resumidamente la trayectoria jurisprudencial de la concurrencia de culpas, con la negación a su aplicación debido a su comparación con la compensación de culpas civil en un principio, analizados los fundamentos político-criminales para su aplicación y sus efectos, la cuestión se centraría ahora en saber cuál es el problema de fondo que subyace en la concurrencia de imprudencias.**

La jurisprudencia lo ha venido vinculando a la causalidad, pero en este primer escalón, que pertenece a la parte objetiva del tipo de los delitos de resultado, no se presenta ninguna dificultad. La causalidad se afirma de cualquier acción que haya tenido algo que ver en la producción de un resultado y para nada influye que esa acción pertenezca a la conducta de la propia víctima, y máxime, a la de un tercero. Por tanto no son válidos los argumentos jurisprudenciales de causalidad más relevante de la víctima cuando quiere degradar la imprudencia del sujeto activo, ni de ruptura del nexo causal cuando afirma la imprudencia exclusiva del sujeto pasivo o perjudicado.

La doctrina española, por su parte, no mantiene una postura unánime y en un único sentido. a) Para un sector doctrinal estamos ante problemas de injusto. El comportamiento concurrente de la víctima afecta a la mayor gravedad o no de la imprudencia en el sujeto agente<sup>3</sup>, b) otra corriente doctrinal opina que la concurrencia de imprudencias supondría un problema estricto de autoría y participación<sup>4</sup>, y c) para otros existiría un problema de imputación objetiva<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> CORCOY BIDASOLA, El delito imprudente, Barcelona, PPU, 1989, 359 s. JOSHI JUBERT, Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, ADPCP, 1989, 741 ss.

<sup>4</sup> LUZÓN PEÑA, DPCir., Barcelona, PPU, 1990, 83 ss; Curso de DP, PG I, Madrid, Universitas, 1996, 526 ss.

<sup>5</sup> ROXIN, Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes, en: Problemas básicos del Derecho penal, trad. por Diego-M. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, 181 ss; LUZÓN PEÑA, DPCir., Barcelona, PPU, 1990, 83 ss; Curso de DP, PG I,

En mi opinión, la existencia de dos o más comportamientos confluyentes en la producción de un resultado, sin que exista acuerdo previo, no es un problema estrictamente y sólo de injusto, ni de autoría, ni de imputación objetiva, sino que más bien afecta a todas estas estructuras a la vez, es un problema del tipo de injusto. Para demostrarlo es necesario analizar las características comunes de todos estos supuestos, que serían las siguientes:

1.- **La existencia de varios sujetos.** En el momento que existen varios que contribuyen a la producción de un resultado, no hay más remedio que preguntarse cuál ha sido su contribución al hecho, si como partícipe o como autor. Y no vale eludir esta cuestión diciendo que en realidad no se puede hablar de auténtica participación, porque no hay voluntad de contribuir a la acción imprudente de otro. Si se defiende un concepto amplio de participación, entonces en estos casos se puede hablar de un favorecimiento en el hecho de otro, que será, al contrario de la participación en sentido estricto — la participación subjetiva—, objetivo. Y como he dicho anteriormente no hay ningún inconveniente en admitir esta participación objetiva; es más, el hecho de que exista conocimiento y voluntad por parte del partícipe de estar favoreciendo el hecho de otro sólo sirve para facilitar las cosas, puesto que ese dato subjetivo nos ayuda a analizar y describir su contribución, pero no nos podemos quedar sólo con él, puesto que volveríamos a criterios ya abandonados para distinguir entre autoría y participación como son las teorías subjetivas de la autoría; por ello no se deben olvidar los datos objetivos en la conducta del sujeto indicativos de su contribución al hecho como autor o como partícipe y éstos se dan exactamente igual en una participación subjetiva como en una participación objetiva o accesoría. Así pues, lo único que diferencia ambas clases de participación es el conocimiento recíproco que tienen los participantes en el hecho de la existencia de sus colaboraciones en la producción de un mismo resultado, dejando aparte la voluntad con la que se participe —participación subjetiva en sentido amplio—; y quiero hacer hincapié en el elemento volitivo, porque hay autores que hablan, sin embargo, de participación subjetiva «cuando exista voluntad consciente de participar en la conducta imprudente de otro<sup>6</sup>». En mi opinión, la voluntad o no de participar no es elemento definidor de la participación subjetiva, sobre todo cuando el sujeto tiene voluntad de favorecer y en realidad está determinando el hecho, es decir, que sería un autor.

También obvian este problema aquellos autores que defiendan el concepto unitario de autor para los delitos imprudentes, posición que es mayoritaria en

---

Madrid, Universitas, 1996, 526 ss; GIMBERNAT, Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos, RDCir., 673 ss; SILVA, Límites en la responsabilidad por imprudencia, LL, 1984-IV, 1040 ss.

<sup>6</sup> CORCOY, El delito imprudente, Barcelona, PPU, 1989, 349.

la doctrina alemana y que sin embargo no creo correcta por una serie de fundamentos que sería imposible desarrollar aquí, ya que no sería el objeto de este comentario.

En conclusión, en la concurrencia de imprudencias existen problemas de autoría y participación, desde el momento en que existe una concurrencia de sujetos. Y en el ámbito de la autoría los casos de concurrencia de sujetos sin la existencia de un acuerdo o conocimiento mutuo de sus acciones concurrentes imprudentes dirigidas a un mismo resultado reciben la denominación más exacta de autoría y participación accesorias.

Y, finalmente, importante cuestión a resolver en este apartado, es qué criterio formal y material se debe seguir para diferenciar entre autoría y participación imprudente —ya sea subjetiva, ya objetiva—. En este sentido, LUZÓN PEÑA ha desarrollado un criterio válido para la distinción entre autores y partícipes imprudentes: la determinación objetiva del hecho. Ésta formula constituye la base objetiva común tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes, y supone una determinación objetiva y real del hecho, por lo tanto si en estos casos concurre el dolo habrá auténtico dominio del hecho<sup>7</sup>.

## **2.- La concurrencia de varias acciones imprudentes a la producción del mismo resultado.**

a) Aquí se plantea el análisis de la imputación objetiva. La causalidad, como ya he dicho anteriormente, no plantea ningún problema y se cumple como presupuesto de la imputación objetiva. Para los que, como la inmensa mayoría de la doctrina alemana, no distinguen entre autoría y participación imprudente, ya que entienden que no hay lugar a tal distinción, puesto que cualquier contribución imprudente sería autoría, los problemas de concurrencia de imprudencias se presentan sólo en la imputación objetiva y normalmente se habla en estos casos de concurrencia de riesgos, denominación mucho más correcta, puesto que imprudencia en sentido normativo por parte de la víctima o perjudicado no existe. Ahora bien, según la posición que mantengo, es totalmente correcto que la concurrencia de imprudencias plantee problemas de imputación objetiva, pero no sólo de imputación de la acción al resultado, sino también, como hemos visto en el número anterior, problemas de autoría.

El criterio más desarrollado y estudiado de la imputación objetiva ha sido el del fin de protección de la norma; así en muchos casos, se ha llegado a la conclusión que aun habiendo autoría por parte del sujeto activo, no era posi-

---

<sup>7</sup> LUZÓN PEÑA, DPCir., 2ª, Barcelona, PPU, 1990, 107 ss.



ble imputarle el resultado<sup>8</sup>, debido a que la norma que se ha infringido no tiene como fin de su existencia la evitación de ese resultado lesivo.

b) En segundo lugar, también he introducido en esta característica el elemento subjetivo al hablar de varias acciones **imprudentes** concurrentes en la producción de un resultado. La introducción de este elemento en la definición de esta segunda característica no ha sido casual. Hay autores que defienden que la existencia de imprudencia por parte de la víctima o, más correctamente, de la creación de un riesgo *ex novo* por la víctima o aumento de un riesgo ya creado por el sujeto agente puede poner en evidencia que la infracción de la norma de cuidado llevada a cabo por el agente en realidad no era de tanta gravedad, y por lo tanto lo lógico sería disminuir la pena, ya que la gravedad del injusto es menor. Esta posición doctrinal no me parece correcta. Primero, porque el juicio de gravedad de la infracción de la norma de cuidado se debe hacer *ex ante*: así existirá imprudencia grave —anteriormente con el CP del 44/73, imprudencia temeraria— porque se ha infringido una norma de cuidado a su vez grave y porque existe un alto grado de peligrosidad. Por lo tanto la imprudencia no dejará de ser grave porque concorra la producción de otro riesgo. Otra cosa distinta es, y esta sería la segunda razón en contra de la posición anterior, que se demuestre *ex post* que esa imprudencia grave no desarrolle posteriormente todo el riesgo que conllevaba en la producción concreta del resultado, y esto podrá suceder si concurre con otra conducta productora o aumentativa de un riesgo o incluso si no concurre. En definitiva, en estos casos estaríamos otra vez ante problemas de imputación objetiva y lo ideal sería efectuar el análisis individual de cada conducta concurrente.

#### **IV Volviendo a los efectos que se le atribuyen a la concurrencia de imprudencias, es evidente que su fundamento no está en la causalidad, pero tampoco en el grado mayor o menor de injusto. Si volvemos a hacer una enumeración de las posi-**

---

<sup>8</sup> Así, v. gr. el caso en el que un sujeto va conduciendo por el lado izquierdo de una carretera de doble sentido y repentinamente se le cruza un peatón, que va corriendo y que no ha tomado la precaución de mirar, entre dos coches situados en el margen izquierdo, finalmente no puede evitar arrollarlo y causarle graves lesiones. En este caso se da claramente una infracción de la norma de cuidado al infringir el Código de circulación, existe una determinación del hecho, sino única al menos compartida, con lo cual no hay duda de que hay autoría, hay una relación causal, pero sin embargo no hay imputación objetiva del resultado. El fin de la norma de conducir por la derecha y no por la izquierda es establecer, sobre todo, un cierto orden en la circulación viaria para evitar posibles choques frontales con otros conductores y en cuanto a los peatones, el orden viario que la norma impone, les sirve para saber en que sentido deben mirar en el momento de cruzar. Si un peatón no mira antes de cruzar a ningún lado no estará protegido por la norma, ya que no encaja en ninguno de los fines de ésta.

bles consecuencias, estas son: a) En primer lugar, que la conducta concurrente de la víctima anule toda responsabilidad del sujeto activo. Esto puede suceder porque sea la propia víctima la que determine objetivamente el hecho con su acción, con lo que estaríamos ante un autor, o bien porque siendo autor el sujeto activo exclusivamente, o incluso existiendo también autoría por parte de la víctima y entonces podemos hablar de autorías accesorias, no se le pueda imputar al sujeto activo el resultado, por no cumplir su acción alguno de los criterios exigidos por la imputación objetiva. b) En segundo lugar, que la conducta concurrente de la víctima aminore la responsabilidad penal del sujeto agente. En estos casos, el sujeto activo tendrá la autoría del hecho y se le podrá imputar —matizadamente— el resultado, porque precisamente la circunstancia de que concorra la conducta —también portadora de un riesgo— por parte de la víctima, no permite hablar en puridad de una total imputación del resultado concreto a la conducta imprudente del autor. La jurisprudencia ha optado, pues, por la solución de disminuir a posteriori la gravedad del injusto, rebajando de imprudencia grave a leve. En mi opinión, en estos casos sería más correcto dejar la posible trascendencia de la concurrencia de la víctima en el resultado imprudente para la medición de la pena y que se rebajase la pena del autor por la apreciación de una circunstancia atenuante analógica, ya que, como he dicho anteriormente, la gravedad de la imprudencia *ex ante* no cambia por el hecho de que concorra con una autopuesta en peligro imprudente de la víctima. *Ex post* lo que se verifica, es que, aun siendo grave la imprudencia por parte del sujeto agente, el riesgo concreto que ha producido el resultado ha sido compartido entre las acciones coincidentes, pero nada influye en el juicio de gravedad de la imprudencia.

Ahora bien, los Tribunales pueden aplicar esta atenuante por analogía, pues el CP no la recoge expresamente. Esta relación analógica no se establece por el parecido morfológico entre la atenuante que propongo y las ya existentes, pero sí por su telos y su significado con aquellas, que al igual que la propuesta, disminuyen el injusto. Y por otro lado, en cuanto a sus efectos en la determinación de la pena, se debe clasificar entre las atenuantes calificadas por dos razones: 1ª) porque la intervención de la víctima normalmente

tendrá tanta entidad —recordemos que la concurrencia de la víctima obstaculiza que se le pueda imputar a la conducta imprudente del autor todo el daño producido— que para guardar una proporcionalidad entre la pena y el desvalor del injusto, se debería bajar obligatoriamente un grado y facultativamente dos, y 2<sup>o</sup>) porque esta solución es mucho más flexible y otorga mayor discrecionalidad al juez, ya que al haber un marco penal tan grande puede llegar a un mayor ajuste entre la pena y las circunstancias del caso concreto.

**V Por último, volviendo al supuesto de hecho de la sentencia que se comenta, me parece del todo correcta la solución por la que opta el TS al estimar que en este caso estaríamos ante una concurrencia de imprudencias, debido a que, como dice el propio Tribunal en su fundamento tercero, los propios perjudicados han contribuido «a aumentar el riesgo desatado por la conducta del enjuiciado y el resultado con la misma consecuencia». El comportamiento de las víctimas consistió, como ya hemos visto, en un adelantamiento a una velocidad mayor de la señalada para ese tramo de la vía, infracción que en este caso, aun siendo grave, no es en realidad el elemento más relevante y el que guarde relación directa con la producción del resultado; lo que en realidad influyó en el hecho, fue que el adelantamiento de los dos coches supuso una aminoración de la distancia con la que contaba el camión para ir reduciendo la marcha paulatinamente. Y de hecho, si el conductor del camión hubiera estado atento a las circunstancias del tráfico, el adelantamiento le hubiera obligado forzosamente a ejecutar una maniobra rápida de frenado, lo que prueba el acortamiento de la distancia y la contribución a la producción del resultado lesivo por parte de las víctimas, aunque, eso sí, simplemente como favorecedoras del hecho.**

Sin embargo no estoy de acuerdo con la Sentencia en la manera elegida para aplicar los efectos de la concurrencia de riesgos: El tribunal considera que la contribución de las víctimas en la producción del hecho típico conlleva la rebaja del grado de gravedad de la imprudencia, y así también la mayoría de la doctrina; en mi opinión, no creo que el disminuir la gravedad de la imprudencia sea el método adecuado para reflejar el menor desvalor del injusto debido a la participación imprudente de la víctima. La gravedad de la imprudencia es exactamente igual en cualquier caso. Así, en este supuesto concreto el hecho de conducir distraídamente y sin prestar atención a las inci-

dencias del tráfico es y constituye una imprudencia grave *ex ante* y abstractamente, y es de este modo y en este momento en el que debemos calificar la gravedad de la acción. Si luego posteriormente se demuestra que esa peligrosidad que se ha desatado por la infracción de la norma de cuidado no es la única que ha generado la producción del resultado, ello dará lugar a problemas de participación y de imputación objetiva.

Y en primer lugar se tendrá en cuenta ya ese menor desvalor de lo injusto en la autoría —en el primer escalón del tipo objetivo—. Así, cuando exista una autopuesta en peligro imprudente por la víctima, si ésta se considera que es tan importante que es finalmente la que determina el hecho, su intervención debe constituir una verdadera autoría y el sujeto activo pasaría a ser un simple partícipe.

Y en segundo lugar, aun siendo el sujeto activo el autor, como es el caso de esta sentencia, sin embargo el resultado objetivamente no se le puede imputar todo a él, puesto que no ha sido el que ha creado todo el riesgo, aunque sí la mayor parte. Por lo tanto, sí que se debe tener en cuenta esa contribución al resultado lesivo por parte de la víctima, pero no en la calificación de la gravedad de la imprudencia<sup>9</sup>, sino en la individualización de la pena, por la apreciación de una atenuante analógica que tenga en cuenta ese menor desvalor de la acción y del resultado por parte del sujeto activo<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Comparemos p. ej. el caso de la sentencia con otro muy parecido: las circunstancias son las mismas, un conductor de un camión descuidado, desatento y distraído, y dos coches extranjeros que le adelantan en ese mismo punto, a 60 mts. de una semiretención, pero en este caso el conductor del camión es amigo de los conductores de los coches, que le vienen adelantando casi todo el trayecto para bromear con él, y finalmente se produce el mismo resultado que en el supuesto de la sentencia. En este otro caso, el conductor del camión sería autor y su imprudencia sería temeraria y los conductores de los vehículos serían simples favorecedores, como en el supuesto de la sentencia. Pues bien, en este supuesto existe un dato diferente: el conductor del camión sabe que le pueden adelantar en cualquier momento. Entonces la imprudencia sigue siendo grave por parte del conductor del camión y ahora sí se le puede imputar en su totalidad la producción del resultado, puesto que él pudo conocer o saber que cabía la posibilidad que le adelantaran en ese momento, y por lo tanto era previsible *ex ante* el concreto curso causal.

<sup>10</sup> LUZON PEÑA, Curso I, 1996, 527, propone que se «degrade la inicial imprudencia del autor» cuando concurra una imprudencia de la víctima o de un tercero, con una aportación causal de cierta importancia al resultado. «La explicación es que a una imprudencia, que inicial y aisladamente podría calificarse de grave infracción de una norma de cuidado y con un alto grado de peligro, puede no desplegarse y concretarse total y plenamente en la producción concreta del resultado de modo que la imputación objetiva del resultado concreto debe hacerse a una conducta del autor que, por la aportación causal de la otra conducta imprudente, normativamente ya no cabe considerar tan peligrosa respecto de ese concreto curso causal lesivo».

*Documentos Penales y Criminológicos (DPC)*, tiene la finalidad de crear un espacio de reflexión y diálogo científico, y aportar un pequeño grano de arena para la difusión de las ideas y pensamientos sobre las Ciencias Penales y la Criminología entre estudiosos de la Aldea Global. **DPC** se suma a otros esfuerzos invaluable en el panorama científico global, particularmente en el hispanoamericano, en la promoción del conocimiento. **DPC** se publica anualmente y está abierto a los especialistas que se ocupan de las Ciencias Penales y de la Criminología e invita a colaborar de distintas formas sobre la actualidad científica penal y criminológica.

Este primer volumen de **DPC** (Número 1, Año 2001) contiene trabajos sobre temas de actualidad en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal Juvenil, Criminología, Estudios y Comentarios Jurisprudenciales a cargo de destacados autores.



Editorial  Hispamer  
Colección Textos Jurídicos